

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
GABINETE DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
FACULDADE DE DIREITO**

**Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas
Direito Constitucional**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO BRASIL: IMPLICAÇÕES DE SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E
DEMANDISTA**

CARYNA MOURA DE OLIVEIRA CAVALCANTI

Lisboa

2017

CARYNA MOURA DE OLIVEIRA CAVALCANTI

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO BRASIL: IMPLICAÇÕES DE SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E
DEMANDISTA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídico-Políticas

Perfil: Direito Constitucional

ORIENTADOR: Professor Doutor Jorge Miranda

Lisboa

2017

CARYNA MOURA DE OLIVEIRA CAVALCANTI

**O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE NO BRASIL: IMPLICAÇÕES DE SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E
DEMANDISTA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção
do título de Mestre em Direito e aprovada em sua
forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: _____

Professor Doutor Jorge Miranda

Banca Examinadora:

Professor(a) Doutor(a) _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Professor(a) Doutor(a) _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós Graduatedos:

Professor Doutor _____

Lisboa, _____.

Dedico este trabalho ao meu marido, pelo carinho e apoio imensuráveis durante toda a minha trajetória de luta e aprendizado.

Aos meus filhos Gabriel e Lara, no desejo que encontrem uma sociedade mais justa e humanizada nas relações entre as pessoas.

À minha filha Livia (*in memoriam*), que me mostrou o quanto podemos ser fortes e felizes mesmo quando o mundo nos mostra o contrário.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus por ser tão presente e fiel em minha vida, além de me proporcionar tantas conquistas e alegrias no curso da minha caminhada.

Ao meu marido e aos meus filhos, pelo amor, paciência, incentivo, carinho e alegrias demonstradas a cada dia, e sem os quais nada disso seria possível.

Aos meus pais, pela base sólida que construíram no seio da nossa família e por todo amor, incentivo e apoio prestados.

Aos meus irmãos, que sempre estão aptos a ajudar e comemorar cada vitória alcançada por mim.

À minha irmã Chiarely Moura, em especial, pela paciência, apoio e auxílio prestados sempre que precisei, inclusive na leitura e revisão deste trabalho.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Jorge Miranda, pelo aprendizado e empenho.

À amiga Eduarda Cesse, pelo carinho, dedicação e solidariedade na organização deste trabalho, muito obrigada.

À Maria Izabel Oliveira, pela ajuda, envolvimento e atenção dedicados.

À Maria Vilma Pereira, pelo apoio, disponibilidade e carinho revelados.

À Rosa Dalva Rivera, pela atenção, empenho e confiança demonstrados.

À amiga Anupama Raghuram, pela consideração, solicitude e presteza apresentadas.

Aos amigos Ismael Sanches e Noemia Azevedo, pelo incentivo, carinho e determinação em ajudar, muito obrigada.

Aos funcionários das bibliotecas em que realizei as pesquisas e os estudos necessários para a construção deste trabalho, pela disponibilidade e solicitude em ajudar, muito obrigada.

Minha gratidão a todos que se sensibilizaram e viabilizaram a concretização deste trabalho.

“A força do direito deve superar o direito da força”.

Rui Barbosa

RESUMO

Neste estudo são analisadas as possibilidades de contribuição do Ministério Público brasileiro em favor da efetividade do direito fundamental à saúde conforme o uso de instrumentos de atuação judicial e extrajudicial. Desenvolveu-se um estudo interdisciplinar partindo de revisão da literatura, por meio de livros, periódicos e artigos científicos especializados, bem como de instrumentos normativos e jurisprudências. Levaram-se em conta o novo perfil atribuído ao *Parquet* pela Constituição Federal de 1988 e os arranjos institucionais do Sistema Único de Saúde (SUS) para examinar os efeitos das diferentes estratégias que vêm sendo empregadas pela Instituição no desempenho de suas atribuições. Buscou-se, ainda, identificar as atividades desempenhadas pelos membros do Ministério Público a fim de promoverem a execução de políticas públicas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Constatou-se que a atuação extrajudicial do Ministério Público mostra-se mais adequada do que a judicial para lidar com a complexidade do direito à saúde e das políticas públicas direcionadas para este domínio no Brasil. Identificou-se que as principais atividades desempenhadas pelos membros da Instituição no sentido de efetivar o direito à saúde se pautam na fiscalização dos gestores e dos prestadores de serviço. Para tanto, atuam por meio de trabalho de “gabinete” e de visitas *in loco*, assim como realizam um trabalho conjunto com os Conselhos de Saúde na fiscalização de ações e serviços prestados à população e na construção de políticas públicas mais efetivas e condizentes com a realidade social.

Palavras-chave: Direito à saúde. Sistema Único de Saúde (SUS). Ministério Público. Ministério Público resolutivo. Ministério Público demandista.

ABSTRACT

This study analyzed the possible contributions of the Brazilian Public Ministry to the effectiveness of the fundamental right to health care by the use of judicial and extrajudicial methods. This interdisciplinary study was developed from a detailed literature review, which included the analysis of books, journals and scientific articles, as well as the rules of law and jurisprudence. The new profile attributed to the Parquet by the 1988 Federal Constitution and the institutional structure of the Brazilian national public health system (SUS) were taken in consideration to examine the effects of different strategies being utilized by the institution in the execution of its functions. The activities of the members of the Public Ministry to ensure the execution of public health policies geared towards the protection, promotion and restoration of health were also identified. This study concluded that the extrajudicial actions of the Public Ministry were more effective than judicial actions in dealing with the complexity of the fundamental right to health and of the public health policies targeted to this right in Brazil. The main role of the members of the institution was identified as being based on the oversight of the health service managers and providers. The members of the institution complete administrative and field tasks in conjunction with Health Councils in order to achieve this oversight of the services offered to the local population and the development of effective public policies in accordance to the current social reality.

Key words: Right to health care. Brazilian national public health system (SUS). Public Ministry. Extrajudicial Public Ministry. Judicial Public Ministry.

INDICAÇÕES DE LEITURA

1. Apenas a primeira referência a uma obra segue a um método de identificação equivalente ao presente no índice geral de bibliografia. Nas citações posteriores, indicam-se apenas o nome do autor, as primeiras palavras do título seguidas da designação “cit.” e as páginas referentes ao assunto abordado.

2. Salvo algumas exceções, a série das citações de bibliografia de uma mesma nota de rodapé obedece ao critério da ordem alfabética em relação ao nome do autor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIDS	<i>Acquired Immune Deficiency Syndrome</i>
Art.	Artigo
CAP	Caixa de Aposentadoria e Pensão
CAPs	Caixas de Aposentadoria e Pensão
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CSS	Contribuição Social para a Saúde
IAPs	Institutos de Aposentadoria e Pensão
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
LOPS	Lei Orgânica da Previdência Social
MA	Maranhão
MPAS	Ministério da Previdência e Assistência Social
MPE	Ministério Público Estadual
MPF	Ministério Público Federal
nº	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONG	Organizações Não-Governamentais

ONU	Organização das Nações Unidas
PA	Pará
PDI	Processos Decisórios Inclusivos
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PSF	Programa de Saúde da Família
PST	Programa de Saúde do Trabalhador
Rename	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
SESP	Serviço Especial de Saúde Pública
SNS	Serviço Nacional de Saúde
ss	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
SUDS	Sistema Unificado de Descentralização de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de ajustamento de conduta
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça das União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 METODOLOGIA	20
3 O MINISTÉRIO PÚBLICO	22
3.1 Origens históricas	23
3.1.1 Paradigmas do Ministério Público na antiguidade	23
3.1.2 Idade Média	25
3.1.3 França, o berço do Ministério Público	26
3.1.4 O Ministério Público de Portugal	29
3.1.4.1 <i>Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, e reformas posteriores</i>	30
3.1.4.2 <i>A Primeira República e o período dos Estatutos Judiciais</i>	31
3.1.4.3 <i>O Parquet português na Constituição de 1976</i>	32
3.2 O Ministério Público no Brasil	34
3.2.1 Evolução histórica	34
3.2.1.1 <i>Fase Colonial</i>	34
3.2.1.2 <i>Fase Monárquica</i>	35
3.2.1.3 <i>Fase Republicana</i>	37
3.2.2 Constituição Federal de 1988 e a consolidação do novo perfil do Ministério Público	43
3.2.2.1 <i>A independência do Parquet brasileiro diante dos Poderes da República</i>	45
3.2.3 Natureza jurídica do Ministério Público brasileiro	49
3.2.3.1 <i>O Ministério Público como Poder do Estado</i>	49
3.2.3.2 <i>Natureza jurídica</i>	50
4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	53
4.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais e o direito à saúde	53
4.1.1 Fundamentação jurídico - política dos direitos sociais como direitos fundamentais	55

4.1.1.1 <i>Os direitos sociais como problema político</i>	56
4.1.1.2 <i>Os direitos sociais como problema jurídico</i>	62
4.1.2 Multifuncionalidade do direito fundamental à saúde	69
4.1.3 Regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde	76
4.1.3.1 <i>Generalidades</i>	76
4.1.3.2 <i>A dupla fundamentalidade formal e material do direito à saúde</i>	78
4.1.3.3 <i>Significado e alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal</i>	81
4.2 Conteúdo do direito fundamental à saúde	86
5 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E EM PORTUGAL	96
5.1 O direito à saúde no Brasil	96
5.1.1 As concepções de saúde ao longo da história brasileira	96
5.1.1.1 <i>A Primeira República ou República Velha (1889 – 1930)</i>	97
5.1.1.2 <i>A saúde pública na Era Vargas (1930 – 1945)</i>	102
5.1.1.3 <i>Período da Redemocratização e a saúde (1945 – 1964)</i>	105
5.1.1.4 <i>A saúde no Regime Militar (1964 – 1984)</i>	108
5.1.1.5 <i>A saúde nos anos 80 e 90</i>	113
5.1.1.6 <i>A saúde dos brasileiros no novo século</i>	120
5.1.2 A Constituição brasileira de 1988 e a universalização da saúde	123
5.1.2.1 <i>Categoria acesso</i>	125
5.1.2.2 <i>Desafios na universalização da saúde</i>	127
5.1.2.3 <i>Por um sistema público de serviços de saúde para todos os brasileiros</i>	131
5.1.3 Participação social no controle do direito à saúde	134
5.1.3.1 <i>Conferências de Saúde</i>	137
5.1.3.2 <i>Conselhos de Saúde</i>	138
5.1.3.3 <i>Processos decisórios inclusivos</i>	140
5.2 O direito à saúde em Portugal	142
5.2.1 Estado providência e políticas de saúde	143
5.2.1.1 <i>A crise do Estado-providência</i>	146
5.2.2 Modelo de produção europeu em saúde	153
5.2.3 O Serviço Nacional de Saúde (SNS)	157
5.2.3.1 <i>Características do Serviço Nacional de Saúde</i>	159
a) Universalidade	159
b) Generalidade	161

c) Tendência para a gratuidade	163
d) Gestão descentralizada e participada	165
6 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DESEFA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL: IMPLICAÇÕES DE SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E DEMANDISTA	167
6.1 Modelos de atuação do Ministério Público no Brasil	169
6.1.1 Ministério Público demandista	171
6.1.2 Ministério Público resolutivo	173
6.2 Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito	175
6.2.1 Por que o Ministério Público?	177
6.2.2 Indo além da judicialização	182
6.3 O Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública.	189
6.3.1 Principais formas de atuação do Ministério Público na defesa do direito fundamental à saúde	190
6.3.2 O <i>Parquet</i> brasileiro, o controle social e as políticas públicas	193
7 CONCLUSÃO	196
JURISPRUDÊNCIA	201
REFERÊNCIAS	202

1 INTRODUÇÃO

O tema saúde como um direito não é um objeto de estudo recente no Brasil, a julgar pela larga produção de conhecimento no campo da saúde coletiva e do direito sanitário. Ainda assim, os estudos e as pesquisas sobre o referido tema precisam de um aporte de reflexões acadêmicas que possam dar a base teórica e delimitar os marcos jurídico-legais da saúde como um campo de práticas sociais.

O reconhecimento da saúde como direito humano deve-se à consolidação do modelo de Estado Bem-Estar Social (*Welfare State*), que se desenvolveu, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, coube à Constituição Federal de 1988, de modo pioneiro, garantir expressamente a saúde como direito fundamental, requisito indispensável para a vida com dignidade. Assim, o aludido direito foi introduzido no texto constitucional como direito fundamental social.¹

Apesar de integrar o rol dos direitos sociais, o direito à saúde possui uma estrutura complexa que não se deixa apreender com a simples referência à sua condição de direito social. Na realidade, ao lado de uma dimensão tipicamente positiva, que se observa no direito de exigir determinadas prestações dos poderes públicos visando à proteção da saúde, o direito fundamental previsto no artigo 196 da Carta Magna contém igualmente uma dimensão negativa, que se traduz no dever geral de abstenção do Estado e de terceiros de realizarem ações que afetem ou prejudiquem a saúde humana.

É interessante ressaltar que essa também é a visão adotada pela doutrina portuguesa², a qual afirma que na dimensão negativa, o direito fundamental à saúde apresenta uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, valendo-se, desse modo, do regime de proteção que lhe é conferido pela Lei Fundamental. Já na dimensão positiva, tal direito apresenta as características típicas de um direito social, o que não significa que se possa desconsiderar a sua força jurídica própria, atendendo a sua natureza de direito fundamental.

A dimensão positiva ou prestacional do direito fundamental em análise impõe ao Estado uma atuação diligente no que tange à sua promoção, proteção e recuperação, de modo que as

¹ Neste sentido, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista*. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, v. 15, n. 3, nov. 2014/fev. 2015, p. 144.

² Ver, por todos, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 45 – 46.

ações e os serviços de saúde prestados sejam aptos a satisfazer, em quantidade e em qualidade, aos que deles necessitem.

Com o intuito de garantir um acesso universal, igualitário e integral das prestações de saúde, o Constituinte brasileiro optou por criar o Sistema Único de Saúde (SUS), organizado segundo as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Busca-se, por meio desse sistema nacional, priorizar as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, a fim de proporcionar o bem-estar físico, mental e social dos cidadãos.

No entanto, o reconhecimento do direito à saúde como dever do Estado ainda não se constitui de fato em acesso aos bens e serviços no âmbito do SUS. Nesse sentido, os cidadãos recorrem às instituições competentes, de forma individual ou coletiva, demandando do Estado o cumprimento do preceito constitucional. Isso porque do mesmo modo que a Constituição Federal afirma a saúde como direito fundamental, também prevê instrumentos aptos a garantir a sua efetivação.

A conquista do direito à saúde não termina com sua inscrição na Lei Fundamental. Os “tijolos” assentados até agora na sua construção, apesar de representarem um imenso avanço, não foram suficientes para “levantar a morada” desse direito para todos. Enquanto houver indicadores sociais a comprovar desigualdades, injustiça social e quadros epidemiológicos não favoráveis, o referido direito permanece em construção.³

Dentre os atores responsáveis pela garantia do direito fundamental à saúde, destacam-se o Poder Judiciário e as entidades que integram as denominadas *funções essenciais da justiça*, sobretudo o Ministério Público.

Atualmente, o *Parquet* brasileiro possui um perfil diferente do estabelecido no regime constitucional anterior e em qualquer configuração constitucional já existente. O arranjo inédito criado em 1988 permitiu um novo formato das instituições jurídicas e das funções que lhe são inerentes para a concretização de direitos. Nesse contexto, o Ministério Público passa a desempenhar um importante papel na manutenção do Estado de Direito e na proteção da sociedade, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais.

O texto constitucional vigente redefine o órgão ministerial, considerando-o como instituição permanente, fundamental à função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis

³ Demonstram esta circunstância, DELDUQUE, Maria Célia.; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre. Bernardino. *et al.* (Org.) *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009, p. 110.

(artigo 127, *caput*). Dentre outras funções, ao Ministério Público cabe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Lei Maior, realizando as medidas necessárias a sua garantia, além de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, incisos II e III).

Dessa forma, fica evidente a vocação da Instituição para agir em favor da efetividade do direito à saúde, uma vez que as ações e serviços voltados para a garantia deste direito têm relevância pública, trata-se de direito da coletividade, assim como é indisponível.⁴

A nova ordem constitucional garante, também, a independência do Ministério Público diante dos Poderes da República e o insere em capítulo diverso, o que termina por afastar a equivocada conclusão de que o órgão ministerial integra o Poder no qual suas normas estão inseridas. Este fato assegura ao *Parquet* a autonomia e a independência necessárias para um melhor desempenho de seus deveres constitucionais.

Não há, portanto, mais dúvida de que o Ministério Público não compõe o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. É exatamente essa característica marcante que diferencia a atual Instituição brasileira e a coloca como a mais avançada do mundo, à luz do Direito comparado, o qual demonstra a ligação existente entre o órgão ministerial e os poderes constituídos em diversos países. Uma das funções atuais da Instituição lusitana, por exemplo, é representar o Estado nas situações de seu particular interesse. Da mesma forma, o *Parquet* francês, até os tempos atuais, apresenta uma estreita ligação com o Poder Executivo, a julgar por sua postura de subordinação ao Ministro da Justiça, sobretudo no que diz respeito ao papel disciplinar dos seus membros.

Ao mesmo tempo em que redefine o perfil do Ministério Público, a Constituição e os demais dispositivos legais que o disciplinam estabelecem diversos instrumentos para a sua atuação. A depender da forma de atuação utilizada, pode-se classificar dois modelos de Ministério Público: o Ministério Público demandista – que atua diante do Poder Judiciário – e o Ministério Público resolutivo – que atua extrajudicialmente.

Os deveres institucionais atribuídos ao *Parquet* brasileiro geram entre ele e o direito à saúde uma relação muito próxima, na medida em que aquele se afirmou como responsável

⁴ Assim, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli lola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 145.

pela efetividade das normas constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais, assim como fiscalizador dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública.⁵

Essa característica do Ministério Público, bem como a ausência de efetividade do direito fundamental à saúde nos dias atuais, têm levado à crescente atuação da Instituição no contexto sanitário. Atuando em juízo ou fora dele, o *Parquet* tem sido um ator importante na discussão de demandas relacionadas à organização do sistema de saúde nacional e dos serviços prestados à população. Assim, o órgão ministerial tem agido num processo de *juridicização* das políticas públicas de saúde e também na *judicialização* dessas políticas. No primeiro caso, realiza a apreciação das relações sociais e a mediação de conflitos sob enfoque jurídico. No segundo caso, utiliza da ação judicial como modo de exigir a concretização do direito.⁶

De início, é possível afirmar que a judicialização das demandas de saúde é objeto de várias críticas em estudos brasileiros e estrangeiros. Tais estudos definem como indevida a transferência para o âmbito judicial de decisões eminentemente políticas, complexas e que precisam de conciliação de vários interesses. Nesse contexto, são tomadas decisões a partir do processo, o qual tem estrutura adversativa, o que impede a construção de alternativas negociais. Ademais, defende-se que o processo não consente o esclarecimento exaustivo das demandas referentes ao direito à saúde.⁷

Em razão das limitações indicadas pela literatura, não é recomendável que a judicialização dos problemas relativos ao direito à saúde seja a primeira providência adotada pelos membros do Ministério Público. As falhas do processo para resolver as complexas questões sociais exigem que o membro do *Parquet* escolha estratégias alternativas que levem à otimização de seus resultados na busca da realização do direito fundamental à saúde em conformidade com a Constituição Federal.⁸

Dessa forma, o trabalho do Ministério Público voltado para a atuação resolutiva, com prestígio dos instrumentos de atuação extrajudicial, muito concorre para a concretização do direito à saúde. Nesse cenário, o cumprimento das obrigações institucionais deve ser buscado

⁵ Neste sentido, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 148.

⁶ Assim, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 148.

⁷ Assim, MANFREDI, Christopher P.; MAIONI, Antonia. *Courts and health policy: judicial policy making and publicly funded health care in Canada*. *Journal of Health Politics, Policy and Law*. Durham, v.27, n. 2, p. 213 – 241, abr. 2002; OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 155.

⁸ Neste sentido, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 156 - 157.

diretamente, como regra, sem recorrer à atuação em juízo. A confirmação do referido direito de modo mais legítimo e coeso com a Lei Fundamental impõe a construção de soluções compartilhadas e baseadas no diálogo entre todos os atores sociais envolvidos. Contudo, mesmo nesse contexto, a judicialização às vezes pode ser necessária, devendo ser resguardada para as situações de insucesso na utilização dos instrumentos de atuação extrajudicial.⁹

Logo, considerando que a saúde é garantida pela Constituição brasileira como direito fundamental de todos e dever do Estado. Considerando que tal reconhecimento ainda não se constitui de fato em acesso aos bens e serviços de saúde à toda a população. Considerando que a Carta Magna prevê instituições e instrumentos aptos a garantir a concretização do referido direito e que ao Ministério Público foi atribuído o dever de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”, indaga-se: como o Ministério Público pode atuar na defesa do direito fundamental à saúde no Brasil e quais as implicações de suas diferentes formas de atuação – resolutive e demandista?

Dada a relevância teórica e prática do tema e a existência de poucos estudos doutrinários sobre o assunto, mostra-se necessário analisar de forma mais minuciosa a atuação do Ministério Público brasileiro na defesa do direito à saúde e compreender as formas possíveis de exercer esse dever constitucional na prática. A crescente atuação do *Parquet* no âmbito do direito sanitário exige o exame das diferentes estratégias adotadas, bem como a verificação da forma mais eficiente, a fim de permitir que a Instituição, de fato, contribua para a efetivação do direito fundamental à saúde.

⁹ Assim, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli lola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. 157.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho se propõe a empreender uma revisão bibliográfica a fim de aprofundar o referencial teórico-conceitual sobre a defesa do direito fundamental à saúde realizada pelo Ministério Público brasileiro. Com isso, pretende-se iluminar as discussões do objeto da Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, acerca da questão referente às “implicações da atuação resolutiva e demandista do Ministério Público na defesa do direito fundamental à saúde no Brasil”.

A metodologia utilizada foi a descritivo-analítico-reflexiva, que permite, por meio do embasamento em referenciais bibliográficos existentes na literatura, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo.

Para efetuar a revisão, utilizou-se o acervo das bibliotecas do Ministério Público do Estado de Pernambuco, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco, bem como artigos científicos pesquisados no site do Ministério da Saúde, da Editora Cubo e do Serviço Nacional de Saúde português, considerando-se as publicações em língua portuguesa, espanhola, inglesa e francesa. Esses conteúdos foram discutidos entre si e confrontados com instrumentos normativos constitucionais e infraconstitucionais, pesquisados no site oficial dos governos brasileiro e português, bem como relacionados com jurisprudências brasileiras e portuguesas, pesquisadas nos sites do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional português.

Os dados foram pesquisados durante o período de setembro de 2016 a maio de 2017. E como descritores de interesse foram utilizados: direito à saúde, Sistema Único de Saúde, Ministério Público, Ministério Público resolutivo e Ministério Público demandista.

Os conteúdos analisados foram provenientes de livros, periódicos, artigos científicos, Constituições (Constituição da República Federativa do Brasil e Constituição da República Portuguesa), leis, decretos, resoluções, Recurso Extraordinário, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Acórdãos.

O local de produção ficou restrito às possibilidades de contribuição do Ministério Público brasileiro em favor da efetividade do direito fundamental à saúde conforme o uso de instrumentos de atuação judicial e extrajudicial. Também foi realizada uma rápida explanação sobre o aludido direito no Estado português. Tomou-se como questão geradora da busca a

seguinte pergunta: como o Ministério Público pode atuar na defesa do direito fundamental à saúde no Brasil e quais as implicações de suas diferentes formas de atuação – resolutiva e demandista?

Os critérios de inclusão utilizados foram: (1) Estudos sobre a defesa do direito à saúde no Brasil; (2) produzidos em português, espanhol, inglês ou francês; (3) que tratam da tutela realizada pelo Ministério Público; (4) que tratam do direito à saúde em Portugal. E os critérios de exclusão: (1) Estudos sobre a defesa do direito fundamental à saúde em outros países; (2) que tratam da tutela realizada pelo Poder Judiciário ou por outra entidade que integre as denominadas *funções essenciais da justiça*; (3) publicações referentes a relatos de experiências e artigos de opinião, resenhas de livros, notas técnicas.

A análise concentrou-se, essencialmente, na revisão da literatura, complementada pelo exame das legislações pertinentes ao tema.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, fundamental à função jurisdicional, atribuindo-lhe a tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁰

É órgão do Estado – não do governo, nem do Poder Executivo – provido de garantias especiais para exercer funções ativas e interventivas, em juízo ou fora dele, para a proteção dos maiores interesses da sociedade, como a fiscalização dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, o combate ao crime, a defesa do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio público e social.¹¹ Em síntese, o Ministério Público é instituição social, voltada, precipuamente, para a proteção dos ideais democráticos e da sociedade como um todo, muitas vezes salvaguardando-a dos próprios poderes constituídos.¹²

A compreensão do Ministério Público contemporâneo, a delimitação de sua nova identidade e o estabelecimento do papel que deve adotar em uma sociedade democrática passa, obrigatoriamente, pela análise histórica da instituição.

Contudo, é imprescindível, nessa digressão histórica, considerar características mínimas, mas basilares, da Instituição Ministerial. Nota-se que em qualquer figura jurídica é possível encontrar antepassados milenários atendendo a uma ou outra de suas peculiaridades. Essa questão, porém, é especialmente delicada quando diz respeito a um órgão que em poucos momentos foi objeto de estudo com as características que particularmente o definem, a começar pelo fato do dever principal do personagem não se captar de sua denominação, o que dificulta ainda mais as coisas.¹³

Em um Estado onde compete ao Juiz julgar, ao Governo governar e ao Poder Legislativo legislar, não é correto afirmar que compete ao Ministério Público somente fiscalizar, ou ao menos esta ação não define de forma completa a função do Ministério Público.¹⁴

¹⁰ Conforme o artigo 127, *caput*, da CF/88, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

¹¹ Demonstra esta circunstância, MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

¹² Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. rev. ampli. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7.

¹³ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 19 – 20.

¹⁴ Ver PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 20.

Assim, será realizada, a seguir, uma abordagem mais detalhada das origens do Ministério Público a fim de se obter uma maior compreensão do trajeto e do atual perfil desse órgão nos diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Origens históricas

É verdade que a influência romanística sobre a cultura jurídica européia e, por conseguinte, sobre a brasileira, conduz naturalmente a uma busca das raízes das instituições jurídicas no Direito Romano e em sua matriz grega. Todavia, em relação ao Ministério Público, menção histórica neste sentido é ineficaz. Os romanos e os gregos não conheceram, exatamente, a instituição do Ministério Público, pois a origem do direito de perseguir de ofício não pode ser confundida com a origem de tal instituição.¹⁵

3.1.1 Paradigmas do Ministério Público na antiguidade

Seguramente, Roma antiga apresentou instituições que desempenhavam algumas atividades atualmente exercidas pelo *Parquet*¹⁶. No entanto, não se deve afirmar que àquelas instituições correspondem a origem do Ministério Público hodierno.

As figuras romanas dos *questores*, dos *censores*, do *advocatus fisc*, dos *procuratores caesaris*, do *defensor civitatis* e dos *irenarcha*, *curiosis*, *stationarii* e *frumentarii* são, de forma constante, mencionadas como exemplo de antecessores do Ministério Público. Os *questores* eram altos funcionários imperiais responsáveis por receber as multas e guardar o tesouro, mas que também apuravam os crimes de homicídio; os *censores*, investigavam detalhadamente a vida dos indivíduos para verificar o que poderia ser repreensível; o *advocatus fisc* e os *procuratores caesaris* tinham a função de gerir os domínios do império e de receber as receitas imperiais; o *defensor civitatis* – eleito entre os notáveis da vila – era

¹⁵ Neste sentido, SALLES, Carlos Alberto. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 13 – 14.

¹⁶ Segundo GARCIA, tradicionalmente, o Ministério Público é designado pelo substantivo masculino *Parquet*, de origem francesa, que, usualmente, representa o ajuntamento de tábuas – lâminas de parquet – que estruturam o chão de algumas habitações. A transferência do vocábulo para o âmbito jurídico deve-se ao fato de os representantes do Ministério Público, em seus primórdios, postularem aos juizes de pé, sobre o assoalho. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico...*, cit., p. 7.

responsável por garantir o respeito à ordem pública, em que protegia as classes inferiores de eventuais abusos dos agentes municipais e dos funcionários do império; por fim, *irenarcha*, *curiosis*, *stationarii* e *frumentarii* eram espécies de policiais que garantiam a manutenção da ordem pública.¹⁷

Na Grécia clássica, por sua vez, os *temóstetas* eram notáveis oradores responsáveis pelo exercício do direito de acusação, os quais estimulados pelo interesse na causa ou pela paixão que o crime provocava, não agiam com a imparcialidade característica do Ministério Público moderno e tinham o trágico poder de arrastar os acusados ao extermínio.¹⁸

No que se refere às diversas funções atualmente confiadas ao Ministério Público, em um regime de democracia direta como o observado na civilização grega, seria improvável que fossem realizadas por uma instituição governamental. A vastidão do exercício da cidadania, a prática da democracia direta, o respeito aos ideais democráticos e a consciência dos direitos – que eram rigorosamente assegurados a todos os cidadãos – prescindia, naquele momento de Estado, a presença de qualquer órgão equivalente ao Ministério Público.¹⁹

Percebe-se, assim, que algumas atividades realizadas na Grécia e em Roma, de certa forma, assemelham-se ao órgão ministerial em sua conformação hodierna, a possibilitar, por analogia, uma comparação entre as instituições, levando em consideração o papel por elas exercido na administração da Justiça e na constituição dos poderes do Estado. Em todo caso os paradigmas gregos e romanos não são antecedente histórico do *Parquet* contemporâneo.²⁰

Por essa mesma técnica de semelhança, cabe a habitual referência à figura do *magiai* – procurador do rei – que compunha um corpo de funcionários no Egito antigo, com deveres no campo da repressão penal, a fim de reprimir os violentos, castigar os rebeldes, tutelar os

¹⁷ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 8; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia - teoria e práxis: a função política do Ministério Público, o combate às práticas rurais antiambientais, o combate à exploração do trabalho infanto-juvenil, pacto social*. São Paulo: Editora de Direito, 1998, p. 70; SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 14 – 15.

¹⁸ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 26 – 27, o qual defende a ausência da figura do acusador público entre os gregos, uma vez que estes – tal como acontecia com a maioria dos povos da Antiguidade – atribuíam às vítimas do crime e às famílias a iniciativa do processo contra o criminoso. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 26.

¹⁹ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 27.

²⁰ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 71, o qual afirma que há grandes críticas quanto a possibilidade de ter existido qualquer função pública ou instituição na Antiguidade que se assemelhe ao Ministério Público, principalmente em relação às figuras gregas e romanas citadas como antecessoras do Ministério Público moderno. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 71; SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 15.

cidadãos pacíficos, formalizar acusações e participar das instruções probatórias na busca da verdade. No âmbito civil, protegia determinadas pessoas, a exemplo de viúvas e órfãos.²¹

No entanto, apesar de algumas incontestáveis semelhanças, não há que se falar em filiação do Ministério Público em relação a essas instituições, pois caso se pretendesse confundir as analogias com as origens, o *Parquet* seria descoberto em todas as criações sociais nas diversas formas, uma vez que a representação do poder de persecução de ofício nas relações de direito foi contemporânea às sociedades, e apresenta-se regulada desde as civilizações primitivas.²²

3.1.2 Idade Média

O delineamento do Ministério Público como instituição ocorreu durante o processo de assunção do monopólio jurisdicional pela realeza.

No decorrer de alguns séculos, observou-se um embate pelo exercício do poder com reflexos na realização da atividade jurisdicional. Devido a adoção do cristianismo como religião oficial, no final do Império Romano, a Igreja Católica conquistou progressivamente os espaços de poder político, transformando-se em uma força hegemônica na Europa Medieval. No âmbito jurisdicional, além de resolver as situações religiosas, por meio dos tribunais dos bispos, suas deliberações ganharam força executória comum.²³

Esse controle da Igreja sobre a Europa durante parte considerável da Idade Média estimulou a reação de alguns reis. A princípio, juntaram-se aos senhores feudais com o propósito de combater o poder da Igreja Católica. Como tática de enfraquecimento do opositor comum, constituíram os tribunais dos senhores feudais, que passaram a conviver com os tribunais dos reis e dos bispos.²⁴

Uma vez livres do poder eclesiástico e politicamente fortalecidos, os reis iniciaram uma luta pelo domínio do poder e atacaram os seus antigos aliados. Tinham como objetivo conquistar o monopólio do poder político e, para tanto, reaveram o direito romano clássico.

²¹ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 8; GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 70; SALLES, Carlos Alberto. Entre a razão e a utopia..., cit., p. 15 – 16. Segundo PAES, esses inspetores ou empregados reais – *magjai* – existiram há mais de quatro mil anos e eram considerados *a língua e os olhos do rei*. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 23.

²² Demonstra esta circunstância, SALLES, Carlos Alberto. Entre a razão e a utopia..., cit., p. 16.

²³ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 72.

²⁴ Assim, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 72 – 73.

No campo jurisdicional, ocorreu uma grande intervenção nos tribunais senhoriais, por intermédio de funcionários do rei, com a finalidade de proteger os interesses da Coroa.²⁵

Na França, esse cenário consolidou-se no curso do reinado de Luís IX, o qual deu uniformidade aos mecanismos judiciais e extinguiu a justiça senhorial por meio de um corpo de normas promulgado em 1269, definido como “Estatuto de São Luís”. A centralização da justiça, no entanto, concretizou-se com a *Ordonnance*, editada em 25 de março de 1302 – por Filipe, o Belo – correspondendo ao primeiro diploma legal a prever o Ministério Público representado pelos procuradores do rei – conjunto de funcionários encarregados de proteger os interesses do Estado.²⁶

3.1.3 França, o berço do Ministério Público

Não obstante de tudo o que foi relatado até o momento, em que pesem os pontos de contato entre a Instituição Ministerial e certas figuras existentes em civilizações mais remotas, os autores, de maneira geral, são unânimes em apontar a França como o berço do Ministério Público.²⁷

De fato, qualquer que seja a ideia que se tenha quanto à anterioridade de agentes governamentais em outros estados a realizar atividades que hoje são atribuídas aos Parquets, seguramente, como instituição, o Ministério Público despontou na França, por meio da *Ordonnance*, editada em 25 de março de 1302. Nessa ocasião, Filipe, o Belo, agrega tanto os seus procuradores, responsáveis pela administração de seus bens pessoais, quanto seus advogados, voltados para a proteção de seus interesses privados em juízo, que juntos eram conhecidos pela expressão genérica *les gens du roi*, em uma só instituição.²⁸

²⁵ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 72 – 73.

²⁶ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 73, o qual acrescenta que ainda sob o comando da monarquia absoluta, outras *ordonnance* foram editadas entre as quais destaca-se a *Ordonnance Criminelle* – editada em agosto de 1670, pelo rei Luís XIV – tida como a grande codificação do processo penal da monarquia francesa, que expandiu a esfera de atuação do *Parquet* como acusador público; GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 10. MAZZILLI afirma que a Ordenança de 25 de março de 1302, equivale ao primeiro texto legislativo a dissertar objetivamente os procuradores do rei; porém, acredita-se que Filipe normatizou o juramento e as obrigações de procuradores já existentes. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público...*, cit., p. 38.

²⁷ Ver PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 37; SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

²⁸ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 37; SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 38.

Com o passar do tempo, o órgão ministerial deixa de proteger apenas os interesses privados do soberano e passa a agir em prol dos interesses do próprio Estado. Ou seja, passa a exercer um “mister público”, diversamente de um “mister privado”. É quando a definição *Ministério Público* se concretiza.²⁹

A Revolução de 1789 encontra o *Parquet* bastante desgastado diante da opinião pública, pois, aparentemente, em algumas circunstâncias a Instituição demonstra uma forte tendência a confundir os interesses públicos, dos quais era representante, com os privilégios da realeza. Com isso, muitos cogitaram a extinção do *Parquet*.³⁰

Todavia, a Assembléia Nacional Constituinte resolve pela sua manutenção, mas lhe estabelece uma grande reforma, orientada no sentido de retirar do Ministério Público o caráter político que até o momento desfrutava, para transformá-lo em um mero órgão judiciário.³¹

A organização do Ministério Público passa a ser responsabilidade da referida Assembléia, resultando na edição de atos que alicerçam a Instituição no contexto de Estado, como, por exemplo, o Decreto de 8 de maio de 1790, o qual determina a vitaliciedade dos membros do Ministério Público – funcionários nomeados pelo rei e que apenas seriam demitidos em casos comprovados de corrupção. Nesse mesmo ano, outro decreto divide as funções do *Parquet* em dois órgãos diferentes: o Comissário do Rei, designado pelo soberano e encarregado exclusivamente de fiscalizar a aplicação da lei e a correta execução das decisões judiciais e o Acusador Público, escolhido pelo povo e com a atribuição de sustentar, perante os tribunais, a acusação dos réus.³²

Por conseguinte, a partir dessa época mostram-se claramente reveladas as duas funções do Ministério Público, mantidas até os dias atuais, a de *dominus litis* e a *custos legis*.

Com a Proclamação da República, os antigos Comissários do Rei passam a Comissários da Assembléia e perdem, por meio de decreto, a sua intervenção nos processos criminais. Todavia, a Constituição Republicana de 5, do Frutidor do Ano III (22 de agosto de 1795), recompõe a competência dos Comissários do Governo, que voltam a interferir nos processos criminais.³³

²⁹ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 38. PERROT afirma que foi exatamente quando os membros da Instituição passaram a se voltar unicamente aos interesses do soberano, deixando de servir a cliente particular, que começaram a agir sobre um estrado nos tribunais (*Parquet*) para caracterizar a sua postura de magistrados, mas apartados dos julgadores. PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 5^o edition, Paris, Montchrestien, 1993, p. 263.

³⁰ Neste sentido, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 41.

³¹ Ver SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 42.

³² Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 44; SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 42.

³³ Neste sentido, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 42.

Por fim, a Constituição do Ano VIII estabelece que as funções do Acusador Público diante dos tribunais sejam realizadas pelo Comissário do Governo, o qual passa a ter privilégio de inamovibilidade.³⁴

Posteriormente, já no Império, o Ministério Público sofre mais uma reorganização, em 1810, por intermédio de uma lei que lhe define a conformação e determina definitivamente as suas funções de representante do Poder Executivo perante os tribunais, na fiscalização do cumprimento das leis e dos julgados, assegurando-lhe independência no tocante ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. O *Code d'Instruction Criminelle*, de 20 de abril de 1810, estrutura com mais nitidez o Ministério Público francês, que até os tempos atuais apresenta uma estreita ligação com o Executivo, a julgar por sua postura de subordinação em relação ao Ministro da Justiça, especialmente no que concerne ao papel disciplinar dos seus membros.

O que deslumbra os estudiosos do Ministério Público é a constatação da evolução progressiva de uma instituição criada para sustentação das vontades soberanas de monarcas medievais, convertendo-se lenta, porém inexoravelmente em uma base da democracia, como uma consequência natural da mudança de mentalidade política dos povos.³⁵

Alguns séculos foram necessários para que o *Parquet* criado por aquele rei, que de fato honrou o cetro, se tornasse o Ministério Público atual, guardião dos mais importantes valores da democracia e dos direitos indisponíveis dos cidadãos, com o caráter digno e igualitário que hoje manifesta.³⁶

Criado e desenvolvido na França, modificado pela progresso dos povos e pela consolidação dos ideais democráticos, a Instituição Ministerial ingressou em quase todos os ordenamentos jurídicos europeus, inclusive no português e, por ele alcançou o Estado brasileiro, por meio das Ordenações, onde obteve a sua plenitude com a República.³⁷

³⁴ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 43.

³⁵ Demonstra esta circunstância, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 43, o qual destaca que seria obviamente audacioso e até mesmo ingênuo se admitir que o Ministério Público, ao ser originado em 1302, de imediato houvesse se transformado em um órgão de proteção da sociedade, defensor dos direitos indisponíveis das pessoas. O entendimento da época, o regime fortemente autocrático predominante de então e o estágio de civilização européia ao despontar do século XIV, por si mesmo, não permitiriam a implantação de qualquer tentativa por este ângulo. Direitos do cidadãos e cidadania eram conceitos utópicos no momento de então. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 43.

³⁶ Neste sentido, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 45.

³⁷ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 46.

3.1.4 O Ministério Público de Portugal

Os autores portugueses defendem de modo unânime que o Ministério Público surge nesse país como organização estável e permanente no século XIV.³⁸

Antes disso, o *forum judicum*, o código visigótico válido durante muitos anos na península, previa a ação pública contra o homicídio sem indicar magistrados especiais para tratar da ação penal. Na monarquia, surgem referências aos procuradores e advogados do rei, responsáveis por assuntos do fisco e da Coroa. Porém, não se tratava de cargos permanentes, mas sim de nomeações para casos específicos.³⁹

Portugal teve um processo similar ao francês, com a luta da monarquia pelo controle jurisdicional. Tal processo prosperou com a edição da Lei de 19 de março de 1317, pelo rei Dom Dinis, que, interferindo nos tribunais senhoriais, intensifica o poder real ao apropriar-se das funções de julgar as demandas em última instância. Observa-se o fortalecimento e a concentração da atividade jurídica com as ordenações do reino – *Ordenações Afonsinas*, de 1456, *Ordenações Manuelinas*, de 1521 e *Ordenações Filipinas*, de 1603.⁴⁰

A primeira menção expressa ao promotor de justiça consta das *Ordenações Manuelinas*, que incumbe à nova figura o dever de fiscalizar o cumprimento da lei. As *Ordenações Filipinas* estabelecem, ao lado do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, outras figuras, como o Procurador dos Feitos da Fazenda, o Procurador dos Feitos da Coroa e o Solicitador da Justiça da Casa da Suplicação, os quais desempenhavam atividades que viriam a ser realizadas pelo Ministério Público. Já ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, indicado pelo rei, confere tanto a função de fiscalizar o cumprimento da lei como a função de elaborar a acusação criminal contra os indivíduos sujeitados aos processos da Casa da Suplicação.⁴¹ Quanto à Casa do Cível da Relação do Porto, são estabelecidas as figuras de um promotor de justiça e um solicitador de justiça.⁴²

Mais tarde, pelo Decreto de 21 de agosto de 1637, torna-se proibido consultar assuntos de jurisdição sem antes ouvir o Procurador da Coroa. Esse progresso, motivado pelas mudanças do poder político e fortemente sensível à proveniência de instituições como a Casa da Suplicação ou a Casa Cível, fez os estudiosos pensarem que o Ministério Público de

³⁸ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 138.

³⁹ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 138.

⁴⁰ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 75.

⁴¹ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 76.

⁴² Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 139.

Portugal não possui origem francesa, mas sim corresponde ao resultado das necessidades da justiça e dos acontecimentos de toda uma época.⁴³

Com o fim do feudalismo e centralizada a administração da justiça, surge a necessidade de organizar a representação da sociedade perante os tribunais, ou, pelo menos, constituir uma função de iniciativa ou ação pública. É neste sentido que surge o Ministério Público, com um aspecto resultante das características próprias das jurisdições, nas quais atuam e refletem as conquistas provenientes de idênticos modelos de organização do poder político.⁴⁴

3.1.4.1 Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, e reformas posteriores

A organização definitiva do *Parquet* português acontece com o Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, conhecido como *Decreto sobre a reforma das justiças* e assinado em Ponta Delgada pelo regente D. Pedro, Duque de Bragança, em nome da rainha Maria II. Esse documento é um importante marco na história do Ministério Público e se deve à Mouzinho da Silveira, Ministro e Secretário de Estado da Repartição dos Negócios da Justiça da época. Ele instituiu o Tribunal Supremo de Justiça e, junto a este, o cargo de Procurador-Geral da Coroa, a determinar que a pessoa nomeada para este posto, a partir da sua nomeação, seria considerada membro do Tribunal Supremo.⁴⁵

Em cada tribunal de segunda instância criou-se um cargo de procurador régio, tendo graduação e remuneração idênticas às dos integrantes do tribunal e em cada juízo de primeira instância, um delegado do procurador que faria carreira para juiz de direito. Em cada juízo, por sua vez, existia um subdelegado do procurador régio, definido pelo delegado.⁴⁶

Os contornos institucionais do Ministério Público percebidos nesta época permaneceram por um longo tempo, divergindo-se de modelos presentes em outros países, o que fortalece a opinião dos estudiosos quanto ao caráter idiossincrásico da organização do *Parquet* português.⁴⁷

⁴³ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 138.

⁴⁴ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 140.

⁴⁵ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 141.

⁴⁶ Demonstra esta circunstância, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 141, o qual afirma que essa estrutura, posteriormente, foi desenvolvida pelo Decreto nº 27, de 19 de maio de 1832, que estabeleceu de maneira detalhada o estatuto do Procurador-Geral da Coroa.

⁴⁷ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 141 – 142. O mesmo autor declara que, posteriormente, o Decreto de 24 de outubro de 1901 conseguiu efetivar uma grande reforma no

3.1.4.2 A Primeira República e o período dos Estatutos Judiciais

O Decreto de 8 de outubro de 1910, estabelece que o Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda mantenha seus encargos anteriores, mas que passe a nomear-se Procuradoria-Geral da República, modificação que se estende às procuradorias régias e aos vários escalões da magistratura e do Ministério Público.⁴⁸

Em 22 de junho de 1927, é aprovado o primeiro estatuto judicial – pelo Decreto nº 13.809 – que retrata, a sério, o primeiro projeto codificado em relação a todo o sistema judicial da época, a reunir no mesmo texto os conteúdos referentes à organização judicial do país, ao estatuto das magistraturas judiciais e do Ministério Público, ao estatuto do pessoal, à sistematização das secretarias, à organização do colégio de advogados, ao mandato judicial, ao estatuto dos solicitadores e à assistência judicial.⁴⁹

O *Parquet* português, a essa altura, é determinado como representante do Estado e da sociedade e fiscal do cumprimento da lei, além de lhe terem sido ratificadas as funções provenientes da legislação anterior.

Após o Estatuto Judicial de 1927, vieram o de 1933, o de 1944 e o de 1963, que foi objeto de consecutivas mudanças até 1972, encerrando com este a fase dos estatutos judiciais e dando início a uma nova etapa da história jurídica portuguesa com o Movimento de 25 de abril de 1974, no qual o Ministério Público chega deteriorado quanto à magistratura judiciária. Na verdade, tal Instituição não tinha quadro próprio, uma vez que os magistrados de escalão inferior eram candidatos obrigatórios para o ingresso no judiciário, e os intermediários e superiores eram listados em comissão de serviço naquela magistratura. Esse contexto, associado ao estatuto de dependência, era a causa da subordinação e fragilidade do Ministério Público.⁵⁰

Com a revolução de abril de 1974, acontece um verdadeiro sismo para o *Parquet*, principalmente pela criação imediata do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, o qual realiza uma grande ação teórica e prática que toca os partidos políticos representados na Assembleia Constituinte. Estes últimos possuem o objetivo de criar um poder judicial

Ministério Público de Portugal, a modificar o estatuto e o regime de funcionamento da Instituição. Dentre as inovações mais relevantes estão: a implantação, para os magistrados, de casos taxativos de exoneração e suspensão do Supremo Conselho de Magistratura e do Ministério Público, além da garantia de não ser suspenso ou exonerado sem a prévia audiência do interessado; e a instituição de um método de recrutamento que se refere obrigatoriamente a magistrados judiciais ou do Ministério Público. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 142.

⁴⁸ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 143.

⁴⁹ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 143.

⁵⁰ Demonstra esta circunstância, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 144.

independente após vários anos de interferência governamental, pois compreendem que a autonomia do Ministério Público diante do Poder Executivo é imprescindível para a emancipação dos tribunais.⁵¹

3.1.4.3 O Parquet português na Constituição de 1976

É importante ressaltar a transformação sofrida pelo *Parquet* lusitano com o advento da Constituição de 1976 – por meio das modificações trazidas pela revisão constitucional de 1989 – que atualmente o considera como um órgão de administração da justiça, o qual possui basicamente as seguintes funções: representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade e tutelar os interesses que a lei determinar.⁵²

Assim, a característica preponderante da Instituição Ministerial em Portugal é o seu manifesto poliformismo essencial, em que suas funções se distribuem por vários planos e envolvem desde a antiga atribuição de combate ao crime pelo exercício da ação penal, até atividades consultivas de orientação ao Governo, abrangendo a direção das investigações criminais, a representação do Estado nas situações de seu particular interesse, a promoção da legalidade, a defesa de incapazes e incertos, e, também, por força do atual texto constitucional, a função de defensor da legalidade democrática.⁵³

O texto constitucional vigente sistematiza o Ministério Público em um capítulo próprio e determina suas bases de autonomia, mesmo que de modo evasivo.

As disposições referentes ao *Parquet* se localizam no título reservado aos Tribunais, fato que tem permitido concluir que tal instituição forma parte dos Tribunais como órgão soberano.⁵⁴

Alguns autores⁵⁵ defendem que ainda que o Ministério Público desenvolva atividades não situadas na esfera dos tribunais, do conjunto de suas atribuições, especialmente em assunto criminal, se evidencia um núcleo legitimador da inclusão dessa Instituição naqueles colegiados, uma vez que atua como órgão garantidor do processo penal, sendo parte do sistema que exerce a administração de justiça. Mesmo levando em conta tais pressupostos, a

⁵¹ Assim, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 144.

⁵² Demonstra esta circunstância, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 767.

⁵³ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 94.

⁵⁴ Nestes sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 144.

⁵⁵ Ver, por todos, CUNHA RODRIGUES, José Narciso. *Lugares do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1999, p. 271.

Lei Fundamental refere ao Ministério Público um estatuto em que os tópicos instigam a conclusão da natureza judicial de suas funções como, por exemplo: inclusão na estrutura orgânica dos tribunais, instituição de um sistema de hierarquia diverso da função pública, previsão de garantias similares às dos juízes para os respectivos membros do órgão ministerial, adoção de procedimentos de administração e disciplina paralelos aos da magistratura judicial.

Nessa conjuntura, pode ser prescindível indagar-se a posição do Ministério Público por meio de um critério estrito de lugar institucional. A Constituição portuguesa não decidiu, nem tinha, por acaso, que decidir, dada a sua concepção de Estado, se o *Parquet* pertence ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo. No entanto, deixou bem claro, seja pela proposição dos princípios diretores do processo criminal, seja pela conformação jurídica dos limites dos órgãos do poder, que o desempenho da ação penal é função judicial.⁵⁶

Outro aspecto peculiar do Ministério Público português é a sua incontestável unidade, sendo estruturado de modo uniforme em todas as jurisdições. Atualmente, o *Parquet* goza de autonomia orgânica e funcional, estando livre de interferências dos poderes do Estado enquanto desempenha suas funções habituais, salvo nos episódios em que atua como advogado do Estado, e também dispõe de estatuto próprio, diverso da magistratura judicante e dos outros órgãos do Estado.

Obviamente essa independência operacional não presume a ausência de mecanismos adequados ao seu controle, nem nega a interdependência existente com os outros segmentos do Governo na busca dos objetivos específicos das organizações políticas, dentro dos modernos sistemas da democracia social ocidental.⁵⁷

Em relação aos seus membros da Instituição, a Carta Magna vigente afirma a condição de magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, favorecidos pela garantia da inamovibilidade, condicionando a aposentadoria, a suspensão das atividades e a exoneração do cargo a critérios a serem estabelecidos por lei de modo expresso.⁵⁸

Por fim, completando esse conjunto de providências reservadas à organização do Ministério Público português, a Constituição de 1976 determina que o órgão controlador das funções da instituição, dotado de poderes hierárquicos e disciplinares, é a Procuradoria-Geral da República, gerida pelo respectivo Procurador-Geral, cujas funções e organização são

⁵⁶ Demonstra esta circunstância, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 145.

⁵⁷ Neste sentido, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 95.

⁵⁸ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 96.

reguladas por lei específica de competência legislativa exclusiva da Assembléia da República.⁵⁹

Como se observa, o *Parquet* português, atualmente, acumula com a principal função de combate ao crime e o exercício da ação penal demais atividades que já não compõem os deveres do Ministério Público nas modernas democracias sociais. Todavia, fica evidente que as garantias atribuídas aos seus integrantes juntamente com as autonomias orgânica e funcional conseguem manter a atuação do Ministério Público em um padrão apreciável de coerência democrática.

3.2 O Ministério Público no Brasil

3.2.1 Evolução histórica

3.2.1.1 Fase Colonial

No Brasil, as raízes do Ministério Público são encontradas no Direito lusitano vigente no país nos períodos colonial, monárquico e início da República, a começar pela denominação inaugural dos cargos de Promotor e Procurador de Justiça, obtida das *Ordenações Afonsinas*.⁶⁰

De modo tradicional, indica-se como primeira referência o Alvará do rei Felipe III, de 07 de março de 1609, ainda sob o Império português, o qual instituiu o Tribunal da Relação da Bahia – “Relação do Brasil” – a mencionar o Procurador dos Feitos da Coroa, da Fazenda e do Fisco, como também o Procurador de Justiça, responsável por zelar pela integridade da jurisdição.⁶¹

Até a constituição do Tribunal da Relação da Bahia, a colônia apenas disponibilizava a justiça de primeira instância e os recursos eram julgados pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

⁵⁹ Demonstra esta circunstância, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 96.

⁶⁰ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 31; ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 77; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público...*, cit., p. 41; PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 167; SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 20.

⁶¹ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 31 – 32; ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 77; MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público...*, cit., p. 41. Segundo LYRA, o Promotor de Justiça “velava pela integridade da jurisdição civil contra os invasores da jurisdição eclesiástica, sendo obrigado a ouvir missa rezada por capelão especial, antes de despachar, e a usar Opa”. LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2ª. ed. 1ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 21.

Posteriormente, com a criação das Relações do Rio de Janeiro⁶², do Maranhão e de Pernambuco, outros Procuradores foram designados na esfera de cada um destes Tribunais. Em virtude do Decreto Imperial nº 5. 456, de 5 de novembro de 1873, fundou-se o Tribunal da Relação do Distrito das Províncias de São Pedro do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, possuindo como sede Porto Alegre.⁶³

3.2.1.2 Fase Monárquica

A primeira Constituição brasileira – Constituição Imperial de 1824 – não conferiu disciplina específica ao Ministério Público. Mesmo assim, merece ser ressaltado o seu artigo 48, localizado no Capítulo “Do Senado”, o qual determina que no juízo dos crimes, em que a acusação não compete à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional.⁶⁴ Apesar de tal dispositivo indicar o monopólio da titularidade da ação penal por um órgão do Estado, distante está de colaborar para a criação do que hoje corresponde ao Ministério Público.⁶⁵

A Lei de 18 de setembro de 1828, instituiu o cargo de Promotor de Justiça para atuar diante das Relações, inclusive a da Coroa, e os vários juízos das comarcas. Porém, o Aviso de 16 de janeiro de 1838, foi, por assim dizer, o legítimo ato precursor, no Estado brasileiro, da finalidade máxima e característica da instituição, declarando os Promotores como “fiscais da lei”. Em contrapartida, a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal, define e unifica os deveres dos Promotores de Justiça, encarregados, sobretudo, de realizar a acusação dos delinquentes e fazê-los condenar.⁶⁶

⁶² O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro – criado em 1751 – passou a ser denominado Casa de Suplicação do Brasil – a partir de 1808 – com competência de julgar recursos contra decisões da Relação da Bahia. Após essa transformação, observa-se, nessa Corte, a separação dos cargos de Promotor de Justiça e de Procurador dos Feitos da Coroa e da Fazenda, ocupados por agentes distintos. GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 32.

⁶³ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 32.

⁶⁴ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 32.

⁶⁵ Ver SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 28.

⁶⁶ Demonstra esta circunstância, RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Editora Valer e Associação Amazonense do Ministério Público, 1999, p. 23. Conforme GARCIA, a Lei de 3 de dezembro de 1841, estabeleceu que os Promotores Públicos seriam nomeados e destituídos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das províncias, optando sempre pelos Bacharéis formados, idôneos, que atuariam pelo tempo que convier, sendo possível a nomeação de interinos pelo Juiz (art. 22). Também dispunha a existência pelo menos um em cada Comarca, o qual acompanharia o Juiz (art. 23). Posteriormente, o Decreto nº 120, de 21 de janeiro de 1843, regulamentou a referida lei, a manter as diretrizes por ela determinadas. GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 33.

Estime-se, entretanto, a atuação do Promotor de Justiça do Recife, José Thomaz Nabuco de Araújo, pai do futuro abolucionista Joaquim Nabuco, a adotar medidas contra o tráfico de escravos negros, já no ano de 1837, as quais explicitam a vocação do Ministério Público em agir nas situações de interesse social e não somente como simples acusador penal.⁶⁷

A Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como Lei do Ventre Livre, determina que os Promotores Públicos cuidem do registro e proteção dos filhos libertos dos escravos. O registro dos escravos foi regimentado pelo Decreto nº 4.835, de 1 de dezembro de 1871, que fez uma matrícula específica no registro público para essa finalidade.⁶⁸

O Decreto Federal nº 1.030, da mesma forma que o Decreto Federal nº 848, de 11 de outubro de 1890, tem Manuel Ferraz de Campos Salles como autor, o então Ministro da Justiça do Governo Provisório da República e que é apontado como Patrono do Ministério Público do Brasil.⁶⁹

O Decreto nº 848, que estabeleceu e regulamentou a Justiça Federal, trouxe o Ministério Público no Capítulo VI, a conceder-lhe, pelo menos de modo formal, organicidade e natureza institucional. De acordo com o artigo 23, em cada seção da Justiça Federal teria um Procurador da República, designado pelo Presidente da República, por quatro anos, período em que não poderá ser afastado, salvo se o quiser – texto que confere maior estabilidade à função. O artigo 24, por sua vez, demonstrou nitidamente a ligação existente entre o *Parquet* e o Poder Executivo, ao relatar que entre as suas atribuições encontra-se a de efetivar as ordens do Governo da República referentes ao exercício de suas atividades. Já o Decreto nº 1.030, que organizava a Justiça do Distrito Federal, afirmou que o Ministério Público agia junto dos poderes constituídos como o advogado da lei, o fiscal de sua aplicação, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública em detrimento das violações do direito, o auxiliar dos sentenciados, dos asilados, dos alienados e dos mendigos, a solicitar o que for em prol da justiça e dos deveres de humanidade.⁷⁰

Portanto, na fase monárquica, o Ministério Público era subdividido diante dos diversos Tribunais da Relação, iniciando a sua unificação apenas com o verdadeiro funcionamento da

⁶⁷ Ver ALBUQUERQUE, Francisco Sales de *et al.* *A face revelada dos promotores de justiça: O Ministério Público de Pernambuco na visão dos historiadores*. Recife: MPPE, 2006, p. 111 – 131; ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 77.

⁶⁸ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 33.

⁶⁹ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 34.

⁷⁰ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 34.

Corte Suprema, em 1891. Até esse tempo, as reuniões do Supremo Tribunal de Justiça eram inconstantes, fato que preteriria a figura do Procurador-Geral da República.

Nos períodos colonial e imperial, o *Parquet* não era exatamente uma instituição, mas uma aglomeração de práticas que recaía sobre integrantes dissociados entre si e que não possuíam nenhuma garantia, ficando clara a subordinação ao Executivo.⁷¹

3.2.1.3 Fase Republicana

Com o advento da República, surge nova regulamentação do Ministério Público. O Decreto nº 848, de 11 de setembro de 1890, de autoria de Campos Salles, ao instituir e normatizar a Justiça Federal, reservou um capítulo ao *Parquet* – capítulo VI – dispendo sobre a sua estrutura e suas funções no âmbito federal.⁷²

No entanto, apesar de se observar na exposição de motivos⁷³ uma ideia avançada do Ministério Público, apontando-o como órgão relevante à organização da Justiça e à ordem democrática, a disciplina legal não inova de forma profunda quanto à organização existente no Império. Certamente, as atribuições próprias do *Parquet* ganham um caráter institucional, ainda que de modo inicial, mas sem grande mudança da estrutura preexistente.⁷⁴

No Decreto nº 1.030 de 14 de novembro de 1890, espécie de estatuto do Ministério Público do Distrito Federal, são estabelecidas as atribuições dos membros da Instituição, baseadas no Decreto nº 848 e centradas na necessidade de uma conformação independente do *Parquet*.⁷⁵

⁷¹ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 34.

⁷² Assim, SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 23, o qual relata que o Decreto nº 848 foi promulgado às vésperas da instauração do Congresso Constituinte, responsável pela Carta Constitucional da República. O redator do referido Decreto explica que o principal, senão o único objetivo do Congresso em sua primeira reunião, é "colocar o poder público dentro da legalidade", o que tornava necessária a constituição dos "três principais órgãos da soberania nacional". Assim, ao regular o Poder Judiciário, determinando a sua estrutura e normatizando o processo federal, fez-se necessário tratar sobre a organização e funções do Ministério Público. SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 24.

⁷³ A Exposição de Motivos do Decreto nº 848 afirma que "o Ministério Público é uma instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da Justiça, a qual compete velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier". SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 127.

⁷⁴ Neste sentido, SALLES, Carlos Alberto. *Entre a razão e a utopia...*, cit., p. 24.

⁷⁵ Assim, RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo...*, cit., p. 25. O artigo 164 do Decreto 1.030 afirma que "o Ministério Público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito". RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo...*, cit., p. 25.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, influenciada pelo padrão norte-americano, institucionaliza nova ordem, a empregar uma tríplice transformação: a forma de governo – de monárquica passa para republicana; o sistema de governo – de parlamentar converte-se em presidencial; a forma do Estado – de unitária transmuda-se em federal.⁷⁶

Esta primeira Carta republicana, diferentemente do que se esperava, a considerar o norte apontado pelo Decreto da lavra de Campos Salles, silencia sobre a Instituição e menciona, tão-somente, na seção “Do Poder Judiciário”, a figura do Procurador-Geral da República, o qual seria um Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pelo Presidente da República e cujos encargos são definidos em lei (art. 58, § 2º). O artigo 81, confere a tal figura a função de propor ação de revisão criminal em favor do réu. Após a proclamação da República, cada Estado passa a regular o modo de escolha do respectivo Procurador-Geral, que deveria ser componente do Tribunal Estadual.⁷⁷

A Constituição de 16 de julho de 1934 soluciona de maneira satisfatória, embora sem unidade⁷⁸, o dilema do Ministério Público, dando-lhe a devida importância no quadro das instituições brasileiras. Não o filia a qualquer sistema moderno, organizando-o de modo eclético que, por vezes, degenera em excêntrico hibridismo.⁷⁹

Na história do Direito Constitucional brasileiro, o *Parquet* não recebe tratamento de instituição até a referida Carta Magna, a qual o coloca em uma seção própria (I) e em um capítulo específico (VI), distinto daqueles voltados aos três tradicionais poderes do Estado, cujo título é: “Dos órgãos de cooperação das atividades governamentais”⁸⁰, o qual é encabeçado pelo Ministério Público, seguido do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos.

O texto constitucional de 1934, em seu artigo 95, *caput*, determina que o Ministério Público seja regulado no âmbito federal e estadual pelas respectivas leis. Afirma que o chefe do Ministério Público Federal é o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, escolhido entre os cidadãos com base nos critérios estipulados para os ministros da Suprema Corte, com idêntica

⁷⁶ Demonstra esta circunstância, RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo...*, cit., p. 24.

⁷⁷ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 35; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 78 – 79; PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 172.

⁷⁸ Essa Carta Política trata da organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios, tendo ficado aos Estados a faculdade de legislar livremente sobre o tema. Isso explica a distinção fundamental e a ausência de unidade presentes nas várias leis de organização judiciária do país em relação ao Ministério Público, tanto no que diz respeito ao provimento dos respectivos cargos, quanto ao que se refere à natureza das funções, garantias e obrigações. RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo...*, cit., p. 26.

⁷⁹ Demonstra esta circunstância, LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria...*, cit., p. 25.

⁸⁰ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 172.

remuneração e sendo exonerável *ad nutum* - conforme o § 1º, do artigo 95. Estabelece, também, que o preenchimento dos cargos da Instituição, na esfera federal, exige prévia aprovação em concurso público e que seus titulares terão a garantia de não perdê-los, salvo por sentença judicial ou processo administrativo, assegurada ampla defesa (§ 3º do mesmo dispositivo). Por fim, afirma que os Procuradores-Gerais não podem realizar nenhuma outra atividade pública, senão o magistério (art. 97), e que os Ministérios Públicos nas justiças eleitoral e militar se organizam por intermédio de leis especiais (art. 98).⁸¹

A introdução do órgão ministerial em um capítulo diferente mostra a vontade do constituinte em consagrar o princípio da independência e autonomia do *Parquet* diante dos poderes do Estado, sendo essa vontade reforçada pelo texto do artigo 7º, inciso I, letra *e*, da própria Constituição, o qual limita o poder de legislar dos Estados-membros no que diz respeito às garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público. Se de um lado o constituinte de 1934 elevou ao nível constitucional o princípio da independência da Instituição Ministerial, até então restrita à legislação ordinária (Decretos nº 848/90 e 1.030/90), de outro abrandou a autonomia institucional ao pronunciar a nomeação e possível destituição *ad nutum* do Procurador-Geral da República pelo Chefe do Executivo.⁸²

Percebe-se, ainda, que esse suposto hibridismo levou alguns intérpretes a compreender que o *Parquet* compõe o Poder Executivo, ressaltando-se nessa corrente o então presidente Getúlio Vargas, o qual, nas razões do veto parcial do Decreto nº 5/35, o qual dispõe sobre o provimento de cargos do Ministério Público Eleitoral, entendeu que, como órgão de cooperação nas atividades governamentais, o Ministério Público não é uma magistratura, mas sim órgão do Executivo.⁸³

A Constituição de 1934 teve vida breve. Com o golpe de 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas instala o Estado Novo e outorga a Carta Magna de natureza fascista, que não dispensa tratamento específico ao Ministério Público. O artigo 99, localizado no capítulo referente ao Supremo Tribunal Federal, apenas menciona a forma de escolha do Procurador-

⁸¹ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 173.

⁸² Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 79.

⁸³ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 79 – 80; LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria...*, cit., p. 29 – 31, o qual defende que, quanto à independência entre o Ministério Público e o Judiciário, as razões do veto de Getúlio Vargas consagram de modo exato, as conquistas pacatas da instituição. No entanto, oficialmente, revive a ideia da subordinação do *Parquet* ao Executivo, combatida pelo referido autor, com base nos melhores subsídios da legislação, da doutrina e da jurisprudência. LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria...*, cit., p. 31.

Geral, o qual deve preencher os requisitos solicitados para o cargo de Ministro do Supremo, mas que será de livre nomeação e destituição pelo Presidente da República.⁸⁴

É notório o retrocesso e a perda da independência do Ministério Público. No entanto, não tem como ser diferente quando se trata de instituições políticas reguladas por normas estabelecidas por uma ditadura. Em regime de exceção não é interessante a autonomia de um órgão que se caracteriza pela função de fiscalizar o cumprimento das leis e defender os interesses sociais, atividades próprias de instituições que somente conseguem atuar de maneira eficaz em um regime democrático. Assim, destituiu-se o *Parquet* de sua independência para subordiná-lo aos objetivos daqueles que realmente detém o poder do Estado.⁸⁵

Todavia, é no curso do regime constitucional do Estado Novo que os integrantes do Ministério Público alcançam o direito de concorrer ao preenchimento do quinto constitucional da composição dos Tribunais Superiores, de acordo com o artigo 105 da Lei Maior outorgada.⁸⁶

A colocação topográfica do Ministério Público no capítulo do Poder Judiciário pode levar o intérprete desapercibido a compreender, erroneamente, que, conforme a Constituição de 1937, a Instituição está subordinada a tal Poder. Porém, a forma de nomeação e afastamento do Procurador-Geral da República não deixa dúvida quanto à total subordinação do chefe do *Parquet* ao Poder Executivo. Fortalecendo a concepção de Ministério Público/Procurador do Rei, a Carta ditatorial delega, de forma explícita, ao Ministério Público dos Estados a função de representar em juízo a Fazenda Federal, isto é, a defesa dos interesses do governo (artigo 109, parágrafo único).⁸⁷

Apesar do retrocesso sofrido pelo órgão, por força do texto constitucional ditatorial da época, foi à essa altura que o *Paquet* teve o seu campo de atuação ampliado.

Com o advento do Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquista o poder de requisição de inquérito policial e diligências nos casos de apuração de ilícitos e a

⁸⁴ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 35; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 80.

⁸⁵ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 80. Segundo SAUWEN FILHO, Vargas apresentava ideias muito particulares em relação ao Ministério Público. Entendeu-o como "órgão que coopera na atividade do Governo" – percebendo Governo aqui como Poder Executivo – além de mencionar nas Razões do veto parcial do Decreto nº 5/35, que os representantes de tal instituição deveriam "ser a expressão da confiança direta do Governo". Portanto, é natural que o Ministério Público, durante a vigência da Constituição de 1937, tenha sido visto conforme esse entendimento do todo-poderoso Chefe de Governo, a ficar como órgão de ação do Executivo frente aos Tribunais, submisso à esse poder e transformado em mero instrumento da política interna de seu Chefe. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 146 – 147.

⁸⁶ Demonstra esta circunstância, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 147.

⁸⁷ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 80 – 81.

sua titularidade na promoção da ação penal passa a ser a regra, a somar ainda com o dever de promover e fiscalizar a execução da lei.⁸⁸

Além disso, o estatuto procedimental civil anterior, o Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939, encarrega a Instituição Ministerial pela atuação compulsória no processo civil, ora como parte, ora como órgão interventor, nos processos em que existe interesse de incapaz (art. 80, §2º), nas remissões de hipoteca legal (art. 404), nas ações de usucapião (art. 445, §3º), nos processos de emancipação (art. 621), na sub-rogação de bens inalienáveis (art. 631), na organização e fiscalização das funções (art. 742).⁸⁹

Com a queda de Vargas e o fim da ditadura, inicia-se o processo de democratização com as eleições dos deputados e senadores para a composição da Assembléia Nacional Constituinte, em 1945. Em 18 de setembro de 1946, é promulgada a nova Constituição Federal. No que concerne ao Ministério Público, a nova Carta Magna restabelece a linha da Constituição de 1934, voltando a conferir-lhe título próprio, a delinear uma instituição autônoma e independente dos poderes do Estado, com atuação junto aos órgãos do Poder Judiciário. Portanto, a disciplina básica do *Parquet* foi estabelecida nos artigos 125 a 128, em que se encontram previstas a estabilidade, a inamovibilidade (relativa) e a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira. O Procurador-Geral da República passa a ser escolhido com a participação do Senado, o qual precisa aprovar a escolha do Presidente da República.⁹⁰ O quinto constitucional apenas é previsto quanto à Justiça Estadual (art. 124, V), porém é garantida a participação da Instituição na composição do Tribunal Federal de Recursos (art. 103). A representação da União em juízo é feita pelos Procuradores da República, com a possibilidade de delegação de tal cargo, nas Comarcas do interior, aos Ministérios Públicos Estaduais (art. 126, parágrafo único).⁹¹

A Constituição de 1967, repetindo a tradição antidemocrática e autoritária da Lei Maior de 1937, rompe com a imagem de uma Instituição independente e coloca o Ministério

⁸⁸ Neste sentido, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 148.

⁸⁹ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 148.

⁹⁰ GOULART afirma que este fato, mais uma vez, compromete a independência do Ministério Público, já que o chefe da Instituição continua a ser nomeado pelo Presidente da República, depois da aprovação do Senado. Sendo mais grave ainda o Procurador-Geral poder ser destituído *ad nutum* pelo Presidente, pois isto transforma o cargo em questão em cargo de confiança, e a relação entre o Procurador-Geral e o Presidente numa relação de cumplicidade. GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 82.

⁹¹ Segundo GOULART, mantém-se, no âmbito federal, um hibridismo inadmissível entre um Ministério Público-Defensor do Povo e um Ministério Público-Procurador do Rei – mais uma questão que compromete a independência institucional. Nos Estados-membros, esse contrassenso na conformação do *Parquet*, aos pouco foi superado com a instituição das Procuradorias do Estado, órgãos ligados à Administração, que possuem a função específica de tutelar os interesses do Governo (Executivo), permitindo, assim, que os respectivos Ministérios Públicos exerçam suas funções características e exclusivas de defesa do interesse da sociedade. GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 82 – 83.

Público no capítulo destinado ao Poder Judiciário, nos artigos 137 a 139. Algumas conquistas da Constituição de 1946 foram mantidas, como o ingresso na carreira por concurso público, a estabilidade no cargo após dois anos e a inamovibilidade.⁹²

A Emenda Constitucional nº 1/1969, que em muitos aspectos alterou consideravelmente a Carta Constitucional de 1967, traduzindo-se em uma nova Constituição, disciplina o *Parquet* em seus artigos 94 a 96, e o incorpora no capítulo do Poder Executivo, sofrendo, depois, outras modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 7/1977.

O ano de 1981 representa um salto na evolução histórica do Ministério Público brasileiro. Com amparo no artigo 96, parágrafo único, da Carta Magna então vigente, que previa a edição de uma lei nacional com a finalidade de uniformizar as bases estruturais da Instituição, é editada a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 40/1981), a qual determina as normas gerais a serem aplicadas na organização do Ministério Público dos Estados.

Dentre as conquistas da Lei Complementar nº 40/1981, podem ser ressaltadas as seguintes: a) O Ministério Público passa a ser considerado Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis; b) a fixação dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; c) a concessão da autonomia administrativa e financeira à Instituição, com previsão de dotação orçamentária própria; d) o redimensionamento do cargo de Procurador-Geral que, até o momento, era visto como cargo de confiança, sendo o seu titular destituível *ad nutum* pelo Presidente da República; e e) a não inclusão, dentre as funções do *Parquet* dos Estados, da representação judicial destes. Neste aspecto, é definida uma nítida diferença quanto ao Ministério Público da União, que continua com o dever de representar judicialmente a União. Esse cenário permanece até o advento da Constituição de 1988, observadas as normas de transição por ela veiculadas.⁹³

Desse modo, aos poucos se consolidou a conscientização de que o Ministério Público, para alcançar os ideais que então já se insinuavam, não podia ser subordinado a governo ou governante algum. Precisava, sim, de um alicerce firme, princípios definidos, delineamentos precisos, e seus membros, por sua vez, necessitavam de predicados elevados, na mesma dimensão da legítima função da Instituição: a proteção dos direitos e dos interesses indisponíveis da coletividade.⁹⁴

⁹² Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 83.

⁹³ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 37 – 38.

⁹⁴ Assim, SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 168.

Em 1986, restaurado o regime democrático, quando o Governo Federal resolve dotar o Brasil de uma nova Carta Constitucional mais adequada aos anseios do povo e indispensável ao estabelecimento do novo Estado, a Instituição do Ministério Público já encontra-se totalmente consciente do seu papel social e apta a contribuir com a organização do *Parquet*, no que concerne às suas futuras atribuições constitucionais e garantias e impedimentos de seus membros.

Assim, em virtude dos trabalhos preparatórios à Lei Maior de 1988, o Ministério Público brasileiro, representado por seus vários seguimentos, preparou uma proposta referente à disciplina da Instituição, a revelar as suas principais pretensões. Tal proposta foi aprovada no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações, em 1986, realizado na Capital do Estado do Paraná, a qual foi nomeada de *Carta de Curitiba*.⁹⁵

De modo geral, as reivindicações incluídas na Carta de Curitiba vieram a ser recepcionadas pelo Constituinte originário, passando a compor o texto da Carta Constitucional. Seja por força de todo o movimento realizado pela classe, seja simplesmente porque, no momento histórico de sua promulgação, o principal desejo de uma nação recém-saída de um largo período de autoritarismo e o fato de o Ministério Público ser um dos meios mais eficientes de resguardar as liberdades democráticas nas democracias nascentes, o fato é que a Constituição de 1988 atribui à Instituição uma relevância e uma autonomia nunca cogitadas nos sistemas constitucionais brasileiros anteriores. O texto constitucional, portanto, dedica ao *Parquet* toda uma seção do capítulo IV, os artigos 127 a 130 e seus vários incisos e parágrafos.

3.2.2 Constituição Federal de 1988 e a consolidação do novo perfil do Ministério Público

Com o fim do regime militar e o início do processo de democratização, há um grande fervor dos movimentos sociais organizados, os quais transformam o Congresso Constituinte, estabelecido em 1987, em caixa de ressonância de suas reivindicações, transpondo-as em normas constitucionais.⁹⁶

Em harmonia com o princípio constitucional fundamental, segundo o qual a República Federativa do Brasil é definida como Estado Democrático de Direito, alicerçado em princípios como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a redução das

⁹⁵ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 38.

⁹⁶ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 88.

desigualdades sociais e regionais, entre outros, a Lei Fundamental de 1988 consolida o novo perfil político-institucional do Ministério Público⁹⁷, a determinar o papel essencial que deve realizar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estruturando-o para estes fins.

Perspectiva interesse refere-se à legitimidade constitucional e democrática do Ministério Público. Uma instituição é democrática quando funcional para o sistema democrático, ou seja, quando é essencial para a sua estabilidade e continuidade. A funcionalidade do *Parquet* está expressa no artigo 127 da CF/1988, o qual lhe atribui o dever de defesa do regime democrático. Esta defesa, inédita no Direito brasileiro, explica-se porque, na realidade, a preservação da ordem democrática pressupõe a efetivação das leis e o respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos, atribuições pelas quais deve o Ministério Público dedicar-se.⁹⁸

Em virtude do federalismo brasileiro, a estrutura da Instituição propaga-se entre a União e os Estados. O Ministério Público da União (art. 128, I) engloba o Militar, do Trabalho, Distrito Federal/Territórios e Federal. O Ministério Público dos Estados (art. 128, II) por sua vez, atua em todos os domínios referentes aos Judiciários Estaduais. Tal duplicidade não colide com os princípios institucionais de unidade e de indivisibilidade do *Parquet*, uma vez que o seu núcleo organizativo e funcional é determinado na Constituição tanto para o âmbito da União como para o âmbito dos Estados.⁹⁹

⁹⁷ De acordo com o artigo 127, *caput*, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis”. Com opinião diversa, ARANTES afirma que soa lugar comum o pensamento de que a Lei Maior de 1988 deu ao Brasil um novo Ministério Público. No entanto, essa declaração não é verdadeira, pois grande parte dos avanços obtidos pela Instituição ocorreu no período anterior. Antes mesmo do estabelecimento do Congresso Constituinte – em 1986 – e com menos de um ano de regresso ao governo civil – com José Sarney – os elementos basilares desse novo *Parquet* já estavam presentes: fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos desde o início do governo militar, protetor do interesse público ampliado desde 1973, instituição estipulada como permanente e essencial à prestação jurisdicional desde 1981 e, por fim, ator principal da tutela dos interesses difusos e coletivos pela Lei da Ação Civil Pública de 1985. Na realidade, o processo Constituinte destinava ao Ministério Público um duplo desafio. De um lado, preservar as conquistas alcançadas no decorrer do regime autoritário. De outro, dar continuidade à tendência de ascensão e obter a única vantagem que lhe faltava: a independência diante dos Poderes Constituídos. E ela veio. ARANTE, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002, p. 76.

⁹⁸ Demonstra esta circunstância, RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo...*, cit., p. 32. De acordo com LOPES, o Ministério Público é a instituição do Estado cujo propósito é a fiscalização do cumprimento das leis. Cabe a ele constatar se a legislação é respeitada e, do contrário, deve provocar os órgãos estatais dotados do encargo de exigir seu cumprimento, geralmente por meio do Poder Judiciário. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 32.

⁹⁹ Neste sentido, LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania...*, cit., p. 36.

Estabelecido o novo perfil do Ministério Público, suas funções institucionais são constitucionalmente listadas, no artigo 129, incisos I a IX¹⁰⁰. Funções anteriormente tratadas por normas infraconstitucionais, agora são elevadas ao nível da Carta Magna. Algumas delas ganham novo caráter, como a legitimação privativa para a propositura da ação penal, extinguindo o obsoleto procedimento penal *ex officio*. Outras são estendidas, como a proteção geral dos interesses difusos e coletivos, enquanto antes era limitada ao meio ambiente, patrimônio cultural e consumidor.¹⁰¹

Porém, a Lei Maior também inova, a consagrar funções que, até o momento, não eram atribuídas ao Ministério Público, a exemplo do dever de velar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos garantidos na Constituição, do controle externo da atividade policial, da tutela dos direitos e interesses dos povos indígenas. Com um inédito conjunto de atribuições, também são erguidos ao patamar constitucional os meios e instrumentos necessários para o concreto exercício do Ministério Público – inquérito civil, poder requisitório e de notificação, ação civil pública.¹⁰²

A nova ordem constitucional assegura a independência do *Parquet* diante dos Poderes da República e o insere no Capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”), o qual faz parte do Título IV (“Da organização dos Poderes”). Dessa forma, as bases da Instituição, apesar de dispostas no mesmo Título dos demais Poderes, encontram-se em Capítulo diverso, o que termina por afastar o equivocado entendimento de que o Ministério Público integra o Poder no qual suas normas foram inseridas.¹⁰³ É o que será evidenciado a seguir.

3.2.2.1 A independência do *Parquet* brasileiro diante dos Poderes da República

O Ministério Público, em 1988, conclui seu processo bidimensional de independência, a conquistar uma *independência positiva* e uma *independência negativa*. Ou seja, uma

¹⁰⁰ Ver art. 129 da Constituição Federal brasileira.

¹⁰¹ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 90.

¹⁰² Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 90 – 91; ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 79. Conforme MACEDO JÚNIOR, mediante a ação civil pública, inaugurou-se um novo período de defesa coletiva dos interesses sociais. Por meio desse instrumento, afastou-se a tradição individualista e privatística da cultura jurídica brasileira, ampliando-se significativamente o acesso à justiça a um sem-número de cidadãos. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 106 – 107.

¹⁰³ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 39; PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 177.

independência estabelecida positivamente, por intermédio de procedimentos de autogoverno da Instituição e de garantias contra a interferência de outros poderes, e uma independência estabelecida negativamente, por meio da “limpeza” de funções alheias ao papel principal da Instituição e do impedimento a seus membros de exercerem funções desconexas da carreira.¹⁰⁴

O texto constitucional, desse modo, dissolve os estreitos vínculos dantes existentes entre o órgão ministerial e o Poder Executivo, ao vedar a representatividade judicial deste Poder e ao garantir a autonomia financeira e administrativa da Instituição, assegurando a independência funcional de seus integrantes, além de lhes conceder garantias similares àquelas conferidas aos magistrados, do que resulta a postura de órgão efetivamente independente, tanto nos aspectos estrutural e funcional, quanto no aspecto diretivo.¹⁰⁵

O aspecto estrutural da independência do Ministério Público está na iniciativa legislativa que este órgão possui nas esferas administrativa e orçamentária. A iniciativa administrativa diz respeito a faculdade destinada aos Procuradores-Gerais quanto à propositura das leis responsáveis pelos estatutos dos Ministérios Públicos da União e dos Estados (art. 128, § 5º *caput*), assim como dos projetos de lei que tratam sobre cargos e serviços auxiliares dos mesmos (art. 127, § 2º)¹⁰⁶. A iniciativa orçamentária equivale à capacidade de propor ao Poder Legislativo o orçamento da Instituição nos moldes da lei de diretrizes referente ao tema (art. 127, § 3º).¹⁰⁷

O aspecto funcional é, sem dúvida, o mais importante para o estabelecimento da independência do *Parquet* brasileiro. Remete à função realizada por este órgão e seu consequente relacionamento com as demais instituições, sobretudo com os Poderes do Estado. Nesta perspectiva, é importante a localização topográfica do Ministério Público em Capítulo distinto daqueles destinados ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário. Porém, é extremamente necessária, para se delinear uma posição institucional de independência em relação a tais Poderes, a ausência de vínculo funcional com qualquer um deles. Tanto é que, na Constituição de 1988, o Ministério Público não apresenta entre seus deveres funcionais o

¹⁰⁴ Demonstra esta circunstância, ARANTE, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil...*, cit., p. 76.

¹⁰⁵ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 39. Segundo ARANTE, é interessante lembrar que o Ministério Público bateu às portas da Constituinte com a alegação de que a sua independência institucional era requisito da democracia constitucional vindoura e uma segurança da sociedade antes mesmo que do próprio *Parquet*. Afinal de contas, apesar de ter ocorrido recentemente, a Instituição transformara-se em defensora dos interesses indisponíveis da sociedade, porém a sua dependência referente à esfera política, pela ligação com o Poder Executivo, dificultava o cumprimento dessa missão. ARANTE, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil...*, cit., p. 77.

¹⁰⁶ Destaque-se, porém, que compete ao Presidente da República a iniciativa legislativa sobre as normas gerais de organização do Ministério Público nos Estados (art. 61, § 1º, d).

¹⁰⁷ Demonstra esta circunstância, LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania...*, cit., p. 39.

de defender os interesses de entes públicos. Para o desempenho de tal tarefa, foi criada a Advocacia-Geral da União, com a finalidade de representá-la e especialmente ao Executivo (art. 131, *caput*), sendo o mesmo estabelecido para os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).¹⁰⁸

Tal autonomia e independência acarretam ao órgão ministerial não só o poder, mas também o dever de proteger a sociedade contra os abusos e arbítrios cometidos pela Administração Pública. Sempre que os atos da Administração ameacem, violem ou lesionem os direitos e interesses dos cidadãos, o Ministério Público tem o poder/dever de agir no sentido de fazer jus às suas funções institucionais.¹⁰⁹

Assim, quando necessário, o *Parquet* deve exercer seus deveres constitucionais até mesmo em oposição aos agentes do próprio Estado, pois lhe são concedidas atribuições que o colocam no papel de legítimo *ombudsman*.¹¹⁰ Estas atribuições são diretamente relacionadas ao controle dos Poderes Executivo e Legislativo, a exemplo da fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a representação para fins de intervenção e a atuação diante do Tribunal de Contas. Além disso, acrescenta-se o combate aos crimes realizados pelos agentes públicos contra a Administração, sobretudo a corrupção, o peculato e a prevaricação. O estrito respeito aos princípios constitucionais e a observância dos direitos e garantias fundamentais das pessoas nos atos da Administração Pública também são objeto dessas importantes funções do Ministério Público.¹¹¹

O aspecto diretivo da independência do *Parquet* é referente à constituição de sua cúpula dirigente, que é realizada por meio de um ato complexo, cujas fases não são atribuídas somente a um dos Poderes do Estado, a fim de reduzir o risco de subordinação da chefia do Ministério Público a algum deles. Assim, no âmbito federal, o chefe da Instituição, o Procurador-Geral da República, obrigatoriamente um integrante da carreira, é nomeado pelo Presidente da República, sendo seu nome previamente aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal, para exercer mandato de dois anos, permitindo-se sua recondução nos mesmos moldes (art. 128, § 1º). Ou seja, consiste numa técnica de escolha que inclui considerações sobre as lógicas da própria Instituição, do Poder Legislativo e do Poder

¹⁰⁸ Assim, LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania...*, cit., p. 40 – 41.

¹⁰⁹ Neste sentido, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 178.

¹¹⁰ Segundo ISMAIL FILHO, *ombudsman* é um servidor público que possui a função de escutar, anotar as reivindicações dos cidadãos perante o Poder Público, a defender tais interesses diante das autoridades. ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 81.

¹¹¹ Demonstra esta circunstância, PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público...*, cit., p. 179.

Executivo. Logo, visa diluir a responsabilidade pela denominação do Procurador-Geral da República e construir uma direção do Ministério Público dotada de autonomia. A destituição do Procurador-Geral segue a mesma dinâmica, a ocorre apenas por iniciativa do Presidente da República, antecedida de autorização da maioria absoluta do Senado (art. 128, § 2º).¹¹²

O Ministério Público nos Estados, Distrito Federal e Territórios é dirigido pelo Procurador-Geral de Justiça, o qual é indicado de modo similar ao seu congêneres da União, porém com participação ativa da corporação, que apresenta uma lista tríplice de membros da Instituição e da qual o respectivo Chefe do Poder Executivo nomeará aquele que ocupará o cargo (atr. 128, § 3º). A sua destituição somente poderá ocorrer com aprovação da maioria absoluta do Poder Legislativo correspondente (art. 128, § 2º) e o seu mandato, assim como no âmbito federal, também é de dois anos, permitida uma recondução (art. 128, § 3º).¹¹³

Existem avanços quanto às regras de nomeação e destituição previstas nos textos constitucionais anteriores. Avanços, com certeza, porém, tímidos. A absoluta democracia interna do Ministério Público e a concretização de sua independência e autonomia importa novo mecanismo de escolha dos Procuradores-Gerais. Não há lógica em permanecer, na esfera da União, a indicação e nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente do país, mesmo se tratando de ato complexo que envolve a aprovação do nome indicado pela maioria absoluta do Senado Federal. Também não há sentido, nos Estados, Distrito Federal e Territórios, a escolha dos Procuradores-Gerais de Justiça pelos Chefes do Poder Executivo correspondentes, mesmo que tal escolha esteja restrita aos nomes indicados em lista tríplice apresentada pelos membros dos respectivos Ministérios Públicos. Os mecanismos de nomeação dos Procuradores-Gerais consagrados pela Carta Constitucional vigente ainda trazem resíduos de uma ideia superada de Instituição Ministerial e uma limitação à sua independência total.¹¹⁴

De qualquer forma, a junção da iniciativa de auto-estruturação, da diversidade de investida do chefe da Instituição e da ausência de vinculação funcional a qualquer dos poderes constituídos, gera uma circunstância institucional de independência do Ministério Público no tocante ao Estado, ainda que provenha do mesmo. Tal independência torna-se ainda mais visível na comparação de seus aspectos relacionados com os modelos apresentados em outras nações ou na própria história constitucional brasileira.

¹¹² Assim, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 93; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania...*, cit., p. 38.

¹¹³ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 93; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania...*, cit., p. 39.

¹¹⁴ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 94.

Em síntese, as funções realizadas pelo *Parquet* são específicas e não pertencentes a qualquer dos Poderes do Estado. Não há, portanto, mais dúvida de que o Ministério Público, na qualidade de instituição independente e autônoma, não compõe o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário. Esta é a característica marcante que diferencia a Instituição brasileira, colocando-a como a mais avançada do mundo à luz do Direito comparado.

É exatamente esse caráter peculiar – a não subordinação aos órgãos de exercício do poder – que exige um estudo mais minucioso em relação à posição do Ministério Público na organização política do Estado brasileiro e em relação ao papel que deve exercer no progresso de consolidação da democracia.¹¹⁵

3.2.3 Natureza jurídica do Ministério Público brasileiro

3.2.3.1 O Ministério Público como Poder do Estado

Segundo a doutrina clássica, o poder do Estado, como modo de demonstração de sua soberania, é uno e indivisível, sendo exercido mediante órgãos autônomos que realizam as diferentes funções estatais. Consoante a atividade predominantemente desempenhada, essas funções recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.¹¹⁶

Convicções ideológicas à parte, observando-se o texto constitucional vigente, que se mostra fiel à divisão tripartite das funções do Estado, tradicionalmente sistematizada por Montesquieu, no momento histórico hodierno, não há espaço para discussões quanto ao Ministério Público ser, ou não, um quarto poder. A Carta Magna de 1988, assim como as suas antecessoras, não o determinou como tal¹¹⁷, tendo-o inserido no Capítulo IV do Título IV, referente às “Funções Essenciais à Justiça”. Dessa forma, afastou quaisquer dúvidas em relação a sua ampla e completa desvinculação das demais funções estatais, pois é um órgão independente, assim como o Tribunal de Contas.¹¹⁸

Caso poder, no sentido orgânico, guarde similaridade com poderes, sob uma ótica instrumental, e autonomia, com certeza a escolha do Constituinte originário foi infeliz. Ainda

¹¹⁵ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 94.

¹¹⁶ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 44.

¹¹⁷ Conforme o artigo 2º da CF/1988, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹¹⁸ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 44; SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro...*, cit., p. 191.

assim, incursos nesse campo seguramente desviam o foco desejado por este estudo, motivo pelo qual será mantida a visão da doutrina tradicional, em que o *Parquet*, apesar de exibir características específicas de um poder, não foi considerado como tal. Apresenta *status* e garantias de poder, mas a Lei Maior, ainda que admita ser crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer infração contra o livre desempenho do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Poder Legislativo e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, assim não o definiu.¹¹⁹

No entanto, a árdua trajetória percorrida pelo órgão ministerial até o alcance das prerrogativas que exibe e o reconhecimento social que as mantém são suficientes para comprovar que debates dessa natureza servem exclusivamente para alimentar frívolas vaidades. Para a Instituição, o importante é desempenhar satisfatoriamente os deveres constitucionais, a utilizar de forma responsável os poderes – instrumentos – que lhe são concedidos para esta finalidade.¹²⁰

Portanto, o legislador constitucional instituiu, dentro do respeito à teoria dos “freios e contrapesos”, um órgão independente e autônomo, deslocado de quaisquer Poderes do Estado, um autêntico fiscal da perpetuidade da federação, da Separação dos Poderes, da legalidade e da moralidade pública, do regime democrático e dos direitos e garantias individuais: o Ministério Público.¹²¹

3.2.3.2 *Natureza jurídica*

A questão da natureza jurídica do Ministério Público tem ocupado posição de destaque nas discussões doutrinárias que a Instituição é pródiga em ocasionar. Toda a inconstância na abordagem constitucional que o *Parquet* tem recebido do Legislador Maior e a conseqüente alternância de seu posicionamento nos vários textos da Constituição brasileira tem dificultado a opinião dos estudiosos a respeito desse tema.

¹¹⁹ Demonstra esta circunstância, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 44 – 45.

¹²⁰ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 45. Segundo VALLADÃO, o Ministério Público se apresenta com o aspecto de autêntico poder do Estado. Caso Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito da Lei*, certamente não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao órgão que executa, ao órgão que julga, outro órgão ele adicionaria: o que defende a sociedade e a lei, ante a justiça, proceda a ofensa de onde proceder, ou seja, dos indivíduos ou dos próprios poderes estatais. VALLADÃO, Alfredo. *O Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1973, pág. 27.

¹²¹ Demonstra esta circunstância, MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 641.

Considera-se que a natureza jurídica do Ministério Público, assim como de outras estruturas organizacionais providas de autonomia, como os Tribunais de Contas, está em uma posição intermediária entre as teorias do órgão e da pessoa jurídica.¹²²

No entanto, o órgão ministerial não se encaixa no conceito clássico de órgão, uma vez que não representa um simples conjunto de atribuições que agrega e compõe um corpo central, com aspecto claramente acessório. O diferencial quanto ao mero órgão administrativo reside, exatamente, nos inúmeros sentidos de sua autonomia institucional, a qual garante sua desvinculada de toda e qualquer estrutura hierárquica referente aos Poderes do Estado.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público, o Ministério Público difere por não possuir personalidade jurídica. Porém, tal ausência não se coloca como óbice à defesa de suas prerrogativas em juízo.¹²³

A vantagem dessa situação residia na inexistência de controle por qualquer outra autoridade estranha aos seus quadros, circunstância constantemente observada na Administração Pública. Esse cenário, contudo, foi modificado com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público.¹²⁴

Apesar de não existir uma relação de tutela com dimensões similares àquelas observadas na esfera administrativa, que pode, inclusive, ser prévia, a vincular o requisito de autorização para a realização de alguns atos, fica evidente certa semelhança quando se verifica a possibilidade de o Conselho invalidar determinados atos do *Parquet*. Todavia, aquele não poderá revogar ou alterar atos administrativos deste, o que exigiria incursões no campo do mérito, nem também nomear dirigentes, aprovar os projetos administrativo-institucionais ou efetuar auditorias para a análise da produtividade da estrutura organizacional concebida como um todo, ações estas que continuam amparadas pela autonomia administrativa da Instituição.¹²⁵

Os deveres do Conselho Nacional do Ministério Público também permitem que a Instituição assumira uma leve similitude em relação aos órgãos administrativos. O poder disciplinar que atinge os órgãos de execução (Promotores de Justiça) é característico de uma estrutura organizacional baseada na hierarquia e na subordinação. Embora não exista esta

¹²² Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 46. De acordo com MAZZILLI, celega doutrinária reside em definir a natureza das atribuições do Ministério Público. Não participa da criação das leis, mas vela pela sua observância; não compõe o ato jurisdicional, mas é essencial à sua prestação; não está subordinado ao Executivo, mas seus atos têm essência administrativa (...) Verificando as suas principais funções institucionais, vê-se ser administrativa a natureza do *Parquet*. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

¹²³ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 46.

¹²⁴ Demonstra esta circunstância, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 46.

¹²⁵ Neste sentido, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 46.

última, como consequência inexorável do princípio da independência funcional, e a hierarquia seja suavizada pela impossibilidade de emissão de comandos de natureza funcional, como também o Conselho Nacional e os diferentes segmentos do Ministério Público não constituem um único corpo, parece evidente a presença de uma relação de sujeição, mesmo que considerados alguns limites.¹²⁶

A diferença em relação aos órgãos administrativos e às pessoas jurídicas de direito público permanecem, mas suas margens foram sensivelmente limitadas.

Esses aspectos precisam ser devidamente considerados em toda investida de identificação da natureza jurídica do Ministério Público, sendo necessário ressaltar as suas singularidades sempre que exista a tentativa de aproximá-lo de figuras já consolidadas no ambiente doutrinário. Tendo este cuidado em foco, para aqueles que valorizam a precisão das ideias e a eficácia dos signos linguísticos, será correto conferir à Instituição Ministerial tanto a natureza de *órgão sui generis*¹²⁷ quanto de *Instituição constitucional*.¹²⁸

É oportuno relatar a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao Ministério Público, em que afirma ser incontestável que tal Instituição ostenta, com base na Constituição vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. A independência institucional estabelece uma das mais expressivas prerrogativas político-jurídicas do *Parquet*, uma vez que lhe garante o desempenho, em toda a sua plenitude e extensão, das funções a ele outorgadas. O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no âmbito de suas atividades institucionais, essa característica subalterna. A ação independente dessa Instituição e dos membros que a integram impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e projeta-se como fator de certeza quanto a concreta submissão dos Poderes à lei e à ordem jurídica.¹²⁹

¹²⁶ Demonstra esta circunstância, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 46 – 47.

¹²⁷ Segundo BULOS, o Ministério Público é, notadamente, *sui generis*, sendo complexa a sua colocação constitucional, o que resulta em constantes polêmicas doutrinárias. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1121.

¹²⁸ Assim, GARCIA, Emerson. *Ministério Público...*, cit., p. 47.

¹²⁹ STF, Pleno, ADIn 789-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Dj 26-02-1993.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é direito humano fundamental, capaz de viabilizar a garantia da própria vida, pressuposto da dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser incessantemente respeitado e protegido, sendo inaceitável qualquer conduta comissiva ou omissiva tendente a ameaçá-lo ou frustrá-lo.¹³⁰

A consolidação da saúde como direito fundamental na Constituição de 1988 teve relevância simbólica e jurídica. De um lado, esse fato assinala a reorganização do sistema de saúde nacional, que passa a se firmar na premissa de que a saúde é direito de todos e compõe a cidadania brasileira. De outro lado, o *status* de norma constitucional assegura um regime jurídico diferenciado, que parte de sua imperatividade e da vinculação de particulares e do Estado, tendo este último o dever de promover ações e serviços voltados para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Apesar de integrado no rol constitucional dos direitos sociais, o direito em análise possui uma estrutura complexa que não se deixa apreender com a simples referência à sua condição de direito social. Na realidade, ao lado de uma dimensão tipicamente positiva, que se observa no direito de exigir certas prestações dos poderes públicos visando à proteção da saúde, o direito fundamental previsto no artigo 196 do texto constitucional brasileiro contém igualmente uma dimensão negativa, que se traduz no dever geral de abstenção do Estado e de terceiros de realizarem ações que afetem ou prejudiquem a saúde humana.¹³¹

Na sua dimensão positiva ou prestacional, o direito fundamental à saúde apresenta as características típicas de um direito social, dependendo de condições fáticas, econômicas e sociais para se concretizar. No tópico seguinte, será feita uma abordagem mais minuciosa do referido direito como direito fundamental social.

4.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais e o direito à saúde

O direito à saúde foi trazido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental social. Assim, o início do estudo sobre a possibilidade de efetivação e de

¹³⁰ Neste sentido, MAGGIO, Marcelo Paulo. A resolutiva atuação do Ministério Público em prol da saúde. In: Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232.

¹³¹ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., 45.

proteção do aludido direito deve partir da análise de alguns elementos que admitem uma dogmática adequada dos direitos fundamentais sociais, sempre com enfoque no direito fundamental à saúde e no regime jurídico a ele imputado pelo Direito brasileiro.

Os direitos sociais são a espécie de direitos humanos que garante ao indivíduo o poder de exigir a intervenção de entes estatais, seja na realização de uma prestação material, seja na realização de uma prestação jurídica, a fim de regulamentar a tutela de direito considerado fundamental, geralmente por meio de normas de organização e procedimento. Tais direitos transcendem o campo individualista do homem, reconhecendo-o como cidadão que depende de prestações por parte do Estado para assegurar condições mínimas de subsistência. Dessa forma, a titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada do âmbito exclusivo do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade.¹³²

Na moderna concepção do direito constitucional surge uma nova linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, que possui o objetivo de analisar o texto constitucional com base na dignidade da pessoa humana. É exatamente nesta ótica que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos. Ou seja, a nova configuração dos direitos fundamentais, principalmente dos assinalados como sociais, requer uma renovada abordagem doutrinária para o entendimento de sua expressiva significação.¹³³

No direito brasileiro vive-se, atualmente, um momento adequado para a discussão e o aperfeiçoamento do estatuto constitucional em torno da eficácia dos direitos fundamentais sociais – ou direitos econômicos, sociais e culturais. Isso acontece, inclusive, porque a Carta Magna vigente alterou de maneira significativa o catálogo dos direitos fundamentais, sobretudo quando em diversos dispositivos, especialmente em seu artigo 6º, fez referência expressa ao direito à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros.¹³⁴

¹³² Assim, AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 515; URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. São Paulo, n. 5, maio/2013, p. 538.

¹³³ Neste sentido, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 240 – 241. O aludido autor acrescenta que a *dogmática constitucional emancipatória* distingue-se da *dogmática da razão do Estado* – focada na ideia de Estado, na qual este assume absoluta centralidade – por não ser positivista, apesar de respeitar integralmente a normatividade constitucional, surgindo de um compromisso principialista e personalizador para realçar que o Direito Constitucional concretiza-se, efetivamente, na transformação dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil em legítimos dados inscritos em nossa realidade existencial.

¹³⁴ Demonstra esta circunstância, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 241.

A Constituição de 1988, do ponto de vista da técnica legislativa, desenvolveu uma metodologia diferente quanto à matéria. Como é sabido, outros textos constitucionais já trataram do tema em questão, mesmo que de forma fragmentada. No entanto, inseriu-se um dispositivo a considerar os referidos direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais, sendo introduzido, assim, no título adequado. Não são, portanto, simples normas programáticas presentes em outro capítulo constitucional. Essa previsão explica-se pelo compromisso do Constituinte com os valores do Estado Democrático de Direito e, mais ainda, em consequência da demanda dos movimentos sociais que estavam a exigir tais direitos.¹³⁵

O debate quanto a jusfundamentalidade dos direitos sociais permite, no mínimo, digressões sobre dois aspectos que, apesar de estarem muito próximos, possuem reflexões autônomas. Diz respeito ao estudo dos direitos sociais como problema político e como problema jurídico, como será visto a seguir.

4.1.1 Fundamentação jurídico - política dos direitos sociais como direitos fundamentais

Os direitos sociais possuem um caráter político inquestionável referente à definição de formas de organização social, às funções e deveres do Estado e às idealizações sobre *vida boa*. Esta esfera, mais especificamente a da luta política, na qualidade de berço das manifestações jurídicas de forma geral, precisa ser compreendida para se perceber as implicações históricas ligadas aos direitos sociais e que, com frequência, acabam transportadas para o mundo do direito. Este ponto do presente trabalho se dedica especialmente à chamada *questão social*, à semelhança da desenvolvida no ambiente histórico dos séculos XIX e XX, que refletiu na ulterior conformação do Estado social,¹³⁶ ao qual a concepção de direitos sociais apresenta uma grande ligação.¹³⁷

¹³⁵ Assim, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 241. Humberto Nogueira Alcalá afirma que os direitos sociais, econômicos e culturais compartilham das condições de verdadeiros direitos, uma vez que possuem uma reconhecida natureza essencial, além de serem disposições constitucionais de princípio, tudo o que tem por propósito conferir uma melhor qualidade de vida aos indivíduos. ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino – americana. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 608.

¹³⁶ A respeito das distinções entre Estado social e Estado socialista, ver por todos, BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 183-187.

¹³⁷ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 13; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

4.1.1.1 *Os direitos sociais como problema político*

O estudo político dos direitos sociais acentua a forte historicidade de que se encontram impregnados os direitos fundamentais. De certa forma, o aspecto político dos direitos sociais apresenta ligação com os denominados direitos de liberdade¹³⁸. Estes encontram em sua base de fundamentação a filosofia jusnaturalista e iluminista, sendo reconhecidos, por isso, como direitos naturais, invioláveis, imprescritíveis e inalienáveis, pertencentes a todas as pessoas, indistintamente.¹³⁹

Assim como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge inerente à concepção de Direito liberal. Daí que trazem dois aspectos característicos da ordem liberal: a postura individualista abstrata e a primazia da liberdade, da segurança e da propriedade, acrescidos pela resistência à opressão.¹⁴⁰

Nessa ocasião, o Estado de Direito se afirma em sua conformação substancial primitiva, de origem liberal-burguesa.¹⁴¹ Percebe-se, conseqüentemente, que os primeiros direitos fundamentais admitidos pela ordem jurídica do constitucionalismo francês e norte-americano possuem a marca do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de caráter eminentemente individualista. Esses direitos se consolidam, sobretudo, como posições jurídicas de proteção ao indivíduo perante o Estado, determinando uma não intervenção do Poder Público.¹⁴²

¹³⁸ Os direitos de liberdade foram consagrados no final do século XIX de modo pioneiro na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 (contexto da Revolução Americana), e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (contexto da Revolução Francesa). Com certeza as duas Declarações possuem traços que as diferenciam. Como demonstra Ingo Wolfgang Sarlet, as declarações francesas se destacam pelo conteúdo mais social e democrático. Além disso, o perfil abstrato e universalista dos documentos franceses se opõe a um maior pragmatismo da experiência norte – americana. De qualquer maneira, ambas as Declarações são de extrema importância para a consolidação dos direitos fundamentais no Estado de Direito que era conformado. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44.

¹³⁹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 27.

¹⁴⁰ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 507.

¹⁴¹ No sentido de afirmar que o Estado constitucional, representativo ou de Direito, emergiu nos séculos XVIII e XIX, na qualidade de Estado liberal, baseado na ideia de liberdade e comprometido em deter o poder político tanto internamente, por meio da sua divisão, quanto externamente, restringindo ao mínimo as suas funções diante da sociedade, MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas do Estado social*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Guanabara, v. 2, n. 4, jul./ dez. 2012, p. 10; acrescentando que o liberalismo foi a doutrina política que embasou a construção da teoria do Estado de Direito, refletindo num Estado juridicamente restrito pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 35.

¹⁴² Chamando a atenção para esta circunstância, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 27; admitindo que a instauração do Estado liberal coincidiria com o grande êxito da burguesia, fato que

Tais direitos passam a ser conhecidos como *direitos de liberdade* ou *direitos de defesa*, de cunho fortemente negativo que exige uma postura de abstenção do Estado diante dos indivíduos, enquanto estes desfrutam de sua autonomia com ampla liberdade. Ganham destaque, assim, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Num segundo momento, esses direitos são complementados pelas liberdades de expressão coletiva e pelos direitos de participação política. São os denominados direitos civis e políticos.¹⁴³

No entanto, a liberdade reivindicada pela burguesia no seu interesse de classe, somente pelo fato de ter sido reclamada sob a veste do direito, veio a converter-se em prejuízo dos próprios interesses da burguesia sob a forma de associação. É exatamente por consequência da auto regência do mundo jurídico que as classes inferiores também podem apresentar interesse na realização do direito estabelecido pelas classes superiores. Esse direito, mesmo sendo de classe, é sempre direito e, como tal, em tempo algum ousará anunciar abertamente o interesse de classe dominante. Encontrá-lo-á sob a roupagem de uma forma jurídica, revertendo, seja qual for o seu conteúdo, em favor de todos os oprimidos.¹⁴⁴

O século XIX, entretanto, mostra que os direitos de liberdade não são suficientes, por si só, para assegurar condições dignas de vida aos cidadãos. Este fato se torna visível com os impactos da industrialização, os quais agravam as dificuldades sociais e econômicas das pessoas. As doutrinas socialistas tornam claro o enorme grau de exploração em que vivem os trabalhadores urbanos e a profunda miséria existente no campo. Ou seja, fica evidente que garantir a liberdade e a igualdade meramente formais não é suficiente para que o cidadão consiga viver de modo autônomo.¹⁴⁵

explica a ênfase dada à liberdade contratual, a absolutização da propriedade, a rejeição, durante um longo período, do direito de associação – por acreditar que minimizaria a liberdade individual – a concentração do poder de voto nas mãos dos possuidores de condição econômica satisfatória, já que eram os únicos a possuírem responsabilidades sociais e, assim, também deveriam assumir responsabilidades políticas (sufrágio censitário), MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas...*, cit., p. 10.

¹⁴³ Assim, MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010, p. 278; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 27 – 28; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 46-47.

¹⁴⁴ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas...*, cit., p. 10.

¹⁴⁵ No sentido do século XIX revelar que os direitos de liberdade, por si só, não são capazes de assegurar condições dignas de vida aos cidadãos e que isso se tornou evidente com os impactos da industrialização, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa...*, cit., p. 39; MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais..., cit., p. 278; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 28. Salientando que com o reconhecimento de que as pessoas não podem ser consideradas todas iguais – ao menos na perspectiva material –, e que, com o surgimento de disparidades sociais, em virtude da ênfase dada anteriormente a liberdade e a igualdade formal, nascem novos direitos fundamentais, URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde..., cit., p. 538. Jorge Miranda afirma, ainda, que tanto na visão liberal quanto na visão social, deparam-se a liberdade e a igualdade. No entanto, na primeira, a igualdade é a titularidade do direito e exige liberdade para todos, enquanto que, na segunda, a

Os direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder* e, concomitantemente, *direitos à proteção* do poder em oposição a outros poderes. Os direitos sociais, por sua vez, são *direitos de libertação da necessidade* e, de modo simultâneo, *direitos de promoção*. A essência inflexível dos primeiros é a restrição jurídica do poder, já dos segundos, é a organização da solidariedade.¹⁴⁶

Portanto, contrários aos direitos de liberdade são nesse século e, principalmente no século XX, reclamados, e gradativamente conquistados, direitos econômicos, sociais e culturais, sendo: direitos econômicos como garantia do trabalho, direitos sociais como garantia de amparo na necessidade, direitos culturais como imposição de acesso à educação e à cultura e, em último desfecho, de transformação da condição operária.¹⁴⁷

Porém, seria menos em consequência das críticas doutrinárias ao liberalismo do que por resultado da progressiva associação dos trabalhadores em partidos e em sindicatos que, no exercício da liberdade, seriam reclamados direitos sociais, os quais consolidam as condições necessárias para o verdadeiro gozo de liberdades materiais concretas. Não é somente questão de assegurar liberdade frente ao Estado, mas sim de garantir que ela será alcançada também por meio de sua atuação.

A crise do Estado Liberal, causada pela deficiência de seus próprios fundamentos, fez surgir o tema da justiça social.¹⁴⁸ O valor da liberdade, essencial na formatação dos direitos individuais, é vencido pelo valor da igualdade nos direitos sociais. A oposição contra o arbítrio do Estado Leviatã perde a prioridade diante da exploração e da lamentável condição de vida na qual se encontra a maioria da população. Assim, entende-se que o mínimo de condições materiais é requisito para a liberdade real e os entes estatais deixam de ser considerados apenas o tirano que realiza arbitrariedades e começam a ser vistos como um ator fundamental na superação das carências materiais.

igualdade é a efetiva igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade levada para ação. No conceito liberal, a liberdade de cada cidadão tem como limite a liberdade dos outros cidadãos. No conceito social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de caráter individualista consistem num direito geral de liberdade, os direitos de caráter social num direito geral à igualdade. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 509.

¹⁴⁶ Chama a atenção para esta circunstância, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 511. O ilustríssimo autor acrescenta, ainda, que liberdade e libertação não se desprendem, pois. Entrelaçam-se e complementam-se. A unidade da pessoa não pode ser mutilada em razão de direitos destinados a servi-la, nem também a unidade do sistema jurídico ordena a permanente correspondência dos direitos da mesma pessoa e de todos as pessoas.

¹⁴⁷ Assim, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 507 – 508.

¹⁴⁸ De acordo com Ives Gandra Martins Filho, duas forças inspiraram o nascente *constitucionalismo social*: a) o movimento operário em prol dos direitos básicos do trabalhador, estruturado por meio da organização de associações sindicais; e b) a doutrina social cristã, evidenciada originariamente pelo Papa Leão XIII, na *Encíclica Rerum Novarum* (1891), apontada como a *Carta Magna da Justiça Social*. MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais..., cit., p. 278 – 279.

Sabe-se que a igualdade material não se oferece, cria-se. Não se insinua, concretiza-se. Não é um princípio, mas sim uma consequência. O indivíduo não a traz como peculiaridade inata que a Constituição tenha de atestar e que precise apenas de uma postura de respeito. Ele a adquire por meio de um conjunto de prestações, visto que nem é característico das pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o indivíduo realizasse ou fosse capaz de realizar as próprias faculdades jurídicas, necessita-se adiante de atuação pública em soberana discricionariedade. Onde precedem direitos, essenciais, verificam-se condições externas que mudam, deixam de existir ou se adquirem. Portanto, o conteúdo do direito à igualdade sempre reside numa conduta positiva, num *facere* ou num *dare*.¹⁴⁹

Dessa forma, a primeira dimensão de direitos fundamentais, identificados na liberdade, igualdade e propriedade, foi historicamente complementada pelos direitos sociais, econômicos e culturais, com o objetivo de assegurar condições existenciais mínimas para todas as pessoas. Tais direitos erguem o Estado ao papel de responsável pelo cumprimento das reivindicações das classes sociais menos favorecidas e submetem os governos à conduta ativa na concretização da justiça social. Neste sentido, os direitos sociais evidenciam-se principalmente pela luta em participar do *bem-estar social*,¹⁵⁰ interpretado como bens que os indivíduos acumulam no tempo, por meio do processo coletivo.

Os direitos sociais apenas viriam a ser consagrados constitucionalmente ao tempo das agitações decorrentes ou subsequentes à Primeira Guerra Mundial, em que foram mobilizados milhões de soldados e com a qual aconteceu uma imensa mudança de mentalidade. De qualquer maneira, a industrialização, a urbanização e a erradicação do analfabetismo tornaram os direitos sociais inelutáveis. E os primeiros textos constitucionais que os destacaram foram a Constituição do México (1917), a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918) - da Rússia - e a Constituição da Alemanha (1919) – a Constituição de Weimar.¹⁵¹

¹⁴⁹ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 509.

¹⁵⁰ Neste sentido, LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2003, p. 127 – 128. De acordo com Dinaura Godinho Pimentel Gomes, os direitos sociais formam o núcleo normativo do Estado Democrático de Direito, no sentido de assegurar a todos as mesmas oportunidades e condições, isto é, a igual dignidade para todas as pessoas. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais : uma visão crítica da realidade brasileira. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 270.

¹⁵¹ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas...*, cit., p. 10 – 11; afirmando que a integração dos direitos sociais aos direitos fundamentais veio para assegurar os direitos civis e políticos e que, com isso, as Constituições da maioria dos países ocidentais passaram a tratar como direitos fundamentais tanto a classe de direitos civis e políticos como a dos direitos econômicos, sociais e culturais, GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 271.

O objetivo dos direitos individuais é munir o indivíduo de condições para que não tenha a sua liberdade reprimida pelo Estado, proporcionando-o o exercício formal do seu livre-arbítrio. Os direitos sociais, por sua vez, pretendem melhorar a qualidade de vida dos cidadãos, suprindo-os dos requisitos necessários para que possam desempenhar suas potencialidades livremente.¹⁵² Parte-se da verificação da existência de desigualdades e de circunstâncias em que há a necessidade e o desejo de vencer para alcançar igualdade real e solidária entre todos os componentes da mesma sociedade política.¹⁵³ Os direitos individuais visam assegurar a felicidade da coletividade mediante a efetivação de políticas que ampliam o grau de liberdade de todos; os direitos sociais procuram assegurar a felicidade coletiva na elaboração de políticas públicas igualitárias, permitindo a construção de um tecido social menos conflituoso.

A existência das pessoas é atingida por ambas as categorias de direitos, mas em campos distintos. Com os direitos de liberdade, busca-se a autodeterminação e a sua expansão; com os direitos sociais, é o desenvolvimento de todas as suas capacidades que se deseja obter. Com os primeiros, é a vida imediata que se protege do poder arbitrário; com os segundos, é a expectativa de uma vida melhor que se assegura. Com os direitos de liberdade, é a liberdade hodierna que se garante; com os direitos sociais, é a liberdade futura que se inicia a concretizar.¹⁵⁴

É importante ressaltar que a segunda geração de direitos fundamentais veio se somar à primeira – de natureza liberal – no intuito de desenvolver garantias substanciais e não meramente formais. A implantação das liberdades reais, ao efetivar o livre desenvolvimento da personalidade, precisa da ação positiva do Estado no sentido de remover os obstáculos de ordem econômica, social e cultural que frustram a plena expansão da pessoa humana. Portanto, no modelo de Estado social e democrático de Direito, não se admite uma ruptura entre liberdades individuais e direitos sociais, uma vez que, em seu íntimo, os direitos sociais são direitos de liberdade.¹⁵⁵

¹⁵² Conforme Jorge Miranda, “E aqui sobressaem, em geral, directamente, as incumbências de promover o aumento do bem - estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, de eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e de eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

¹⁵³ Assim, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 510.

¹⁵⁴ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 510.

¹⁵⁵ Neste sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 213 – 215; Jorge Miranda afirma que não faltam autores que apenas admitem como direitos fundamentais os direitos de liberdade e que preterem os direitos sociais para o campo das imposições voltadas ao legislador ou

Há uma relação inseparável entre direitos de liberdade e direitos sociais. Se aqueles pressupõem a liberdade, estes encontram-se ligados a referentes econômico, sociais e culturais. Nesta sequência, admite-se que o modelo estruturante da ordem jurídico-constitucional é o modelo da *liberdade igual*. A *liberdade igual* indica a *igualdade real*, o que presume a possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Ou seja, expressa, por exemplo, não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso às ações e aos serviços de saúde. Não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter onde morar.¹⁵⁶

O fortalecimento dos direitos de segunda dimensão auxilia na superação da dicotomia entre o indivíduo e o Poder Público, o qual também passa a ser um instrumento essencial para o bem-estar social. Em vez de representar um limitador da autonomia individual, os direitos sociais se transformam no garantidor de sua concretização, pois não se trata de direitos contra o Estado e sim de direitos por meio do Estado.¹⁵⁷ Enquanto a concepção tradicional tendia a determinar uma separação rigorosa na base da contraposição *direitos negativos* – *direitos positivos*, a análise das décadas mais recentes indica uma atenuação das características e uma intercomunicação entre as duas categorias de direitos.¹⁵⁸ Percebe-se, então, que a relação existente deve ser simbiótica, na qual o desempenho dos entes estatais é tido como favorável para setores importantes da sociedade.

O direito à saúde, nesse movimento inicial de positivação dos direitos sociais, apresenta papel relevante para a estrutura capitalista da época, pois a rápida urbanização observada no século XIX, em consequência da crescente industrialização, não foi acompanhada por um desenvolvimento adequado das condições sanitárias e de higiene, fato que contribuiu para a fácil proliferação de diversas doenças. Nesse cenário, a proteção da saúde dos trabalhadores foi considerada fundamental à manutenção da produtividade das

para o das garantias institucionais. Como também existem aqueles que não aceitam verdadeiras liberdades à margem da obtenção dos fatores de exercício somente concedidos pela realização dos direitos sociais. No prisma do Estado social de Direito o dualismo é imposto pela experiência: independentemente das interpretações ou subsunções conceituais, é preciso reconhecer a ambas as categorias de direitos a natureza de direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 509.

¹⁵⁶ Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 480; MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1138, o qual afirma que é necessário dar a todos capacidade concreta de exercício dos direitos formalmente concedidos, efetivar a igualdade real dos cidadãos, fazer uma liberdade igual para todos.

¹⁵⁷ Assim, QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editores, 2002, p. 148 – 149.

¹⁵⁸ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 509.

fábricas, além de impedir que as moléstias se espalhassem também entre os patrões. Assim, existia uma pressão vinda da própria elite econômica para que o Estado se encarregasse de garantir a saúde pública.¹⁵⁹

No século XX, principalmente no segundo pós-guerra, houve um aumento da responsabilidade dos Poderes Públicos na questão sanitária. Vários países europeus, destruídos pela guerra, propiciaram a reestruturação das vias de proteção sanitária, com o intuito de garantir a recuperação do potencial produtivo de suas economias. Desse modo, foram criados sistemas de previdência social, nos quais foram posteriormente integradas a assistência social e a saúde – modelo de seguridade social equivalente ao encontrado na Constituição brasileira vigente.¹⁶⁰

De fato, não resta dúvida de quão forte é a influência política nos direitos sociais. Isso é totalmente compreensível, uma vez que os referidos direitos se encontram bastante ligados aos diversos entendimentos sobre as funções do Estado, a sua postura frente à autonomia privada ou a sua atuação na busca dos objetivos sociais. No entanto, continua incontestável a natureza jurídica desses direitos, o que demanda uma análise voltada para cada um desses âmbitos.

No presente trabalho, o prisma a ser estudado será o dos direitos fundamentais sociais como problema jurídico, sobretudo do direito à saúde. E esta perspectiva ganha relevância no momento em que os direitos sociais são introduzidos no Direito brasileiro como bens jurídicos de caráter constitucional, como será visto no próximo tópico.

4.1.1.2 *Os direitos sociais como problema jurídico*

Com o reconhecimento dos direitos sociais no Direito positivo, surgem diversas questões, como, por exemplo: a) quais as consequências de sua positivação como normas constitucionais? b) que deveres jurídicos nascem para o Estado? c) quais as atribuições de cada um dos Poderes no tocante a esses direitos? d) que direitos cabem aos cidadãos? É nessa direção que se desenvolvem os impasses relacionados ao enfoque jurídico dos direitos sociais.

É importante ressaltar que a escolha por uma reflexão jurídica em torno dos direitos em análise não representa o esvaziamento de sua natureza política. Valer-se dos institutos

¹⁵⁹ Demonstra esta circunstância, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 31.

¹⁶⁰ Neste sentido, DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 34 – 35; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 31.

típicos do Direito possibilita elevar a outro patamar o discurso sobre os direitos sociais. Isso ocorre porque, pela utilização de fundamentos jurídicos, é possível agir frente à pluralidade de posturas políticas sobre o assunto, ou seja, esses fundamentos podem encontrar aceitabilidade numa conjuntura de razoável pluralismo. Então, não é suficiente apenas defender que os direitos sociais são desejáveis e convenientes, mas também é preciso utilizar parâmetros que proporcionem a resolução dos problemas jurídicos que ocorram a partir dos direitos sociais.¹⁶¹

O dilema entre os elementos jurídicos e políticos dos direitos sociais é principalmente evidente nos cenários em que a necessidade de sua efetivação é mais candente, como ocorre no Brasil ou na África do Sul. Nestes locais, após a consagração dos direitos sociais na Lei Maior, é habitual que se priorize uma argumentação extremamente política de tutela dos aludidos direitos, que normalmente exagera na ideia de que “quanto mais melhor”, ou seja, seria positivo qualquer método voltado a reconhecer a maior efetividade desses direitos.¹⁶²

Semelhante argumentação política é observada de maneira constante no âmbito do direito à saúde, mesmo durante a avaliação de questões eminentemente jurídicas. Na realidade, percebe-se uma grande demanda judicial em que os autores requerem as mais diferentes prestações de saúde, focadas nas necessidades individuais postas nos autos. A proteção política dos direitos sociais resulta, muitas vezes, no deferimento do pedido apresentado, mesmo não existindo previsão normativa para a sua tutela. Essas decisões terminam por atingir, de maneira reflexa, as políticas públicas que objetivam garantir o direito social à saúde sob a ótica coletiva e distributiva.

A atuação jurisdicional no campo da política sanitária tende a inovar nos casos concretos trazidos à sua apreciação, pois assegura tanto prestações de saúde previstas nas listas e protocolos oficiais dos sistemas de saúde, como, também, prestações não previstas. Por conseguinte, essas decisões acabam por se projetar para além do sistema jurídico, incidindo na escolha discricionária do gestor público com relação a melhor oferta de saúde, baseada nas necessidades de toda a população. Além do mais, atingem os gastos com a saúde pública, que passam por um orçamento ajustado e distribuído após um árduo planejamento.¹⁶³

¹⁶¹ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 25; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 32 – 33.

¹⁶² Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 25 -26.

¹⁶³ Assim, DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. *A garantia do direito social à saúde: políticas públicas x decisões judiciais*. Revista Jurídica Consulex. Medicina e Direito: o erro médico e suas implicações ético-jurídicas. Brasília, n. 299, 30 jun./2009, p. 45.

Portanto, o crescente volume de ações judiciais para reivindicar o acesso a medicamentos, leitos de UTI, cirurgias, tratamentos e produtos de saúde em face do Estado representa, por um lado, um avanço quanto ao efetivo exercício da cidadania. Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário tem significado um ponto de tensão diante dos elaboradores e executores das políticas universais de saúde, que passam a atender uma quantidade cada vez maior de decisões judiciais garantidoras do direito à saúde por meio das mais diversas prestações do Estado, muitas vezes divergentes das políticas definidas pelos governos e distantes das possibilidades orçamentárias.

Apesar de uma atitude nesse sentido ser apontada como progressista, não se pode deixar de compreender que o desvio inadequado de recursos para cumprir as decisões judiciais de forma prioritária pode determinar consequências graves ao processo coletivo de proteção à saúde, prejudicando diretamente as pessoas mais carentes e mais necessitadas do serviço público de atendimento.

Desse modo, uma suposta estratégia política eficiente de máxima atuação em prol dos direitos fundamentais sociais pode provocar exatamente o oposto, com a desestruturação das políticas públicas de proteção social e subsequente prejuízo dos cidadãos mais carentes de cuidados. Porém, isso não quer dizer, em tese, que os direitos sociais devam assegurar apenas uma postura jurídica de proporcionar políticas públicas, com a supressão da dimensão subjetiva desses direitos. Pretende-se apenas demonstrar que estratégias exclusivamente políticas de realização prática dos direitos sociais nem sempre são capazes de possibilitar a sua concretização.¹⁶⁴

Essa problemática levou o Supremo Tribunal Federal a concluir pela existência de repercussão geral do tema constitucional suscitado em recurso extraordinário¹⁶⁵ referente ao fornecimento de medicamento de alto custo, não incluído em lista oficial de política universal de distribuição, a paciente do Rio Grande do Norte, às expensas deste Estado. O Supremo, na apreciação do recurso, examinou se a situação individual poderia, sob o ponto de vista do custo, colocar em risco o atendimento global a tantos quantos precisassem de tal

¹⁶⁴ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 28 – 29; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 33.

¹⁶⁵ Recurso Extraordinário nº 566.471-6, originário do Estado do Rio Grande do Norte, no qual o Supremo Tribunal Federal propõe a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: “o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”.

medicamento, de uso habitual, para prover a saúde ou diminuir o sofrimento consequente de determinada doença.¹⁶⁶

Analisar as relações entre Estado e saúde é um grande desafio intelectual, uma vez que as suas ligações não se constituem de forma linear, mas sim em uma complexa relação. Ademais, a própria ideia de saúde necessita de definição adequada, para além da tradicional compreensão da ausência de doença.¹⁶⁷

Quanto à jusfundamentalidade dos direitos sociais, alguns autores sugerem que o fato desses direitos possuírem estrutura e natureza diferentes dos direitos de liberdade, impossibilita a colocação de ambas as categorias de direitos fundamentais sob o mesmo regime jurídico-constitucional.¹⁶⁸ Por outro lado, há quem defenda não existirem divergências que justifiquem a necessidade de regimes jurídicos diferentes para os direitos sociais e os direitos de liberdade. Entre os dois extremos, encontram-se estudiosos que pretendem construir um regime intermediário, afirmando que a diferença relativa entre os dois tipos de direitos requer tratamentos específicos.¹⁶⁹

Na generalidade ou, até mesmo, na totalidade das Constituições, não existe um regime sistemático explícito dos direitos econômicos, sociais e culturais proporcional ao regime dos direitos, liberdades e garantias, tanto no plano substantivo quanto nos outros planos. Isso é causado pela maior atenção dedicada aos direitos de liberdade e algumas pré-compreensões, como também devido a heterogeneidade e a novidade de alguns direitos sociais, a bem menor experiência jurisprudencial referente a tais direitos e a elaboração dogmática pouco desenvolvida.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Demonstram esta circunstância, DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim. *A garantia do direito social à saúde...*, cit., p. 45.

¹⁶⁷ A Organização Mundial de Saúde (OMS), defende expressamente que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades.”

¹⁶⁸ Sobre o assunto, ver por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 205 e ss.

¹⁶⁹ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 291 – 293; Jorge Miranda defende que “a Constituição portuguesa adota uma via intermédia de distinção sem compartimentação, de interdependência de preceitos e de complementaridade de valores. Uma via intermédia que se traduz em tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos econômicos, sociais e culturais serem direitos fundamentais”. (MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa...*, cit., p. 1138); CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 471 e ss.

¹⁷⁰ Ver MIRANDA, Jorge. *A discricionariedade e a implementação...*, cit., p. 291.

No entanto, é importante e necessário criar regras comuns aos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a revelar a sua singularidade diante dos direitos, liberdades e garantias no entendimento das concepções básicas e da ideia de Direito da Constituição.¹⁷¹

Os direitos sociais, podem, em parte, se favorecer de regras homólogas das regras criadas para os direitos de liberdade, por meio da modelação de princípios gerais do ordenamento jurídico. Desse modo, nenhuma norma relacionada aos direitos sociais pode infringir o seu conteúdo essencial, nem remover ou inventar o seu sentido útil ou, ainda, pôr em dúvida qualquer princípio constitucional que neles possa refletir.¹⁷²

É importante elucidar, também, que se ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais já forem percebidos os pressupostos da efetivação dos direitos em tela, essas normas podem ser compreendidas como de aplicação imediata, ainda que o reconhecimento de tais pressupostos e, ocasionalmente, a aplicação das normas exijam uma intervenção do legislador.¹⁷³

A discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais não é o maior obstáculo a ser vencido na análise do tema, até porque a Constituição de diversos países – como a do Brasil – consagra expressamente os aludidos direitos como fundamentais. O principal problema a ser enfrentado diz respeito às competências envolvidas na concretização desses direitos. Isto é, partindo do reconhecimento constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais, a quem cabe estabelecer normativamente, em última instância, o conteúdo, o sentido e o alcance que eles terão¹⁷⁴?

Tal dilema é especialmente sensível na esfera da saúde. A grande polêmica sobre quais prestações seriam exigíveis juridicamente tem provocado o que se nomeia de *judicialização* da matéria. Assim, a existência de constantes demandas em torno das mais variadas proteções, muitas delas não reconhecidas pela legislação, nem atendidas pela Administração Pública, tem direcionado frequentemente o problema para o Poder Judiciário. Todavia, buscar soluções simplistas para a indeterminação do conteúdo dos direitos sociais leva a soluções

¹⁷¹ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação..., cit., p. 291; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 363 e ss; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 128 e ss.

¹⁷² Neste sentido, MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação..., cit., p. 292.

¹⁷³ Assim, MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação..., cit., p. 292, o qual cita como exemplos o artigo 74º, nº 2, alínea a), da Constituição portuguesa, que defende o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, faltando, todavia, a definição do que venha a ser "ensino básico" a cargo da lei; e o artigo 69º, nº 3, do mesmo dispositivo legal, que proíbe o trabalho de menores em idade escolar.

¹⁷⁴ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*..., cit., p. 32 - 33.

insatisfatórias. É fundamental perceber que tratar do problema geral dos direitos sociais não é o mesmo que abordá-lo sob a ótica de um caso concreto que os envolva.¹⁷⁵

Por força da inexistência de amparo financeiro suficiente para satisfazer todas as necessidades da população, percebe-se que a elaboração das políticas sociais e econômicas voltadas para a implementação dos direitos sociais exige escolhas alocativas. Estas escolhas, por sua vez, guiam-se por critérios de justiça distributiva caracterizando-se como típicas opções políticas, as quais supõem “escolhas trágicas” baseadas em critérios de macro-justiça. Ou seja, optar pela utilização de recursos para o desenvolvimento de uma política em detrimento de outra, leva em consideração elementos como a quantidade de cidadãos alcançados pela política escolhida, a efetividade e a eficácia do serviço a ser oferecido, a otimização dos resultados e outros fatores.¹⁷⁶

Nessa linha de raciocínio, defende-se que o Poder Judiciário, o qual seria competente para efetivar a justiça no caso concreto que envolve determinado direito social, geralmente não tem condições de verificar as consequências gerais da aplicação de recursos públicos em favor da parte com invariável prejuízo para o todo.¹⁷⁷

Em contrapartida, defensores da participação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, alegam que esses direitos são imprescindíveis para o alcance da dignidade da pessoa humana. Então, pelo menos o *mínimo existencial* de cada um dos direitos deve, sempre que necessário, passar por apreciação judicial.¹⁷⁸

Paira sobre a dogmática e ideia jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais o peso metodológico da indeterminação, vaguides e impressionismo que a teoria da ciência vem denominando de “fuzzismo” ou “metodologia fuzzy”, em sentidos caricaturais. Em todo o seu rigor, a censura de fuzzismo atribuída aos juristas quer dizer basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando versam sobre as múltiplos problemas que acometem os direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁷⁹

No entanto, parece coerente concluir que situações concretas deverão ser solucionadas observando-se todas as perspectivas que o tema dos direitos fundamentais sociais, em especial

¹⁷⁵ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 34; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 34 – 35.

¹⁷⁶ Demonstra esta circunstância, MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo (coord.); CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (coord.). *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 12 – 13.

¹⁷⁷ Ver MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 13.

¹⁷⁸ Assim, MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 13.

¹⁷⁹ Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100; MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 13.

o direitos à saúde, envolve. Juízos de ponderação são essenciais nesse cenário repleto de profundas relações conflituosas envolvendo princípios e diretrizes políticas, ou, em outras palavras, envolvendo direitos individuais e bens coletivos. São as condições específicas de cada caso que serão determinantes para a resolução da controvérsia. De qualquer maneira, há que se partir do texto constitucional e de como ele legitima o direito fundamental em questão.¹⁸⁰

Olhar para o problema do direito à saúde como um todo é diferente de resolver uma situação jurídica concreta, como o requerimento judicial para a realização de um tratamento específico, ou para a concessão de um medicamento. E o que se põe diante do gestor público ou sob o comando do Judiciário não são as dificuldades genéricas da saúde, mas sim a falta de tratamento adequado para determinada doença, o atraso no atendimento das especialidades médicas, a ausência de certos medicamentos na rede pública, a falta de leitos hospitalares, etc. Dessa forma, independentemente de ser comum mencionar a proteção do direito à saúde numa perspectiva geral, toda prestação decorrente desse direito pode exigir respostas diversificadas para que se tornem normativamente apropriadas. Por meio disso, pretende-se impedir a aplicação de soluções gerais no tocante aos direitos sociais, já que elas se revelam insuficientes para resolver as dificuldades a que se propõem.

A ocorrência de um grande número de demandas judiciais referentes ao direito à saúde resultou na convocação de Audiência Pública sobre o assunto, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Na ocasião, representantes de vários setores envolvidos com o tema prestaram depoimentos, ficando evidente a necessidade de redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maior parte dos casos, a atuação judicial não acontece diante de uma omissão legislativa absoluta no âmbito das políticas públicas ligadas à proteção do direito à saúde, mas sim em virtude de uma necessária decisão judicial para a efetivação de políticas já existentes. Logo, não existe interferência do Poder Judicial em campo de livre apreciação ou de vasta discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas.¹⁸¹

Primeiramente, deve-se analisar a existência, ou não, de política estatal que inclua a prestação de saúde reclamada pelo autor no processo. Ao determinar o cumprimento de uma prestação de saúde abrangida pelas políticas sociais e econômicas existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está formulando política pública, mas somente ordenando a

¹⁸⁰ Assim, MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 14 - 15.

¹⁸¹ Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 18.

sua realização. Nessas situações, parece óbvia a existência de um direito subjetivo público a certa política de saúde.¹⁸²

Caso a prestação de saúde discutida não faça parte das políticas do SUS, é fundamental identificar se a não prestação provém de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não oferecer. E, nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito oferecerá a resposta necessária ao caso concreto. Contudo, é importante que os critérios de justiça comutativa que direcionam a decisão judicial estejam em harmonia com os critérios da justiça distributiva e social que definem a construção de políticas públicas. Ou seja, ao deferir uma prestação de saúde, o julgador precisa certificar-se de que o sistema de saúde apresenta condições de assumir não apenas as despesas da parte, como também as despesas dos outros cidadãos que se encontrem em situação equivalente.¹⁸³

Uma justificativa racional quanto a fundamentação dos direitos sociais tem ligação com o problema da efetividade destes direitos, sobretudo da efetividade da própria dignidade da pessoa humana. Um melhor modo de proteger os mencionados direitos não é apenas dispor de circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas favoráveis a eles, ou contar com técnicas jurídicas que os garantam. É preciso também estar munido de bons argumentos para fundamentá-los e defendê-los¹⁸⁴ de forma sensata, para não inseri-los somente em folhas de papel, mas sim na consciência dos cidadãos.

No seguimento do presente trabalho, realizar-se-á um estudo mais aprofundado das questões jurídicas em torno do direito à saúde, tendo em vista o seu reconhecimento constitucional como direito fundamental social. Isso requer elucidar, a princípio, quais são as funções que o direito em tela pode desempenhar na realidade concreta.

4.1.2 Multifuncionalidade do direito fundamental à saúde

Normalmente a definição das características dos direitos sociais é feita em contraposição aos direitos de liberdade, enfatizando-se as semelhanças ou diferenças existentes entre os dois grupos de direitos. Em regra, essa diferenciação toma por base os

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 18.

¹⁸³ Demonstra esta circunstância, MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988..., cit., p. 18.

¹⁸⁴ Neste sentido, FERNANDEZ, Eusébio. Teoría de la justicia y derechos humanos, Madrid: Editorial Debate, 1984, p. 77 e ss.

Pactos Internacionais de proteção dos direitos humanos pronunciados pela Organização das Nações Unidas (ONU), quais sejam: a) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em que àquele registraria os direitos de liberdade, enquanto este consignaria os direitos sociais.¹⁸⁵ Porém, é preciso ter cuidado ao se criar algum paralelo entre direitos fundamentais, reconhecidos no âmbito constitucional interno, e direitos humanos, consagrados no âmbito internacional.¹⁸⁶ Observa-se que esse nivelamento entre as categorias de direitos fundamentais negligencia uma diferença primordial, uma vez que os tratados internacionais, por sua própria natureza, determinam obrigações ao Estado e não reconhecem direitos subjetivos públicos do indivíduo.¹⁸⁷

Esse esclarecimento não desmerece a importância do estudo dos direitos sociais no contexto de sua tutela internacional.¹⁸⁸ A intenção deste trabalho é realçar as consequências provenientes da positivação dos direitos sociais no âmbito jurídico-constitucional, adotando uma concepção dogmaticamente divergente.

Todo direito fundamental dispõe de variadas possibilidades de eficácia jurídica, atuando como feixes de posições jusfundamentais. Essa é a principal característica da multifuncionalidade de que desfrutam, de modo que não existem direitos que atuam exclusivamente como direitos de defesa ou como direitos a prestação.¹⁸⁹ Na verdade, tal divisão no máximo pode ser usada, em sentido didático, como método para uma classificação dos direitos fundamentais baseada em sua função mais evidente, predominante, que também não é inerente ao direito, a depender do momento histórico e da situação concreta que se expõe.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 36; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 35.

¹⁸⁶ Chamando a atenção para esta circunstância, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 37.

¹⁸⁷ Afirmando que uma análise baseada em um entendimento essencialmente internacional pode levar ao enfraquecimento do sentido da constitucionalização dos direitos sociais, transpassando-os da esfera de proteção jurídica interna para o "leito universalístico" dos direitos humanos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia "fuzzy" ...*, cit., p. 104.

¹⁸⁸ Sobre o tema, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁸⁹ Demonstra esta circunstância, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 186 e ss.

¹⁹⁰ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 36 – 37. O pesquisador Ingo Wolfgang Sarlet adota a classificação dos direitos fundamentais segundo a sua função predominante. Assim, com base nesta perspectiva, o autor realiza algumas críticas como, por exemplo, em relação a técnica legislativa utilizada na Constituição de 1988, a qual listou direitos que exerceriam uma função predominantemente de defesa – a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), a liberdade de associação sindical (art. 8º) e o direito à greve (art. 9º) – no capítulo destinado aos direitos sociais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 174.

Portanto, essa divisão não permite concluir que os direitos de primeira geração funcionem exclusivamente como direitos de defesa, ao passo que os direitos de segunda geração agem somente como direitos a prestação. Exatamente porque, mesmo que se consiga reconhecer uma eficácia predominante, os direitos de liberdade podem apresentar um aspecto prestacional, tal como os direitos sociais podem apresentar um aspecto defensivo.

Ainda que ambas as categorias realizem funções de defesa e funções prestacionais, duas características marcam os direitos sociais: a) o objeto de tutela desses direitos propõe o acesso de cada cidadão a bens de cunho econômico, social e cultural que sejam imprescindíveis à vida digna; b) o detalhe desses bens é que são escassos, de forma que as pessoas somente tem acesso a eles se forem despendidos recursos, por elas mesmas ou pelos entes estatais, na realização de prestações fáticas. Na maior parte das vezes, os direitos sociais são aqueles que impõem ao Estado o dever de oferecer bens econômicos, sociais ou culturais às pessoas, que exigem recursos não negligenciáveis.¹⁹¹

Isso não significa que os direitos de liberdade não necessitem de custos para a sua realização. Nem que qualquer ideia concreta de direitos sociais seja financeiramente custosa. Todas as dimensões de direitos fundamentais geram custos públicos, principalmente ao comprovar a escassez dos recursos e a necessidade de se realizar escolhas alocativas. Podendo-se dizer, com isso, que levar a sério os direitos fundamentais é levar a sério a escassez.

O que se pretende esclarecer é que as normas consagradoras dos direitos sociais não determinam apenas deveres negativos ao Estado, ou seja, não é suficiente que o Poder Público respeite a iniciativa individual dos cidadãos para acessar os bens tutelados por esses direitos. É preciso, também, o desenvolvimento de prestações fáticas que possibilitem o alcance dos bens por pessoas desprovidas de condições próprias de fazê-lo, havendo, assim, não apenas uma proibição de excesso, como também uma proibição de proteção insuficiente.

Os deveres estatais originados da consagração dos direitos sociais podem ser divididos em três categorias: a) dever de respeitar; b) dever de proteger; e c) dever de promover. Esta classificação é correspondente àquela que divide os direitos fundamentais quanto às funções

¹⁹¹ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 41 – 42. Gilmar Ferreira Mendes demonstra que é a dimensão prestacional dos direitos sociais a principal alegação contrária a sua judicialização. A necessidade de recursos econômicos para a concretização dos direitos sociais faz com que alguns doutrinadores defendam que as norma criadoras desses direitos exibem a feição de normas programáticas e que, portanto, dependem da elaboração de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa lógica, também se argumenta que a atuação do Judiciário, diante da omissão do Estado em relação a construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes, bem como o princípio da reserva do financeiramente possível. MENDES, Gilmar Ferreira. *O direito à saúde na Constituição de 1988...*, cit., p. 12.

que podem exercer – função de defesa e função de prestação.¹⁹² No entanto, é preciso destacar que não se excluem as análises em relação aos deveres estatais e em relação às funções desempenhadas pelos direitos. Cada uma somente ressalta aspectos que também constituem a reflexão dogmática dos direitos sociais, levando em conta que os direitos exercem variadas funções, conforme a situação concreta avaliada. Entender adequadamente essa questão é importante para a elaboração de uma dogmática uniforme dos direitos fundamentais, que envolva tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, sem deixar de observar as particularidades de cada um deles.¹⁹³

Os aludidos deveres estatais aparecem, no âmbito jurídico dos cidadãos, como pretensões opostas ao Estado, que objetivam garantir o acesso aos bens protegidos pelos direitos sociais. Como a maioria das pessoas não consegue, por meios próprios, alcançar àqueles bens, há um destaque de uma das dimensões de eficácia dos direitos sociais: a que se refere ao dever do Estado de fornecer prestações fáticas aos indivíduos. Por esse motivo, existe a tendência de associar os direitos em questão à imposição de obrigações de fazer, como se consubstanciassem exclusivamente direitos positivos.¹⁹⁴

Importa ressaltar, entretanto, que essa característica não esgota todas as dimensões normativas dos direitos sociais, de modo que se torna essencial uma adequada compreensão das demais esferas de eficácia em que eles se desdobram. Então, além de determinarem deveres positivos de prestações fáticas materiais – dever de promoção – os direitos sociais também estabelecem deveres de respeito e de proteção, por parte de Estado. No entanto, todos esses deveres não aparecem concomitantemente em qualquer circunstância. Cada contexto, em um certo momento histórico de desenvolvimento econômico e cultural da sociedade, resultará numa determinada eficácia do direito social.¹⁹⁵

O direito fundamental à saúde consegue demonstrar bem essa situação. Um cidadão que desfrute de plano de saúde, sem que isso lhe onere de maneira considerável, e que nunca tenha feito uso do sistema de saúde público poderia até desejar que o Estado fornecesse todas as ações e serviços de saúde necessários. Todavia, como já dispõe de uma assistência privada de qualidade contra possíveis doenças comprometedoras de sua integridade, é provável lhe convir especialmente a dimensão negativa do referido direito social, de modo que o Estado se

¹⁹² Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 42.

¹⁹³ Demonstra esta circunstância, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 40.

¹⁹⁴ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 43.

¹⁹⁵ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 44; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 40 – 41.

abstenha de intervir indevidamente nas suas preferências particulares como, por exemplo, em relação aos profissionais que pretende consultar.

Em contrapartida, acontecendo uma repentina epidemia de meningite, cenário em que a quantidade de vacinas disponíveis não se mostre suficiente para atender a população como um todo, esse mesmo indivíduo pode passar a exigir a adoção das devidas providências estatais para a disponibilização universal da vacina.

Situação distinta ocorre com quem possui uma baixa renda familiar e que, certamente, apresentará a dimensão prestacional do direito à saúde mais evidente em sua esfera jurídica, uma vez que não possui capacidade de aceder por seus próprios meios aos mais básicos cuidados médicos. Essa perspectiva apresentada é origem de frequentes equívocos, tanto em relação aos direitos sociais como em relação aos direitos de liberdade, no sentido destes últimos possuírem somente um enfoque negativo que resultaria na sua aplicação imediata, pois exigiriam apenas a abstenção do Estado quanto a intervenções arbitrárias.

Portanto, para se obter uma compreensão adequada do regime jurídico dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, é primordial perceber o perfil multifuncional e complexo que apresentam. Por esse ângulo, o paralelo feito entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, como se fossem possuidores de regimes jurídicos totalmente diferentes, muitas vezes acontece devido à incompreensão da complexidade ligada aos direitos fundamentais de modo geral.¹⁹⁶

No decorrer da história, a visão sobre as funções dos direitos fundamentais foi dialeticamente modificada. No entanto, o comportamento desses direitos enquanto direitos de defesa ainda cumpre um importante papel. Isso porque mesmo na esfera do Estado Democrático de Direito, as pessoas não estão livres de intervenções estatais arbitrárias, de modo que, ao atuar como direitos de defesa, os direitos fundamentais garantem um campo de proteção do cidadão contra ataques externos, tanto do próprio Poder Público quanto de terceiros.¹⁹⁷ Isso não significa que o Estado não possa intervir na esfera jurídica do cidadão. Porém essa intervenção não pode ser abusiva. Ou seja, a interferência estatal, nos casos

¹⁹⁶ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 44; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 41 – 42.

¹⁹⁷ Ingo Sartet afirma que os direitos de defesa também podem ser oponíveis quanto aos demais particulares, tutelando o espaço de autonomia do indivíduo contra toda ingerência inadequada. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 169. Da mesma forma, Virgínio Afonso da Silva enfatiza que não é apenas o Estado o possível ameaçador dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si. E que o reconhecimento deste fato foi uma das grandes mudanças de paradigma que, no campo do Direito Constitucional, levaram ao reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, principalmente, de uma quebra nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais apenas à ligação Estado-cidadão. SILVA, Virgínio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52.

autorizados pela Constituição e pela lei, deverá acontecer de acordo com as condições materiais e procedimentais previstas no ordenamento jurídico.¹⁹⁸

Impende destacar que a função de defesa do direito fundamental difere de sua função de proteção, pois, enquanto a primeira tem o objetivo de impedir a atuação indevida do Poder Público na esfera jurídica dos cidadãos, a segunda determina que o Estado evite, por meio de uma ação positiva, que outros particulares realizem intervenções ilícitas.¹⁹⁹

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde garante aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais, que se expressam na forma de direitos de defesa e de direitos a prestação, apesar de sua função prestacional muitas vezes prevalecer, principalmente em países com baixo nível de desenvolvimento econômico e social. No papel de direito de defesa, o direito à saúde impõe que o Estado e terceiros se privem de interferir na esfera de liberdade pessoal referente à saúde do indivíduo.²⁰⁰

Dessa forma, não se permite que o Estado force um indivíduo portador de uma doença grave a realizar um tratamento baseado em medicamentos tradicionais. Esse cidadão tem autonomia para decidir que orientação médica seguirá para cuidar de sua doença. Do mesmo modo, uma pessoa seguidora da religião Testemunha de Jeová pode se negar a fazer uma transfusão de sangue, contanto que exista manifestação expressa de sua vontade. Além disso, o direito à saúde garante, como direito de defesa, que nenhum médico defina indevidamente, por exemplo, qual tratamento clínico será realizado em um paciente que apresente total domínio de suas faculdades mentais.²⁰¹

Atuando como direito a prestação, o direito à saúde impõe condutas positivas ao Estado, de cunho fático e normativo. A função de direito a prestação em sentido amplo determina que sejam tomadas medidas protetivas – direitos de proteção – e que sejam criadas técnicas e organizações hábeis à proteção do cidadão – direitos à participação na organização e no procedimento. As primeiras são observadas no dever que os entes estatais possuem de

¹⁹⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 42.

¹⁹⁹ Neste sentido, CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 405.

²⁰⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 43.

²⁰¹ Este perfil defensivo do direito à saúde é, inclusive, trazido por vários dispositivos do Código de Ética Médica (Resolução 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina), como no artigo 31, que afirma ser vedado ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”, entre outros. É óbvio que existem situações mais complexas, nas quais o âmbito de autonomia do indivíduo é limitada exatamente em função de outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico. Como ocorre, por exemplo, nos casos em que sujeitos com transtornos mentais são involuntária ou compulsoriamente internados como medida extrema necessária para garantir a integridade do próprio paciente e das pessoas do seu convívio. Este assunto é disciplinado pela Lei 10.216/2001.

construir métodos protetores da esfera individual e coletiva dos cidadãos, como acontece na atuação da vigilância sanitária, focada na repressão de possíveis condutas danosas à saúde pública. Neste mesmo sentido, o Estado deve editar normas (condutas normativas) de utilização da propriedade urbana que, por exemplo, imponham aos proprietários de terrenos baldios a obrigação de conservá-los limpos e livres da proliferação de transmissores de doenças.²⁰²

Além disso, o Poder Público precisa desenvolver procedimentos e organizações que proporcionem a tutela e a promoção do direito à saúde, sendo fundamental que esses procedimentos e organizações se encontrem abertos à possível participação dos cidadãos, os quais poderão colaborar com o processo de composição da vontade estatal.²⁰³ Assim, não basta legitimar formalmente o direito à saúde como direito fundamental. É preciso, também, garantir a promoção de estruturas e de organizações aptas a atender as necessidades dos cidadãos, bem como assegurar a existência de mecanismos que facilitem a participação da comunidade no funcionamento e na melhoria do sistema público de saúde.

Por fim, o direito à saúde também configura direitos a prestação em sentido estrito, que são identificados nas mais variadas atuações positivas do Estado, de natureza fática, tendentes a assegurar ao indivíduo o acesso às ações e serviços de saúde.²⁰⁴ Conseqüentemente, surgem diversos deveres estatais, como de fornecimento de medicamentos àqueles que não podem consegui-los por seus próprios meios, de disponibilizar as vacinas incluídas no plano nacional de vacinação, de construção de hospitais públicos, de garantir condições dignas de atendimento nos centros de saúde, entre outros.

É muito vasta a lista de ações impostas ao Estado e, sobretudo, à Administração Pública. Nem todas estão previstas explicitamente em normas, quer mediante lei formal, quer por regulamento administrativo. Este fato, inclusive, enseja um dos principais dilemas sobre a efetividade do direito à saúde, no sentido de dificultar a delimitação das prestações que estariam incluídas na concretização desse direito fundamental, permitindo a seguinte indagação: somente estariam passíveis de fiscalização as ações e serviços fixados expressamente pelo legislador ou por ato normativo da Administração Pública? Da mesma forma, a fiscalização do Poder Judiciário quanto a esse direito se limitaria apenas a essas matérias?

²⁰² Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 44.

²⁰³ Quanto a este assunto, a Constituição brasileira vigente determina, em seu artigo 198, que as ações e serviços de saúde constituirão um Sistema Único de Saúde que apresenta como uma das suas diretrizes a participação popular (artigo 198, III).

²⁰⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 45.

No decorrer do presente trabalho estes conteúdos serão abordados de modo mais minucioso. No tópico seguinte será feita uma aproximação inicial a essas questões ao se dissertar sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, afirmada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

4.1.3 Regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde

4.1.3.1 *Generalidades*

Questão inicial que precede o estudo sobre o regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde refere-se ao reconhecimento das ligações existentes entre a tutela da saúde – individual e coletiva – e o conjunto de outros direitos igualmente protegidos pelo sistema constitucional brasileiro. Assim, adquire particular importância a compreensão de que a garantia do direito à saúde também acontece pela salvaguarda de outros bens e interesses fundamentais, com os quais possui fortes conexões por meio de zonas de confluência e até mesmo de sobreposição, realidade que enfatiza a tese da interdependência e mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais.²⁰⁵

A título ilustrativo, dentre esses direitos constitucionais podem ser citados a vida, a dignidade da pessoa humana, a moradia, a propriedade, o ambiente, o trabalho, a privacidade, a seguridade social, além da proteção do consumidor, da família, da criança e do adolescente, dos idosos, dentre outros.

Essa conjuntura também é evidenciada pela noção de *intersectorialidade* a que faz menção a Declaração de Alma-Ata, de 1978, significando, tão somente, que a concretização do direito à saúde não é atribuída de forma exclusiva ao *setor saúde*, mas similarmente a outros setores, no momento em que esse direito é entendido como garantia de qualidade mínima de vida e que depende do êxito de políticas públicas mais amplas, dirigidas à

²⁰⁵ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 779; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção a saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. Revista Gestão e Controle do Tribunal de Contas de Rondônia. Porto Velho, v. 01, n. 01, jan./jun. 2013, p. 77; Em direção semelhante, LOUREIRO, J. C. Direito à (protecção da) saúde. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa. vol. 1, 2006, p. 660 e ss.

superação das desigualdades sociais e ao desenvolvimento integral da personalidade, até mesmo pelo compromisso com as futuras gerações.²⁰⁶

Tais reflexões deixam claro que qualquer estudo relacionado à efetivação do direito fundamental à saúde, principalmente no que diz respeito ao planejamento de políticas públicas e ao desenvolvimento de medidas para alcançar níveis adequados de proteção e promoção, não pode desconsiderar uma perspectiva intersetorial, que leve em conta a transversalidade e a interdisciplinaridade que caracterizam esse direito fundamental.

Portanto, mesmo que não tivesse expressamente previsto na Constituição, sem dúvida o direito à saúde poderia ser admitido como direito fundamental implícito, assim como ocorre em outros ordenamentos jurídicos, como no da Alemanha, por exemplo.

O que parece certo, finalmente, é que um sistema constitucional que salvaguarda os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e corporal e ao meio ambiente equilibrado e saudável obviamente deve proteger a saúde, sob pena de considerável esvaziamento daqueles direitos.

Assentada, pois, a compreensão sobre as ligações existentes entre a proteção da saúde e o conjunto de outros direitos igualmente tutelados pela ordem constitucional brasileira, o trabalho passa a delinear o regime jurídico definido para o direito fundamental em análise e seus principais desdobramentos. É interessante observar, como ponto de partida, que a jusfundamentalidade do direito, elemento que possibilita sua inserção no respectivo regime jurídico, pode ser examinada sob dois prismas, um formal e outro material, como será demonstrado a seguir.

²⁰⁶ Assim, ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 29 – 30; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações..., cit., p. 779; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção..., cit., p. 77. Associando as condições de saúde das pessoas à qualidade de vida e ao ambiente - natural e construído - no sentido de que os benefícios do local em que estejam os indivíduos, inclusive os equipamentos disponibilizados, são essenciais à garantia de qualidade de vida e bem-estar, MAGALHÃES, Rosana. Desigualdades sociais e equidade em saúde. In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 65-66. Disponível em http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-edireitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf, acesso em 28-11-2016. Na área específica da assistência farmacêutica, voltada ao fornecimento de medicamentos, uma das sugestões apresentadas como resultado da Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica indica exatamente a necessidade de um diálogo intersetorial com todos os atores comprometidos com a questão, tendo o propósito de discutir os princípios da universalidade e equidade no acesso aos medicamentos, os critérios de acesso e a sustentabilidade do próprio SUS. Consultar: BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica: relatório final: efetivando o acesso, a qualidade e a humanização na assistência farmacêutica, com controle social. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 48. In: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer_nacional_de%20medicamentos.pdf, acesso em 28-11-2016.

4.1.3.2 A dupla fundamentalidade formal e material do direito à saúde

Na ordem jurídico-constitucional brasileira, o direito à saúde comunga de dupla fundamentalidade formal e material, da qual se resguardam os direitos e garantias fundamentais em geral, particularmente em razão do regime jurídico privilegiado que lhes conferiu a Constituição de 1988.²⁰⁷

A fundamentalidade formal provém do direito constitucional positivo e, pelo menos na Constituição brasileira, implica três consequências principais: a) por integrarem o texto constitucional de forma expressa, os direitos fundamentais ocupam o lugar mais alto do ordenamento jurídico, tratando-se, assim, de normas de superior hierarquia axiológica; b) por serem normas fundamentais consagradas na Lei Maior escrita, sua alteração está submetida a limites formais, uma vez que o procedimento de emenda à Constituição é agravado em relação ao procedimento legislativo ordinário, assim como se submetem a limites materiais da reforma constitucional – cláusulas pétreas – apesar dessa condição ainda causar discussões doutrinárias;²⁰⁸ c) por fim, em razão do que determina o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis, vinculando as entidades estatais e os agentes privados.²⁰⁹

A fundamentalidade material, por sua vez, está vinculada à relevância do bem jurídico protegido pelo sistema constitucional, ao ponto de consubstanciar as decisões mais importantes sobre a estrutura do próprio Estado. Portanto, para se afirmar a fundamentalidade em sentido material do direito, é obrigatória a verificação do seu conteúdo, pois somente se confirma tratar-se de um direito materialmente fundamental quando se demonstra que o bem

²⁰⁷ Neste sentido, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Interesse Público, v. 12. Porto Alegre, 2001, p. 91 – 107.

²⁰⁸ Embora o artigo 60, § 4º, IV mencione que os direitos e garantias *individuais* não podem ser abolidos por meios de emenda constitucional, a doutrina assegura que, com base em uma interpretação sistemática do texto constitucional, deve-se entender que os direitos sociais representam igualmente limites materiais à reforma da Constituição. Em suma, as justificativas para tal entendimento são as seguintes: a) a Constituição Federal não definiu regimes jurídicos diferentes para os direitos de liberdade e os direitos sociais; b) uma interpretação restritiva, no sentido de que apenas os direitos consagrados no artigo 5º consubstanciaríamos limites materiais, levaria ao entendimento de que outros direitos e garantias individuais (como o direito à nacionalidade e os direitos políticos, presentes nos artigos 12 e 14, respectivamente) não estariam incluídos no rol de proteção; c) os defensores da interpretação restritiva partem da equivocada ideia de que existe uma grande diferença estrutural entre os direitos de defesa e os direitos sociais, quando, na realidade, ambos realizam diversas funções (de defesa e prestacional), não existindo, assim, motivo para se eleger apenas uma categoria à limite material à reforma. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 423.

²⁰⁹ Sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ver STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ou posição jurídica por ele tutelada retrata uma decisão essencial quanto à estrutura do Estado.²¹⁰

Com relação ao direito à saúde, a relevância do bem jurídico protegido se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida, bem como para assegurar as circunstâncias necessárias à fruição dos demais direitos, sejam eles fundamentais ou não, até mesmo no sentido de possibilitar o livre desenvolvimento do indivíduo e de sua personalidade.

Vale dizer que a Constituição Federal vigente partilha um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, por força do artigo 5º, § 2º.²¹¹ Isso quer dizer que, a despeito de não estarem presentes no rol expresso trazido pelo texto constitucional, outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pela Lei Maior poderão ser considerados igualmente fundamentais, especialmente os relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre às funções realizadas pelos direitos fundamentais, é importante ressaltar a dupla perspectiva em que podem ser observados: perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva. Isso significa que além de assegurarem direitos subjetivos que autorizam o titular a reivindicar em juízo determinada ação – omissiva ou comissiva –, também configuram elementos objetivos, com consequências dogmáticas próprias. A dimensão objetiva indica que os direitos fundamentais, ao materializarem na Constituição as preferências valorativas do constituinte, apresentam uma eficácia que reflete sobre todo o ordenamento jurídico, estabelecendo veículos de atuação para todas as instâncias do Estado. Dessa forma, percebe-se que aqueles direitos não são apenas garantias em torno de posições jurídicas individuais, apresentando-se, igualmente, como um conjunto de preceitos institucionalizados que impõem aos poderes constituídos o dever de respeito e compromisso com os direitos fundamentais.

Do mesmo modo, deve-se compreender que a dimensão objetiva é autônoma em relação a dimensão subjetiva. Todo direito fundamental por guardar um bem ou uma posição jurídica de grande relevância, propaga conteúdos normativos que não se restringem ao âmbito individual do cidadão.²¹² Assim, independentemente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, cabe ao Poder Público atuar sempre no sentido de alcançar a maior eficácia possível dos direitos fundamentais, a exercer o poder de polícia, a realizar ações e

²¹⁰ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 47.

²¹¹ Segundo o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1998, “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²¹² Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 48.

serviços públicos e a legislar no intuito de dar concretude aos comandos normativos constitucionais.²¹³

Da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais emergem determinadas consequências. Em relação ao direito à saúde, importa reconhecer que na maioria das cidades brasileiras o saneamento básico, um dos prolongamentos do direito à saúde, não abrange a totalidade da planta urbana, devendo a Administração Pública levar o sistema de esgotos sanitários e de água tratada aos locais não atendidos. Nesta situação, da dimensão objetiva do direito à saúde surge a possibilidade do aforamento de medidas judiciais coletivas no sentido de impor ao Poder Público a adoção de uma política pública adequada que garanta, dentro de um prazo determinado, o atendimento a todo o universo de cidadãos do Município.²¹⁴

Entretanto, o principal dilema referente ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, seja em relação à perspectiva objetiva, seja em relação à perspectiva subjetiva, diz respeito ao texto trazido pelo artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira.²¹⁵ No próximo tópico, o referido dispositivo será analisado para uma melhor compreensão das consequências dogmáticas em razão da aplicabilidade imediata daqueles direitos.²¹⁶

²¹³ Demonstra esta circunstância, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 244-245. O mesmo autor enfatiza que a dimensão objetiva também vincula o Poder Judiciário, exigindo uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com a utilização daquilo que se convencionou nomear de *filtragem constitucional*, isto é, a releitura de todos os dispositivos infra-constitucionais à luz dos valores constitucionais, sobretudo dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. Esta *filtragem*, de fato, dá solidez a uma espécie de *interpretação de acordo com a Constituição*, significando que toda e qualquer ação do Poder Público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) precisa acontecer em harmonia com os direitos fundamentais, ligando-se, inclusive, ao que a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* – observada no campo da incidência das normas constitucionais jusfundamentais na esfera da autonomia privada. CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 245.

²¹⁴ Neste sentido, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 245 – 246.

²¹⁵ De acordo com o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²¹⁶ Antes de se voltar ao estudo do artigo 5º, § 1º da CF/1988, é importante esclarecer um ponto conceitual quanto ao termo *aplicabilidade*. José Afonso da Silva afirma que é necessário diferenciar as noções de eficácia jurídica e eficácia social. A primeira encontra-se relacionada à possibilidade de produção de efeitos jurídicos, ou seja, conectada à aptidão para disciplinar os comportamentos e situações previstos pela norma. Portanto, a eficácia jurídica tem ligação com a aplicabilidade – são termos imbricados, uma vez que para a norma ser aplicável (isto é, para que possa incidir no caso concreto) ela precisa ter a capacidade de produzir efeitos (eficácia). Por sua vez, a eficácia social equivale ao concreto respeito da norma no plano fático. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60 e segs. Defendendo que o termo eficácia social representa a noção de *efetividade*, no momento em que os dispositivos normativos são aplicados à realidade social que objetivam regular. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85. Em sentido divergente, Virgílio Afonso da Silva defende que a aplicabilidade abrange uma dimensão fática, não existente na esfera da eficácia jurídica. SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 278.

4.1.3.3 Significado e alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal

Como ponto preliminar a ser superado, exige-se a análise da abrangência material do § 1º do artigo 5º do texto constitucional, ou seja, se ele é aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive aos não enumerados no dispositivo, ou se é restrito aos direitos individuais e coletivos do artigo 5º.

Em que pese a localização topográfica da norma, que poderia indicar uma interpretação restritiva, o fato é que, mesmo que se adote uma exegese estritamente literal, não há como limitar o campo de aplicação da norma a qualquer das categorias de direitos fundamentais trazidas pela Constituição, uma vez que o preceito referido é claro ao mencionar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.²¹⁷

Não sendo esse argumento suficiente, percebe-se que uma interpretação teleológica e sistemática inevitavelmente conduzirá às mesmas conclusões. Vale dizer que o Constituinte brasileiro, diferentemente do observado na Constituição Portuguesa, não determinou diferença expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional. É importante lembrar que mesmo no capítulo dos direitos sociais estão presentes direitos de natureza defensiva, não sendo admissível que pelo menos estes, assim como acontece com os direitos políticos, venham a sofrer exclusão do âmbito de aplicação do dispositivo mencionado.²¹⁸

Superada esta questão, cumpre refletir sobre o problema do significado do artigo 5º, § 1º para as várias categorias de direitos fundamentais, ressaltando-se que as diversas concepções existentes oscilam entre os que, seguindo postura extremamente tímida, defendem que a norma estudada não pode agir contra a natureza das coisas²¹⁹, de tal maneira que grande parte dos direitos fundamentais atinge sua eficácia somente nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outra extremidade, adotam a opinião segundo a qual até mesmo as normas de caráter claramente programático podem ocasionar o gozo de direito subjetivo individual, em decorrência de sua aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa.²²⁰

²¹⁷ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 659.

²¹⁸ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais..., cit., p. 659.

²¹⁹ Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*. Revista da Procuradoria-Geral da República. São Paulo, n. 29, 1988, p. 35 e ss.

²²⁰ Neste sentido, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 17ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 317 – 318.

Importa destacar que mesmo os defensores mais ardorosos de um entendimento restritivo da norma presente no artigo 5º, § 1º consideram que o legislador constituinte desejou, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que tais direitos mantenham-se letra morta na Constituição.²²¹ Além disso, conforme a melhor doutrina, inexistente norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade, sendo coerente mencionar a existência de uma graduação da carga eficaz das normas da Lei Maior, o que, por outro lado, não nega a existência de distinções entre essas normas no que concerne a forma de sua positivação no texto constitucional, assim como uma variedade de efeitos jurídicos resultantes desse fenômeno, motivo pelo qual foram definidas diversas teorias apresentando uma classificação das normas constitucionais segundo o critério de sua eficácia e aplicabilidade.²²²

Portanto, é necessário reconhecer que mesmo no campo das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais existem algumas normas que a doutrina majoritária convencionou chamar de normas de eficácia limitada, as quais reclamam, muitas vezes, a intervenção concretizadora do Estado, sobretudo do legislador.²²³

Contudo, o fato de demandar intervenção legislativa não quer dizer que a norma é desprovida de aplicabilidade, mas sim que alguns de seus conteúdos normativos exigem certa forma de regulamentação para se tornarem exigíveis. Em todo o caso, ainda que precisem de atuação regulamentadora, as normas de direitos fundamentais continuam vinculantes e, por isso, impõem ao Estado a adoção de medidas ampliadoras da extensão de aplicabilidade dos direitos fundamentais para que estes se tornem reais e efetivos. Assim, as normas definidoras de direitos fundamentais não são de caráter simplesmente programático. Existem, inclusive, mecanismos processuais para assegurar que o cidadão, diante de omissões dos Poderes do Estado, possa ter o seu direito concretizado.²²⁴

²²¹ Assim, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A aplicação imediata...*, cit., p. 38.

²²² Demonstra esta circunstância, SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 660. A lição clássica de José Afonso da Silva divide as normas constitucionais em três categorias de acordo com sua eficácia: a) normas de eficácia plena – aquelas normas que estão aptas para produzir efeitos a partir da sua entrada em vigor; b) normas de eficácia contida – aquelas capazes de produzir seus efeitos de imediato, mas que podem sofrer restrições por parte do legislador infraconstitucional; c) normas de eficácia limitada – possuem aplicabilidade indireta e reduzida, uma vez que não possuem a normatividade necessária para a produção de seus efeitos principais, demandando, inevitavelmente, de uma mediação do legislador infraconstitucional. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais...*, cit., p. 101 e ss.

²²³ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 660 – 661;

²²⁴ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 50 – 51. Em relação a utilização do mandado de injunção como mecanismo para garantir o exercício de direitos fundamentais diante de omissões do Estado, ver, por todos, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

A partir do que foi exposto, e com base na premissa de que não há como levar a sério os direitos fundamentais se não tomar a sério a norma trazida pelo artigo 5º, § 1º, verifica-se a necessidade de não subestimar, nem superestimar, o importante alcance desse dispositivo. Considerar que o referido preceito se aplica meramente aos direitos fundamentais e não a todas as normas constitucionais, consiste em conclusão que apresenta particular importância. De fato, em nenhuma hipótese o significado do aludido artigo poderá ser restringido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre as normas de direitos fundamentais e as demais normas presentes na Constituição, o que, também, resultaria em um esvaziamento significativo da fundamentalidade no seu aspecto formal.²²⁵

Diante desse panorama e levando em consideração as distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestação, percebe-se que a melhor exegese do artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, é a que parte da ideia de que se trata de norma de natureza principiológica, que, conseqüentemente, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), ou seja, que impõe ao Poder Público o dever de reconhecer, com base no caso concreto, a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Por conseguinte, observa-se que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá ser resolvido, a exemplo do observado com as regras jurídicas, segundo a lógica do tudo ou nada, motivo pelo qual o seu alcance dependerá da análise do caso concreto.²²⁶

Portanto, ao determinar a otimização da eficácia de todos os direitos fundamentais, a norma presente no artigo 5º, § 1º da Carta Magna, não poderia permitir realização plena dos direitos sociais prestacionais, sob pena de privação de outros direitos fundamentais conflitantes, nem a total negação de direitos subjetivos a prestação, sob pena de privação de outros bens identicamente fundamentais.²²⁷

Considerando o direito à saúde como exemplo, verificar-se-á, de imediato, que não se ordena ao Estado apenas o dever de respeitar a vida humana, mas também o dever de protegê-la imensamente, uma vez que ela representa a razão de ser da própria sociedade e do Estado, além de consistir no pressuposto para a fruição de todo direito fundamental. Negar ao cidadão o acesso gratuito às ações e serviços de saúde, ou o fornecimento de medicamentos basilares, seguramente não condiz com a solução mais adequada.²²⁸

Seja em relação a direitos de liberdade, seja em relação a direitos sociais, é necessário reconhecer que existem normas com diferentes densidades e níveis de definitividade. Nesta

²²⁵ Esta a lição de SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais..., cit., p. 661.

²²⁶ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais..., cit., p. 662 - 663.

²²⁷ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais..., cit., p. 669.

²²⁸ Demonstra esta circunstância, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais..., cit., p. 669.

perspectiva, se a norma apresenta um comando evidente, em que os parâmetros de execução sejam claros, o nível de vinculação jurídica da norma será pleno. Na Constituição brasileira, por exemplo, podem ser identificados tanto direitos de liberdade²²⁹, quanto direitos sociais²³⁰ que foram adotados como regras, tendo plena aplicabilidade, sem dependerem de regulamentação infraconstitucional.²³¹

Do mesmo modo, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em relação à função de defesa – deveres de respeito – não gera maiores discussões, pois esses direitos, considerados eminentemente negativos, ao ordenarem posturas apenas abstencionistas, é suficiente a não intervenção do Estado para que sejam concretizados. Contudo, o mesmo não é observado quanto às obrigações que exigem ações positivas do Poder Público – deveres de proteção e de promoção. Isso ocorre porque, nessas situações, existe uma grande variedade de condutas que, a princípio, poderiam ser realizadas pelos órgãos estatais no intuito de proteger e promover os direitos. Ou seja, nas circunstâncias em que o conteúdo do direito não está nitidamente enunciado no texto constitucional, em legislação infraconstitucional ou em regulamento administrativo, haverá alguma indeterminação do dever estatal correspondente.²³²

O artigo 196 da CF/1988, por exemplo, afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado por meio de políticas sociais e econômicas que pretendem reduzir o risco de doença e de outros agravos, assim como proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Nessa norma constitucional, facilmente se percebe que o Constituinte determina ao Estado deveres de proteção - políticas que pretendem reduzir o risco de doença – e deveres de promoção – políticas que pretendem proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

É incontroverso que o Poder Público deve proteger e promover o direito fundamental à saúde. No entanto, quais providências precisam ser tomadas para que esse direito seja tutelado? Há uma gama de alternativas quanto às formas de proteção, assim como inúmeras posições individuais referentes ao limite de atuação protetiva. De qualquer modo, é evidente

²²⁹ A proibição da pena de prisão perpétua, por exemplo, de acordo como artigo 5º, XLVII, b, da CF/88.

²³⁰ Como o direito assentido a todos os cidadãos de ter acesso à educação básica, de forma gratuita, conforme o artigo 208, I, da CF/88.

²³¹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 52.

²³² Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 276; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 52 – 53.

que o próprio legislador já realizou certas escolhas e que a própria Administração Pública regulamenta alguns temas, no sentido de tornar o conteúdo do dever mais denso.

Como exemplo do que foi exposto, pode-se mencionar a Lei nº 8080/1990, que estabelece as formas de organização e funcionamento das ações e serviços de saúde em todo o território brasileiro. O seu artigo 5º, inclusive, afirma que o Sistema Único de Saúde tem como objetivos: a) o reconhecimento e divulgação dos fatores que condicionam e determinam a saúde; b) a elaboração de políticas nos campos econômico e social que visem diminuir os riscos de doença e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde; c) a assistência aos cidadãos por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a prática integrada das ações assistenciais e dos cuidados preventivos.

De igual forma, para que o direito à saúde seja efetivamente realizado, o Estado desempenha diversas prestações materiais, como as previstas pela Política de Assistência Farmacêutica, entre as quais pode-se destacar a frequente atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), em que o Poder Público mantém um constante planejamento, baseado na verificação das principais necessidades da população e quais os medicamentos mais adequados a serem fornecidos de modo gratuito.

Esses dois últimos exemplos são puramente ilustrativos quanto à atuação do Estado na densificação da ordem constitucional que o impõe os deveres de proteção e de promoção da saúde. Contudo, tais providências, juntamente com todas as outras realizadas para a mesma aspiração, nem sempre são suficientes para atender as necessidades de saúde dos cidadãos. O cenário traçado até o momento reproduz um aspecto importante para a compreensão da dogmática dos direitos sociais, ao demonstrar que em situações nas quais se exige a atuação positiva do Estado para a concretização de um direito, é sempre possível agir diferente, mais e melhor, pois há sempre algo a ser feito, mesmo quando o Poder Público já faz alguma coisa.²³³ Em referência aos direitos de caráter negativo, por sua vez, as ingerências arbitrárias dos órgãos estatais podem ser solucionadas por um método de afastamento da restrição indevida, ou seja, desconstituindo-se tal conduta limitadora que não poderia ser efetuada por não estar prevista no ordenamento jurídico.²³⁴

De outro modo, em função da diversidade de posições jurídicas que podem ser atribuídas aos deveres de proteção e de promoção da saúde, as omissões do Estado não podem ser examinadas no mesmo sentido de suas restrições indevidas. Assim, não é toda omissão que deve receber o mesmo tratamento dogmático direcionado às restrições arbitrárias ou

²³³ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 294.

²³⁴ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 54.

inconstitucionais. Isso não quer dizer, no entanto, que as omissões estatais não devam ser objeto de controle, inclusive judicial. O que é necessário perceber é que, apesar de possível, a verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, na conjuntura de desrespeito aos deveres de proteção e de promoção, é mais complexa e, conseqüentemente, não pode ser efetuada nos mesmos moldes com que é feita em relação aos deveres de respeito.²³⁵

No seguimento do trabalho, o conteúdo do direito à saúde será brevemente analisado para um melhor entendimento das normas constitucionais que o asseguram.

4.2 Conteúdo do direito fundamental à saúde

Um dos pontos mais problemáticos quanto à interpretação das normas constitucionais que promovem o direito à saúde é relativo à determinação do conteúdo desse direito, já que a Constituição de 1988 não pormenoriza o que estaria incluso na garantia de proteção e promoção da saúde. No entanto, esse fato não pode ser legitimamente utilizado como justificativa para afastar uma possível intervenção judicial, ainda que demonstre a importância de uma efetiva concretização por parte do legislador e por parte da Administração Pública, no que for apropriado. De qualquer modo, o texto constitucional de 1988 adota o conceito mais amplo do direito fundamental à saúde, conforme a definição preconizada pela OMS que, além de um aspecto extremamente curativo, também inclui as dimensões preventiva e promocional na proteção jusfundamental.²³⁶

À luz do artigo 196 da CF/88, o termo “recuperação” diz respeito à compreensão de saúde curativa, isto é, à garantia de acesso aos meios que possibilitem a cura da doença, ou, no mínimo, uma sensível melhora da qualidade de vida do cidadão. Já os termos “redução do risco de doença” e “proteção” referem-se ao entendimento de saúde preventiva, voltada à realização de ações e serviços que objetivam evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde – individual ou coletiva – ocasionando a determinação de deveres próprios de proteção. Por fim, a expressão “promoção” liga-se à busca da qualidade de vida, por intermédio de ações que tenham o propósito de otimizar as condições de vida e de saúde da população.²³⁷

Do mesmo modo, é importante ressaltar que o direito fundamental à saúde abrange um conjunto de variadas posições jurídico-subjetivas em relação ao seu objeto, podendo ser

²³⁵ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 54.

²³⁶ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações...*, cit., p. 786.

²³⁷ Demonstram esta circunstância, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações...*, cit., p. 786 – 787.

reenviado às concepções de direito de defesa e de direito a prestações. Como direito de defesa, o direito à saúde objetiva a proteção da saúde individual e da saúde coletiva contra a atuação arbitrária do Estado ou de particulares. Como direito a prestações, e particularmente na condição de direito a prestações em sentido amplo, o direito à saúde exige deveres tanto de proteção da saúde como deveres de caráter organizatório e procedimental – organização da distribuição dos recursos financeiros, dos serviços e ações de assistência à saúde, etc. Como direito a prestações em sentido estrito, por seu turno, o direito analisado constitui as mais diversas pretensões ao fornecimento de prestações materiais – tratamentos, exames, medicamentos, consultas, entre outros. Nessa conjuntura, evidencia-se a crescente inclinação da doutrina e da jurisprudência brasileira em afirmar a exigibilidade judicial de posições subjetivas associadas à proteção do mínimo existencial, que transcende a simples sobrevivência física, para acolher a garantia de condições materiais mínimas para uma vida digna e saudável.²³⁸

Ao declarar que “a saúde é direito de todos”, a Lei Maior não definiu rigorosamente todas as posições jurídicas que podem ser extraídas do direito. Assim, concluiria-se, inicialmente, que compete ao legislador infraconstitucional a determinação concreta dos conteúdos a que o Estado fica juridicamente vinculado e que possibilitam uma imediata integração ao campo jurídico-subjetivo do indivíduo.²³⁹

Este entendimento, porém, deve ser reputado com ressalva. Não se nega que a atividade do legislador ordinário é primordial para ampliar a densidade normativa do direito à saúde, contribuindo para o detalhamento dos conteúdos que integram a norma, no que diz respeito às várias funções que pode desempenhar. Além disso, o legislador também atua no sentido de conformar o direito, a indicar, inclusive, os limites de sua aplicação. Todavia, é preciso lembrar que a falta de rigorosa determinabilidade não significa que o direito se encontra totalmente à disposição do legislador. Ademais, um direito à livre disposição do legislador ordinário, um direito que não seja formalmente constitucional, ou, no mínimo, um direito não diretamente aplicável logo após a sua inserção no texto constitucional, não seria, pois, um direito fundamental.²⁴⁰

²³⁸ Assim, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações..., cit., p. 787 – 788.

²³⁹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 57 – 58.

²⁴⁰ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 142 – 143; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 58.

Portanto, a importante atuação da legislação ordinária na conformação do direito à saúde não esvazia o conteúdo jusfundamental nem a aplicabilidade imediata de tal direito.²⁴¹ A própria situação da ampla indeterminabilidade constitucional dos direitos sociais não provém de uma atividade leniente do legislador constitucional. Ao contrário, é exatamente a natureza dessa categoria de direitos que exige a necessidade de uma redação normativa mais aberta, a julgar pela existência de diversos fatores que precisam ser analisados para a delimitação do seu conteúdo definitivo.²⁴²

O direito fundamental à saúde está vinculado a inúmeros fatores que frequentemente não são identificáveis de modo prévio, como o surgimento de epidemias que necessitam de resposta imediata por parte do Estado, novas descobertas tecnológicas que originam tratamentos mais eficazes, modificações na estrutura da sociedade, como o envelhecimento dos cidadãos, por exemplo, que demandam um replanejamento das políticas públicas. Assim, a baixa densidade normativa do conteúdo do direito à saúde presente na Constituição não deve ser entendida como baixo nível de vinculação jurídica. Ao contrário, o perfil principiológico da norma é requisito para que a sua concretização e proteção atinjam resultados adequados, conforme as particularidades e características de cada região e com base nas atividades de saúde disponíveis em determinado momento histórico.

Deve-se ressaltar que nem sempre os direitos de liberdade possuem conteúdos constitucionais previamente estabelecidos de forma rigorosa. Isso demonstra que a atividade legislativa ordinária é igualmente indispensável para que ocorra a conformação concreta desses direitos. A desigualdade entre os níveis de realização não reflete da diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade. Essencialmente, a distinção encontra-se no fato de que os tradicionais direitos de liberdade já dispõem de uma antiga tradição de sedimentação e conformação pelo legislador ordinário, o que não ocorre com os direitos sociais que apenas há pouco tempo foram adotados expressamente como normas constitucionais jusfundamentais.²⁴³

Como mencionado anteriormente, somente com a Constituição Federal brasileira de 1988 os direitos sociais foram reconhecidos como direitos fundamentais. No entanto, este entendimento não permite concluir que o dilema da efetividade dos direitos sociais é mera questão de tempo, em que no decorrer da história tais direitos serão naturalmente

²⁴¹ Também compartilha desta opinião, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 348.

²⁴² Nete sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 143; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 58.

²⁴³ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 145.

concretizados pelo Estado. Uma afirmativa nesse sentido vai contra o caráter fortemente histórico dos direitos fundamentais em geral, dos quais os níveis de concretização vão sendo obtidos por meio de avanços e declínios, no âmbito da luta política.²⁴⁴

O que se pretende enfatizar é que os dois grupos de direitos – direitos de liberdade e direitos sociais – necessitam da atividade legislativa e administrativa para a conformação de seus conteúdos constitucionais. Em regra, ambos são inscritos em normas de caráter principiológico, de modo que indicam uma exigibilidade *prima facie*. Os comandos definitivos apenas podem ser percebidos no caso concreto, quer pela existência de uma norma infraconstitucional que já detalhou o conteúdo do direito, quer pela submissão da norma constitucional à atividade interpretativa, de maneira que se alcance uma fonte definitiva de decidir.²⁴⁵

Alguns estudiosos²⁴⁶ afirmam que há uma diferença qualitativa em relação aos conteúdos normativos ligados às diferentes funções dos direitos – de defesa e prestacional. A distinção reside no fato de que a dimensão prestacional dos direitos fundamentais não seria exigível direta e exclusivamente da norma constitucional. Diferentemente, as funções de defesa poderiam ser diretamente reclamadas, até mesmo judicialmente, sem depender da existência de conformação legisladora. Isso acontece porque a falta de determinação do conteúdo da dimensão prestacional dos direitos fundamentais não se originaria apenas de questões semânticas.

A maioria dos direitos de liberdade encontra-se declarada em normas constitucionais preceptivas e executáveis por si mesmas e a sua concretização torna-se possível a partir da aplicação dessas normas. No entanto, alguns são provenientes de normas não exequíveis e necessitam de lei que os efetive. Já grande parte dos direitos sociais é consagrada em normas que têm de ser complementadas por lei e seguidas de modificações sociais, econômicas, administrativas e outras. Deve-se fazer um ajuste entre o socialmente desejável e o economicamente possível.²⁴⁷

Portanto, o principal óbice a uma delimitação mais densa do conteúdo positivo do direito é a necessidade de recursos financeiros apresentada pelas prestações materiais. Dessa

²⁴⁴ Demonstra esta circunstância, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 59 – 60. Segundo Clève, os direitos sociais prestacionais “são insuscetíveis de realização integral pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos”. CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...*, cit., p. 243.

²⁴⁵ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 60.

²⁴⁶ Ver, por todos, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 147.

²⁴⁷ Ver MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social...*, cit., p. 515.

forma, existe uma limitação material que não perme, tão somente a partir do texto constitucional, a demarcação da parcela do bem jurídico que automaticamente constitui o âmbito jurídico-subjetivo do indivíduo.²⁴⁸

Interligada como encontra-se ao aspecto econômico e social – e este apreciável sempre no campo do contraditório político – a efetivação dos direitos sociais aparece inseparável da história econômica e social de cada época. E as normas constitucionais que os determinem precisam ser normas abertas de maneira a receberem várias efetivações segundo as opções periodicamente selecionadas pelos eleitores.²⁴⁹

Quanto aos direitos de defesa, diversamente, é possível uma demarcação jurídica do conteúdo a ser respeitado pelo Poder Público. Demarcar de forma jurídica significa fazer uso especificamente de métodos jurídicos de interpretação para se estabelecer o conteúdo da norma a ser aplicado no caso concreto.²⁵⁰ Isto é, teoricamente, percebe-se a existência de uma esfera de autonomia do cidadão que não deve ser violada pela ingerência arbitrária do Estado. No entanto, quanto às prestações materiais não se consegue presumir a existência anterior de alguma estrutura direcionada para sua concretização. Ou seja, os bens jurídicos sociais em que os cidadãos não conseguem aceder de modo espontâneo, como muitas vezes pode ser observado em relação à saúde, por exemplo, exigem uma atuação positiva dos órgãos estatais, que desenvolvem e oferecem as condições sem as quais inviabiliza qualquer fornecimento daquelas prestações. E são exatamente essas condições que materialmente demandam recursos financeiros.

No entanto, não procede impreterivelmente que apenas os direitos, liberdades e garantias obtenham uma *densidade subjetiva autônoma* e não já os direitos sociais, resultando essa densidade de uma propensa conformação autônoma e disponibilidade por parte de seus titulares. Tampouco, que todos os direitos sociais signifiquem direitos a prestação não vinculadas, nem que sejam pretensões jurídicas e não autênticos direitos subjetivos.²⁵¹

Um paralelo global tão intenso, nestas ou noutras condições, parece excessivo e possibilita o risco de desvalorização dos direitos sociais. A relatividade das definições de direitos subjetivos, a diversidade das posições ativas envolvidas, tanto pelos direitos de

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 147; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 60.

²⁴⁹ Neste sentido, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 515.

²⁵⁰ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional : direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed. 4 ed. rev. e actual., 2008. tomo IV, p. 105; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 148.

²⁵¹ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 515.

liberdade quanto pelos direitos sociais, as probabilidades e pretensões jurídicas, a pluralidade das circunstâncias da vida não recomendam uma apreciação em bloco. Somente em cada caso concreto, analisando direito a direito, é permitido verificar a sua justeza.²⁵²

O texto constitucional que consagra os direitos sociais, ainda que não determine de maneira conclusiva o conteúdo prestacional do direito, ordena aos demais entes estatais e ao legislador infraconstitucional o dever de delimitá-lo²⁵³, como efeito da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais. As posições jurídico-subjetivas somente são agregadas ao campo jurídico-subjetivo do cidadão tendo em vista que são estabelecidas as condições de exercício do direito. Todavia, não há comprometimento algum da dimensão objetiva de eficácia, impondo ao Estado a adoção de medidas que garantam a concretização do direito, inclusive na sua dimensão prestacional. Então, não se pode falar em ausência de eficácia. Apenas se restringem as alternativas de imediata aplicação de prestações fáticas específicas, uma vez que se encontram sujeitas à limitação material inerente a elas.²⁵⁴

A doutrina brasileira apresenta opinião diversa sobre o assunto e afirma que mesmo que os direitos sociais apresentem baixa densidade normativa, por força do modo que foram adotados pelo texto constitucional, encontram-se aptos à produção de efeitos jurídicos, ainda que em nível mínimo. Isso quer dizer que a norma geral da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais alcança de igual modo o aspecto prestacional dos direitos sociais. Todavia, os contornos dessa eficácia estarão na contingência da forma como foram positivados na Lei Maior e do objeto que a norma protege.²⁵⁵

Nessa lógica, seria possível reconhecer direitos subjetivos individuais mesmo na ausência de atividade legislativa concretizadora da norma de direito social. O conteúdo dessas posições jurídico-subjetivas estaria ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando que os direitos sociais em geral, sobretudo o direito à saúde,

²⁵² Ver MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 515.

²⁵³ Segundo CANOTILHO, a concretização dos direitos sociais não se restringe a um simples “apelo” ao legislador ordinário. Há uma verdadeira imposição da Constituição, que legitima, entre outras coisas, a transformação econômica e social na proporção em que estas forem necessárias ao cumprimento dos referidos direitos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 478.

²⁵⁴ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 151; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 61.

²⁵⁵ Ver, entre outros, CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 243 – 244; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 281. Em todo o caso, Sarlet reconhece a importância da perspectiva econômica das prestações fáticas, tendo em vista que se trata de atividade estatal positiva focada exclusivamente na estruturação de condições que proporcionem o acesso a bens sociais, os custos utilizados nessa atividade não podem ser ignorados. O fato de demandarem gastos para a sua concretização não institui elemento que impede a possibilidade de apreciação de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, o qual poderá impor o seu cumprimento diretamente do texto constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., p. 284.

consubstanciam verdadeiros pressupostos para que as pessoas tenham tutelada a sua existência e a sua dignidade, competirá ao Poder Público oferecer, no mínimo, os bens materiais básicos para o alcance de uma vida digna.²⁵⁶ Portanto, mesmo que não houvesse a delimitação legislativa, o direito à saúde poderia ser exigido perante o Judiciário.²⁵⁷

A polêmica ora travada consiste em definir, por conseguinte, se o texto constitucional consagrador de direitos sociais é capaz de assegurar *direitos originários a prestações*.²⁵⁸ Parte da doutrina nomeada “negacionista”²⁵⁹ afirma que somente os direitos subjetivos originários poderiam ser realmente incluídos na categoria de efetivos direitos fundamentais. Como tais posições jurídico-subjetivas seriam indeterminadas *a priori*, uma vez que as prestações materiais que vinculam a atuação do Estado não são retiradas das normas constitucionais, os direitos sociais não seriam dotados de eficácia prestacional imediata. De acordo com esse entendimento, a denominada corrente “negacionista” defende que apenas os *direitos derivados a prestações*²⁶⁰, os quais resultam da atuação do legislador infraconstitucional, seriam exigíveis pelo indivíduo.

Todavia, as normas resultantes do labor legislativo não seriam providas de jusfundamentalidade, pois esta característica apenas poderia ser conferida a partir da esfera constitucional. Isso provocaria a modificação do nível de análise, visto que não mais se encontrando no plano constitucional, mas simplesmente no patamar da legislação ordinária, os conteúdos acolhidos pelos direitos sociais ficariam submetidos à atividade legislativa infraconstitucional e à Administração Pública que, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, poderiam modificar a conformação substantiva do direito.²⁶¹

²⁵⁶ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 62.

²⁵⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais..., cit., p. 247. Clève acrescenta que esta é a razão pela qual o indivíduo pode requerer, por exemplo, o acesso a um tratamento específico, ou o fornecimento de determinado medicamento, principalmente se eles forem devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras.

²⁵⁸ De acordo com CANOTILHO, baseado na incontestável dimensão subjectiva dos direitos sociais “afirma-se a existência de **direitos originários a prestações** quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 477.

²⁵⁹ Seguindo uma perspectiva “negacionista”, ver, por todos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição de 1976...*, cit., p. 192.

²⁶⁰ Conforme CANOTILHO, os *direitos derivados a prestação* são entendidos como “direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 479.

²⁶¹ Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 154; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 63.

A doutrina que se afasta da linha “negacionista” defende a tese de que o resultado da atividade legislativa infraconstitucional voltada para a delimitação do direito fundamental passa a compor a norma desse direito, seja referente a direitos de defesa ou direitos a prestação. Assim, ratifica-se a capacidade vinculante dos direitos sociais, tendo em vista que a legislação ordinária está apta a preencher o conteúdo possivelmente indeterminado da norma trazida pela Lei Maior. Os direitos a prestação provenientes de legislação infraconstitucional relacionados com direitos fundamentais integram seu conteúdo jusfundamental.²⁶²

Tal ideia é amparada no constructo teórico que foi sendo desenvolvido ao longo do século XX, com particular força no pós-segunda guerra: o denominado novo constitucionalismo, geralmente chamado de neoconstitucionalismo no Brasil. Nesse cenário, a relação entre lei e Constituição modifica-se extremamente, pois já não se confia de modo ilimitado no legislador ordinário e o seu agir fica vinculado ao texto constitucional.²⁶³

Inclusive, os direitos sociais podem ser invocados judicialmente tanto em relação à fiscalização da inconstitucionalidade – por ação e por omissão²⁶⁴ –, como por meio dos direitos derivados a prestações, uma vez que não é permitido cindir a lei efetivadora dos direitos sociais das normas constitucionais que os consagram. A junção dos valores constitucionais e legais propicia a conformação dos direitos como uma única realidade jurídica, dentro de cada momento histórico.²⁶⁵

Desse modo, novos conteúdos passam a compor as norma constitucionais, especialmente aquelas que reconhecem os direitos sociais, comumente expressos pelos princípios. A baixa densidade normativa resultante da condição principiológica do direito resulta, conseqüentemente, na necessidade de existir uma interação dinâmica entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso significa que há uma “imbricação substancial” que exige o entendimento do conteúdo do direito fundamental não somente baseado nos textos inseridos na Carta Magna, mas também nos que se encontram inscritos em normas legais.²⁶⁶

Diante da análise realizada até o momento, fica evidente a importância da atividade legislativa ordinária na conformação dos conteúdos do direito fundamental à saúde e que o

²⁶² Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 63.

²⁶³ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 64.

²⁶⁴ CANOTILHO defende que a inércia do Estado em relação ao desenvolvimento das condições de concretização dos direitos sociais pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão, levando em conta que as normas constitucionais que criam tais direitos implicam a inconstitucionalidade das leis que não possibilitam a efetivação do direito fundamental ou a realizam minimizando a efetivação legal anteriormente alcançada. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, cit., p. 478.

²⁶⁵ Demonstra esta circunstância, MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social..., cit., p. 516.

²⁶⁶ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 64.

resultado dessa conformação integra a natureza jusfundamental do direito. Em todo caso, consegue-se retirar do próprio texto constitucional fundamentos que delimitam, mesmo sem rigorosa determinabilidade, a abrangência normativa do direito à saúde. É legítimo, então, afirmar que se pode extrair conteúdos sindicáveis diretamente da Constituição Federal, que correspondem aos direitos a prestações originários, os quais facultam ao cidadão reivindicar, de modo imediato, as prestações constitutivas desse direito, ainda que não houvesse qualquer definição legislativa.

Esse fato é possível porque a Constituição de 1988 não fez uma menção genérica do direito à saúde como direito fundamental. O dispositivo que o consagra expressamente (artigo 6º) é detalhado no próprio plano constitucional, o qual destina os artigos 196 a 200 à abordagem da matéria. Esses preceitos tratam das linhas gerais que guiam a gerência administrativa das ações e serviços de saúde, assim como determinam os critérios para o estabelecimento do conteúdo normativos de tal direito.

O estudo dos artigos 196²⁶⁷ e 198, inciso II²⁶⁸ permite observar que as prestações positivas do Estado precisam incluir: i) condutas preventivas, que evitem a disseminação de doenças e de outros agravos comprometedores da saúde das pessoas; ii) condutas fáticas materiais, tanto o provimento de bens que assegurem a cura de enfermidades, como também a adoção de medidas ampliadoras da qualidade de vida da população; iii) atendimento integral, não significando, contudo, que toda e qualquer prestação material será abrangida pelo direito à saúde.²⁶⁹

Logo, a própria Constituição estabelece os conteúdos do direito fundamental à saúde em linhas gerais. Isso, contudo, não suprime a importância da legislação infraconstitucional, uma vez que os dispositivos legais ordinários são essenciais para determinar, de forma mais rigorosa, a extensão e os limites das prestações tuteladas pelo referido direito. Então, apesar de a norma constitucional fornecer elementos que proporcionam a extração de direitos a prestações originários, deixa margem para vários questionamentos como, por exemplo: quais medicamentos e tratamentos podem ser exigidos pelas pessoas? Pode-se exigir a realização de tratamentos ainda em fase experimental? Somente os serviços básicos médicos estão

²⁶⁷ O artigo 196 da CF/88 estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

²⁶⁸ O artigo 198, II da CF/88 afirma que “as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

²⁶⁹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 66.

assegurados pela Constituição? E os tratamentos ligados a outras áreas de saúde, como psicológicos, odontológicos e fonoaudiólogos estão incluídos? Assim como estas, diversas outras perguntas ficam sem resposta evidente na Lei Maior.

De todo modo, o texto constitucional norteia a atividade legislativa infraconstitucional de conformação do direito, na qual o legislador não pode ficar alheio aos seus comandos. No seguimento do trabalho, será efetuado um estudo mais minucioso sobre o direito à saúde no Brasil e em Portugal. Com isso, pretende-se alcançar uma maior clareza de como esse direito fundamental é aplicado e defendido nos países analisados.

5 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E EM PORTUGAL

5.1 O direito à saúde no Brasil

No Brasil, o fato de a atenção médica estar intimamente ligada à previdência social confere uma singularidade, com fortes raízes históricas, ao atual dilema da busca da equidade no direito à saúde para os cidadãos.

O texto trazido pela Constituição Federal de 1988 representa um indiscutível progresso em relação a uma concepção mais ampla de seguridade social, quando comparada àquela até então prevalente. Enquanto esta última limita-se a modelos de benefícios e prestações de serviços bem específicos, a atual reúne um grupo integrado de ações que visam garantir o direito à saúde e à previdência e assistência social, a romper com o perfil rigorosamente contratualista até então válido, e a ratificar esses direitos como universais.²⁷⁰

Apesar do avanço consagrado pela Lei Fundamental, ainda é necessário superar tradicionais dicotomias no domínio da saúde entre o público e o privado, o universal e o particular, o carente e o não-carente, o preventivo e o curativo, e o discurso e a prática das políticas de saúde.²⁷¹

Diante disso, o passo seguinte da pesquisa consiste em analisar os tipos de políticas de saúde desenvolvidas no curso da história brasileira que acabaram por vigorar no atual texto constitucional, bem como observar os problemas e impasses que surgem durante a construção da cidadania de uma ordem democrática no Brasil.

5.1.1 As concepções de saúde ao longo da história brasileira

Suscetível a permanente avaliação e mudança, a saúde não é estado ou condição sólida, mas sim uma concepção vital. Discutir a evolução de seu conceito e das políticas de saúde no Brasil consiste em subsídio para um melhor entendimento dos aspectos históricos que influenciaram o desenvolvimento de um sistema de saúde no país com diferentes contornos a depender do perfil político e social de cada época.

²⁷⁰ Neste sentido, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 13 – 14.

²⁷¹ COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 14.

Nas notas que se seguem, será desenvolvido um estudo das atividades e políticas de saúde adotadas nas diferentes conjunturas, desde a Primeira República (1889 – 1930), até os dias atuais, passando pela Era Vargas, pelo período de redemocratização e pelo governo militar.

A saúde recebeu várias definições por toda a extensão da história brasileira nos âmbitos social, político e jurídico. Até se consolidar como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, a saúde passou por diversas modificações, mesmo sendo uma dimensão relativamente nova enquanto assunto de Estado e de titularidade de todos os cidadãos. Na análise de seus significados no Brasil, consegue-se identificar três perspectivas que surgiram ao longo da história: a saúde como um *favor*; a saúde como um *serviço* resultante de um direito trabalhista ou como um *serviço privado*; e a saúde como *direito*. Estas perspectivas apresentam uma forte institucionalidade na esfera do Estado e das instituições jurídicas e, ademais, possibilitam pensar na cultura política que permaneceu no país em relação à concretização dos direitos sociais e coletivos.²⁷²

5.1.1.1 A Primeira República ou República Velha (1889 – 1930)

Ao logo da República Velha, o país foi dirigido pelas oligarquias dos estados mais ricos, sobretudo São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. O principal setor da economia era a cafeicultura, a qual dava amplo poder de decisão aos fazendeiros paulistas no âmbito da administração federal.²⁷³

O dinheiro conseguido com a venda do café foi parcialmente investido nas cidades, fato que favoreceu a industrialização e o crescimento acelerado da população urbana. Assim, os grupos sociais que detinham o controle político e econômico desse período buscaram apoio na ciência da higiene para examinar minuciosamente o espaço físico e social das cidades. Na verdade, relacionava-se com a definição de táticas para melhorar as condições sanitárias das principais áreas da economia nacional – as zonas urbanas e os portos. O meio rural ficaria em segundo plano, somente chamando a atenção das autoridades quando os problemas sanitários

²⁷² Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 131; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário: estratégias de reivindicação em Portugal e no Brasil*. Lisboa: Juruá 2013, p. 129; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 2.

²⁷³ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2011, p. 16.

refletiam na produção agrícola voltada à exportação²⁷⁴, como observado na Amazônia, por exemplo, onde foi traçado um plano para erradicar as principais enfermidades que atingiam os seringueiros, uma vez que os lucros provenientes da exportação da borracha interessavam ao governo federal.

Com o fim da escravidão em 1888, estabeleceu-se o processo de substituição da mão de obra escrava pela assalariada, vinda da Europa. No que diz respeito à condição de saúde, as epidemias avançavam matando a precária população, diminuindo a quantidade de pessoas decididas a vir para o Brasil. Com isso, o governo viu-se obrigado a tomar algumas medidas que permitissem o controle da situação.

A forte intervenção higienista no estado de São Paulo a partir do final do século XIX contou com o apoio da oligarquia local que aplicou grandes verbas na saúde pública. Composto por equipamentos e funcionários especializados, o serviço sanitário conseguiu supervisionar as ruas e as residências, estendendo a vigilância a praticamente todos os lugares – hospitais, fábricas, estábulos, bares e cemitérios. A notificação de doenças infectocontagiosas em pessoas que moravam ou estavam de passagem pelo estado tornou-se obrigatória e as autoridades paulistas determinaram que somente os médicos diplomados poderiam cuidar da saúde dos cidadãos, resultando na procura e punição dos curadores que atendiam os doentes mais pobres.²⁷⁵

Pode-se afirmar que na República Velha a saúde era entendida como uma legítima benesse do Estado, especialmente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um *favor* dos entes estatais diante da população. Não é difícil perceber o aspecto de submissão do indivíduo ao poder do Estado quanto a políticas de higienização, as quais estiveram ausentes de qualquer mecanismo democrático.²⁷⁶

Por força de tal natureza de favor, a saúde era uma ajuda que poderia ser suspensa ou limitada em qualquer tempo, sem segurança para a sua manutenção.

Em 1903, Oswaldo Cruz foi nomeado para gerir a Diretoria Geral de Saúde Pública, na época vinculada ao Ministério da Justiça. Oswaldo Cruz procurou organizar e implementar, gradativamente, instituições públicas de higiene e saúde no país, introduzindo novos elementos à gestão sanitária, como o uso de exames laboratoriais para auxiliar no diagnóstico etiológico, a realização de registros demográficos, o que possibilitou um melhor

²⁷⁴ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 16.

²⁷⁵ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 16-17.

²⁷⁶ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 131-132; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 129-130; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 2.

conhecimento da composição e das características da população, e a elaboração de produtos profiláticos para serem empregados em grande escala.²⁷⁷

O Rio de Janeiro foi a metrópole brasileira que concentrou o maior número de ações médicas. Porta de entrada do Brasil e principal saída das exportações, a capital da República sofreu uma imensa reforma urbanística e sanitária, na qual prédios antigos e em precária situação de conservação foram derrubados, sob o argumento de que essas construções eram as principais causadoras da proliferação de ratos e de mosquitos transmissores da febre amarela e da peste bubônica.²⁷⁸

Na sequência das ações realizadas, os trabalhos de higienização da capital foram iniciados como estratégia de ataque às epidemias. Um modelo de campanha²⁷⁹ foi desenvolvido e, em poucos meses, criou-se um corpo de inspetores sanitários com a missão de entrar em todas as moradas para identificar possíveis ninhos de ratos ou ambientes favoráveis à proliferação de mosquitos.

Essas providências, em maior ou menor proporção, também foram tomadas em outras capitais dos estados e nas principais cidades do interior, contribuindo, assim, para a diminuição nacional dos índices de mortalidade e morbidade por enfermidades que atingiram milhares de pessoas por séculos.

Notadamente com o início da utilização de métodos curativos e companhísticos que marcaram a época, a saúde foi atribuída ao Estado, mas, mesmo assim, a sua exigibilidade por parte da população ficou sujeita ao poder discricionário dos entes públicos. Não existia instrumento jurídico que tutelasse a aplicação universal desse direito, cabendo aos órgãos estatais a discricionariedade e a possibilidade de efetuar ações de saúde em proveito de determinados cidadãos, inclusive de maneira autoritária.²⁸⁰ Por vezes, a arrogância ou o desprezo das autoridades causaram respostas violentas, como a Revolta da Vacina, sucedida no Rio de Janeiro em 1904.

²⁷⁷ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80*. Physis – Revista de Saúde Coletiva, v. 1, n. 1, 1991, p. 78; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 118.

²⁷⁸ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 24-25.

²⁷⁹ Segundo PIVETTA, a expressão "campanha" tem origem na tradição militar e significa o trabalho organizado, disciplinado e autoritário que era efetuado. A campanha realizada no Rio de Janeiro para o combate à febre amarela praticava dois tipos de ações: a localização dos doentes e a extinção dos focos de mosquito. Para acabar com os vetores da doença, foram organizadas "brigadas de mata-mosquitos", com roupas e equipamentos próprios, dotadas de competência para, inclusive, invadir as casas, o que muitas vezes era feito contra a vontade da população. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 118.

²⁸⁰ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 132; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 130; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 2.

A campanha empreendida para tratar a varíola foi mais radical. Como Oswaldo Cruz sabia que apenas a vacinação maciça poderia controlar a doença, forçou o Congresso Nacional a aprovar uma lei que tornou a vacina obrigatória. Os cidadãos que recusassem à vacinação eram multados e o atestado de recebimento da vacina passou a ser exigido para a matrícula nas escolas, para a posse em empregos públicos e, até mesmo, para a celebração de casamento. A resposta da população diante de tal medida foi amplamente negativa, não só porque jamais havia acontecido processo semelhante, mas também por não se conhecer a composição e a qualidade do material utilizado na imunização. A agitação nas ruas ficou intensa, uma vez que ninguém mais queria se submeter ao “depotismo sanitário” e, dentro de poucos dias, a Liga Contra a Vacina Obrigatória foi criada, passando a promover reuniões diárias no sentido de afirmar que a lei que obrigava a vacinação era inconstitucional.

Ocorreram vários confrontos entre populares e policiais, dando início à revolta. O povo tomou as regiões centrais da cidade e, nos dias seguintes, o conflito se espalhou por todo o Rio de Janeiro. Oswaldo Cruz era o principal alvo da ira dos cidadãos, chegando a ser agredido e ameaçado de morte. Por fim, a revolta foi controlada pelas forças do Governo, que precisou mobilizar a Marinha para refrear a população revoltosa.

Impressionado e desgastado com todos esses acontecimentos, o governo revogou a obrigatoriedade da vacina, tornando-a opcional para todos os indivíduos. Conhecida como “o mais indomável movimento popular observado no Rio de Janeiro”, a Revolta da Vacina reclamou que o Estado e as atividades médicas procurassem outras maneiras de relacionamento com a população, tentando nos anos posteriores novos métodos de organização das ações em prol da saúde coletiva.²⁸¹

Na esfera da assistência individual, as classes dominantes permaneciam acompanhadas pelos profissionais formais da medicina – médicos de família –, enquanto o restante da população recorria ao atendimento em hospitais filantrópicos e valia-se da medicina caseira.

O advento da Previdência Social no Brasil acontece num processo de mudança de postura liberal do Estado frente aos problemas trabalhistas e sociais, como reflexo do movimento operário-sindical que ganhava importância crescente e se posicionava contrário a tal postura. Também é nesse período que nasce a legislação trabalhista no país.

A matriz da assistência à saúde nas organizações brasileiras situa-se nas empresas de estrada de ferro nos anos 20, um dos setores mais relevantes da economia brasileira. O

²⁸¹ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 29.

Decreto-Lei nº 4682/23²⁸² - Lei Eloy Chaves – cria a primeira Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP) dos ferroviários, sendo este padrão de seguro social rapidamente multiplicado nos anos seguintes.

As CAPs são instituídas como um contrato compulsório e apresentam larga autonomia em relação ao Estado. São organizadas por empresas, geridas diretamente por empregados e empregadores, e possuem finalidade exclusivamente assistencial – benefícios em pecúnia e prestação de serviços. Seus recursos são de origem tripartite, compostos pela contribuição de empregados, empregadores e da União. Portanto, o Estado responde por parte do financiamento das CAPs e por sua normatização, mas não participa diretamente de seu gerenciamento.²⁸³

Cria-se, desse modo, uma divisão de responsabilidades referente ao setor, em que o Estado se encarrega das medidas coletivas de saúde, principalmente do controle de doenças que representam grave ameaça ao florescimento das atividades econômicas agroexportadoras, enquanto a assistência médica individual fica sob responsabilidade do seguro social. No entanto, como era organizado por empresas, empregadores ou categorias de profissionais, o sistema de caixas deixava de fora boa parte da população.

É a partir desse momento, também, que surge uma característica primordial da saúde no Brasil: o entendimento da assistência médica, muito mais restrita que saúde, como conveniente para a esfera privada e não à pública. Não se estabelece, assim, saúde como um direito de todos, muito menos como dever do Estado, mas sim o atendimento médico como um serviço alcançado por meio do ingresso no mercado de trabalho formal e mediante contribuição de um percentual do salário, sempre atendendo a um contrato compulsório.²⁸⁴

A exposição dessas passagens demonstra como a saúde brasileira era tratada no início do século XX, no qual o modelo campanhista exercido pelo Estado favorecia a eliminação de epidemias, como forma de evitar que as doenças se espalhassem incontrolavelmente entre os cidadãos, e as Caixas de Aposentadoria e Pensão forneciam assistência médica apenas a uma parcela da população, inserida no mercado de trabalho formal. Não existia, entretanto, uma percepção de saúde associada a qualquer ideia de qualidade de vida ou de proteção da dignidade da pessoa humana. As atuações do Estado não possuíam um caráter *promocional* da saúde e limitavam-se a um âmbito de *proteção* geral. Além disso, a própria Constituição de 1891 não fazia qualquer menção ao direito à saúde.

²⁸² O art. 1º do Decreto-lei nº 4682/23 determina que em cada empresa de estrada de ferro do Brasil, deve ser criada uma caixa de aposentadoria e pensão para os seus respectivos empregados.

²⁸³ Neste sentido, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 14-15.

²⁸⁴ Assim, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 15.

5.1.1.2 A saúde pública na Era Vargas (1930 – 1945)

A crise de 1929 atingiu as exportações e provocou uma grande queda nos preços do café. O governo perdeu legitimidade, pois se tornou incapaz de prosseguir com a política de proteção aos preços do café, uma vez que a crise também afetou os cofres públicos. Desse modo, em 1930 houve a revolução comandada por segmentos da classe dominante que não tinham ligação com a exportação de café. Ademais, o movimento recebeu grande apoio de setores médios urbanos, como profissionais liberais, intelectuais e militares.

Investido na Presidência da República por força da Revolução de 1930, Getúlio Vargas imediatamente tratou de libertar o Estado do controle político das oligarquias regionais. Para alcançar esse objetivo, realizou uma grande reforma política e administrativa, retirando os principais líderes da República Velha da gestão pública e suspendendo a vigência da Constituição de 1891, quando passou a governar por meio de Decreto até 1934, quando o Congresso Constituinte aprovou a nova Constituição.²⁸⁵

Os obstáculos encontrados para administrar democraticamente o país fizeram o presidente Vargas determinar uma acirrada perseguição policial a seus oponentes e aos grandes líderes sindicais da nação, sobretudo a partir de 1937, quando foi estabelecida a ditadura do Estado Novo. Durante todo o seu mandato, que se estendeu até 1945, Getúlio procurou centralizar as decisões governamentais e impedir as reivindicações sociais. Para tanto, fez uso de medidas populistas²⁸⁶, em que o Estado aparecia como pai, como protetor dos cidadãos, oferecendo o que considerava imprescindível para a sociedade. Essa estratégia foi a arma usada por Getúlio para explicar à população o seu perfil autoritário, amenizado pela “generosidade” do presidente.²⁸⁷

Inserido no conjunto de reformas efetuadas na década de 30, o setor sanitário passou a compartilhar com a setor educacional um ministério próprio, o Ministério da Educação e da Saúde Pública, que desenvolveu um amplo processo de centralização dos serviços sanitários do país. O objetivo da medida era atribuir um caráter nacional a essa política e garantir à esfera federal o controle dos serviços, numa tática resultante do centralismo político-administrativo determinado por Getúlio Vargas.

A nova organização na esfera da saúde anunciava o compromisso do Poder Público de zelar pelo bem-estar sanitário dos cidadãos. Os médicos foram afastados das decisões

²⁸⁵ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 30.

²⁸⁶ O Populismo representa a ideologia que confere ao Estado o ofício de árbitro dos conflitos sociais, conservando as relações de dominação de classe, salvo algumas concessões feitas aos grupos populares.

²⁸⁷ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 30.

sanitárias que passaram a ser tomadas por políticos e burocratas, os quais, geralmente, pouco sabiam sobre problemas de saúde e conceitos epidemiológicos.²⁸⁸

No contexto de ascendência e hegemonia do Estado populista, são criados os institutos de seguridade social – Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) –, organizados por categorias profissionais: empregados do comércio, marítimos, bancários, ferroviários, estivadores e outros. Os IAPs favorecem as classes assalariadas urbanas mais aguerridas em seus sindicatos e essenciais para a economia agroexportadora até então dominante.²⁸⁹ Agora transformados em autarquias, tais institutos passam a ser geridos pelo Estado e mantêm o financiamento tripartite. O conselho de administração, composto por representantes de empregados e empregadores, possuía o dever de assessoria e fiscalização e era dirigido por um presidente, designado diretamente pelo Presidente da República.

Nesse cenário, a Constituição de 1934 beneficiou a assistência médica e sanitária aos trabalhadores, inclusive às operárias gestantes que conquistaram o direito ao descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do vínculo empregatício, e instituiu a previdência a favor da velhice, da maternidade, da invalidez e nas hipóteses de acidente de trabalho ou de morte. A saúde passa, assim, a condição de direito subjetivo de determinadas classes assalariadas, promovido pelos Institutos de Aposentadoria e Pensão²⁹⁰, fato que torna o sistema excludente, uma vez que não disponibiliza assistência a muitas categorias formais menos organizadas, ao grupo de trabalhadores rurais, nem ao setor da economia informal dos grandes centros.²⁹¹

A concessão de aposentadoria e pensão passou a ter critérios mais severos, ocasionando uma diminuição dos benefícios concedidos. A nova propensão de redução de gastos refletiu, também, na queda dos valores destinados aos serviços hospitalares, ambulatoriais e farmacêuticos, mais limitados pela nova regulamentação dos seguros sociais. O poder de barganha dos trabalhadores de cada categoria é que estabelecia uma maior ou menor amplitude da assistência à saúde e das pensões e aposentadorias.²⁹²

Com o intuito de economizar recursos, a alternativa era estimular a compra de serviços de assistência hospitalar e ambulatorial a terceiros, por intermédio de convênios com hospitais

²⁸⁸ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 31 - 32.

²⁸⁹ Ver LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 79.

²⁹⁰ Demonstra esta circunstância, MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo horizonte: Fórum, 2008, p. 42.

²⁹¹ Neste sentido, Ver AUTOGESTÃO em saúde no Brasil: 1980-2005 : história da organização e consolidação do setor. São Paulo: Unidas, 2005, p. 11.

²⁹² Ver AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 10.

e clínicas privadas ou, até mesmo, com profissionais particulares.²⁹³ Esse esforço ativo no sentido de minimizar as despesas afirma um modelo de previdência mais voltado para a acumulação de reservas do que preocupado com a ampla prestação de serviços.

Progressivamente, os institutos foram se desobrigando da assistência a saúde. O fornecimento de serviços médicos e hospitalares deixou de ser um dever dos IAPs e passou a ser responsabilidade dos órgãos estatais.²⁹⁴

Portanto, várias circunstâncias contribuíram para a mudança da concepção de saúde como um favor do Estado. A maior defesa dos direitos dos trabalhadores, o enquadramento dos sindicatos pelo Poder Público e criação de órgãos para arbitrar conflitos entre patrões e empregados, a reforma política ocorrida nesse período, a criação dos IAPs e o surgimento de planos privados propiciaram uma mudança nas relações de poder existentes no âmbito da saúde, bem como no vínculo entre o Estado e os cidadãos. O perfil do pluralismo, da política e da governabilidade ganharam novos contornos.²⁹⁵

Houve, nessa época, um crescente movimento de mercantilização da saúde, em que o seu acesso esteve relacionado diretamente à capacidade do cidadão suportar os altos custos de tratamentos particulares, ou à sua condição de trabalhador. A saúde era, de um lado, um *serviço privado* e, de outro, um *serviço público derivado de benefício trabalhista*. Ainda não existia uma verdadeira atuação do Estado na esfera das políticas públicas, pelo menos não de modo amplo e universal. Apenas parte dos trabalhadores regulares adquiriam o direito à serviços médico-curativos. As pessoas não enquadradas nessa condição ficavam à margem de tais serviços e precisavam custear tratamentos médicos ou se submeter aos cuidados das Santas Casas, que acolhiam desempregados e cidadãos com dificuldade de acesso aos cuidados de saúde. Os programas desenvolvidos pelos governos estiveram vigorosamente relacionados a uma economia política excludente no âmbito da saúde, que contribuiu para a desigualdade de acesso aos serviços públicos.²⁹⁶

²⁹³ Neste sentido, AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 11.

²⁹⁴ Assim, AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 11.

²⁹⁵ Ver ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 132; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 130; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 3.

²⁹⁶ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 132 - 133; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 130 - 131; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 3.

5.1.1.3 *Período da Redemocratização e a saúde (1945 – 1964)*

A vitória dos Estados Unidos e dos Aliados na Segunda Guerra Mundial teve grande repercussão no Brasil. Fortes movimentos populares contra a ditadura resultaram, em 1945, na deposição de Getúlio Vargas e, no ano subsequente, na promulgação de uma Constituição democrática de inspiração liberal. A partir desse momento e até o ano de 1964, o país viveu um período de redemocratização, assinado pelo pluripartidarismo, pelas eleições diretas para os principais cargos públicos e pela liberdade de atuação da imprensa, dos sindicatos e das agremiações políticas.²⁹⁷

Ainda que sob regime democrático, a política populista instalada por Vargas foi mantida. Os chefes de governo insistiam em buscar o apoio dos cidadãos com discursos e medidas demagógicas, preocupados mais em fortalecer a sua figura como “pais do povo” do que realmente solucionar os problemas da população. As manifestações sociais, por seu turno, reclamavam pela concretização das promessas feitas pelos governantes, no sentido de melhorar as condições de vida, de saúde e de trabalho.²⁹⁸

Assim, o cenário de contenções de recursos do sistema previdenciário e sobretudo da assistência médica e hospitalar, que caracterizou os quinze anos do governo de Getúlio Vargas, sofreu uma mudança expressiva. Essa expansão aconteceu até metade dos anos 60, quando o sistema passou por uma imensa crise financeira.²⁹⁹

A Constituição de 1946 novamente vincula a previdência social a assistência à saúde nas empresas e ratifica as novas medidas que já vinham acontecendo no sentido de favorecer as condições dos trabalhadores. As alterações legais necessárias foram efetuadas e houve uma maior abrangência dos benefícios oferecidos pelos IAPs e CAPs. Entre as melhorias se sobressaem a garantia de atenção à saúde aos aposentados e pensionistas, anteriormente prestada apenas aos segurados em atividade e seus familiares, o aumento do valor do teto aplicado no setor saúde e a construção de ambulatórios e hospitais.³⁰⁰

Com relação aos serviços médicos prestados, a assistência foi estendida. A nova regulamentação assegurava atendimento clínico, cirúrgico, odontológico e farmacêutico aos beneficiários, tanto em ambiente hospitalar ou ambulatorial como em domicílio, na dimensão que as disponibilidades financeiras e circunstâncias locais permitissem.³⁰¹

²⁹⁷ Demonstra esta circunstância, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 39.

²⁹⁸ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 39.

²⁹⁹ Neste sentido, AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 11.

³⁰⁰ AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 12.

³⁰¹ Ver AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 12.

Na esfera da saúde pública, alguns órgãos são criados. Em 1953, criou-se o Ministério da Saúde, pois as ações nessa área expandiram de tal forma que surgiu a necessidade de uma estrutura administrativa própria. Também foi inaugurado, em 1956, o Departamento Nacional de Endemias Rurais, na tentativa de combater as doenças que acometiam especialmente as pessoas do interior do país – doença de Chagas, esquistossomose, malária. Para isso, adotou-se um método administrativo prático e dinâmico experimentado anteriormente pelo Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), fundado em 1942, como resultado de um acordo com os Estados Unidos. O principal objetivo do SESP era prestar atendimento médico aos trabalhadores empenhados na produção de borracha na Amazônia e que estavam expostos à malária.

O Ministério da Saúde contou com verbas irrisórias durante os anos 50, demonstrando, mais uma vez, o descaso do governo com a saúde da população. A escassez de recursos não permitia que o Estado agisse de modo eficiente na precária situação de saúde coletiva, uma vez que faltavam postos de atendimento, funcionários qualificados, equipamentos adequados e, principalmente, faltava ânimo aos servidores. Como reflexo desse cenário, o Ministério da Saúde não alcançou resultados positivos na redução dos índices de mortalidade e morbidade das enfermidades que prejudicavam a vida e o trabalho de inúmeros brasileiros.³⁰²

Os sanitaristas discutiam sobre política de saúde ao analisar os acontecimentos econômicos da época. Alguns defendiam que a qualidade da saúde nacional melhoraria se aplicassem métodos e técnicas apropriadas de outros países. O SESP era um exemplo disso, pois, inicialmente, a estrutura dos serviços realizados era cara e moderna, similar à existente nos Estados Unidos. Em contrapartida, outros sanitaristas procuravam desenvolver práticas compatíveis com a realidade brasileira. No entanto, a concepção do primeiro grupo motivou as práticas governamentais por vários anos.

Além dos obstáculos técnicos e operacionais do Ministério da Saúde, outra situação que dificultou a política oficial de saúde foi o clientelismo, em que os líderes políticos e partidos trocavam leitos hospitalares, ambulâncias, vacinas e profissionais de saúde, frequentemente em números bem maiores do que os necessários na região, por votos e apoio nas campanhas eleitorais. Com isso, outros locais ficavam totalmente desprovidos de atividades médico-sanitárias, além de importantes projetos serem interrompidos.³⁰³

O conjunto de todos esses fatores manteve o Brasil entre os países mais doentes do mundo. Mesmo havendo uma redução das doenças parasitárias e infectocontagiosas, em quase

³⁰² Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 40.

³⁰³ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 40.

todo o território brasileiro o índice de mortalidade estava muito acima dos observados nos países desenvolvidos, sendo a situação no interior do país ainda mais crítica.

No final da década de 40 havia cerca de dois milhões de pessoas ligadas aos seguros sociais. Na segunda metade dos anos 60, esse número chegou a quase oito milhões de trabalhadores, fora seus dependentes. Com o progresso de leis federais a garantir assistência médica aos trabalhadores, os institutos previdenciários foram obrigados a aumentar o percentual de recursos destinado ao custeio de tratamentos médicos – inicialmente, esse percentual correspondia a apenas 5% do arrecadamento anual, porém aumentou até se aproximar da metade do valor arrecadado anualmente.³⁰⁴

Diante dessas circunstâncias, o setor de medicina privada pressionou o governo a diminuir, ou mesmo cessar, os projetos de construção de hospitais públicos. Os donos de casas de saúde afirmavam que o Estado não deveria competir com a medicina privada e, ao invés disso, precisava realizar doações e empréstimos a juros baixos para que os empresários desenvolvessem uma forte rede de clínicas e hospitais. Essa rede, por sua vez, venderia serviços à sociedade, aos IAPs e ao próprio Poder Público.³⁰⁵

Novamente a esfera política interferiu nos debates e criou leis favoráveis aos grupos privados prestadores de serviços médico-hospitalares. Muitas verbas oficiais reservadas a esse setor iam para os próprios deputados que também eram sócios de clínicas e hospitais. Os políticos, bem mais que o povo, eram os maiores beneficiados com o dinheiro público.³⁰⁶

Os constantes problemas de gestão dos institutos e a crescente insatisfação dos trabalhadores forçou o Estado a reorganizar a estrutura administrativa e operacional dos órgãos previdenciários. Assim, com o intuito de aprimorar o sistema, em 1960, o governo federal sancionou a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que unificou e uniformizou as legislações infraconstitucionais voltadas aos Institutos de Aposentadoria e Pensão, sendo uma das medidas adotadas a igualdade de contribuição para todas as categorias de trabalhadores. O movimento sindical, entretanto, não via com bons olhos essa unificação, pois temia que resultasse em um nivelamento por baixo da qualidade dos serviços prestados.

Se as condições de vida da maioria da população não agravou, a percepção da dureza dessas condições se tornou cada vez mais evidente nesse período. No entanto, por falta de verdadeiras soluções por parte das instituições, essa percepção causou um impasse nas

³⁰⁴ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 43.

³⁰⁵ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 43-44.

³⁰⁶ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 44.

políticas de saúde, que foi compreendido como um impasse estrutural que alcançou a própria ordem institucional e política.³⁰⁷

Uma solução histórica para essa situação foi levantada pelo grande movimento social no início da década de 60, dirigido pelas elites progressistas que reclamavam por “reformas de base” imediatas, incluindo uma reforma sanitária sólida e coerente. A resposta política das forças sociais conservadoras, todavia, contribuiu para a ocorrência de um novo período ditatorial na história brasileira – o golpe militar de 1964.³⁰⁸

5.1.1.4 A saúde no Regime Militar (1964 – 1984)

O período a seguir, que corresponde aos vinte anos de ditadura militar, foi marcado por algumas circunstâncias particulares, sobretudo no que diz respeito às políticas de saúde.

No dia 31 de março de 1964, um golpe de Estado comandado pelos chefes das Forças Armadas neutralizou a agonizante democracia populista. Sob o argumento de controlar o avanço do comunismo e da corrupção e salvaguardar a segurança nacional, os militares sujeitaram o Brasil a um governo ditatorial e repreenderam todas as pessoas e instituições que se opuseram ao movimento autoproclamando Revolução de 64. Definidos como agentes do comunismo internacional, vários líderes políticos, sindicais, religiosos e estudantis foram perseguidos enquanto batalhavam pelo desenvolvimento e melhoria das condições de saúde da população.³⁰⁹

É interessante destacar o contexto do “milagre brasileiro” – ou “milagre econômico” – que marcou o país entre 1968 e 1974, em que a burocracia governamental foi dominada pelos tecnocratas³¹⁰, civis e militares. No âmbito político, esse cenário foi, sem dúvida, o mais duro vivido pelos brasileiros em tempos de República. Atos institucionais e decretos alteraram a Constituição quanto aos direitos de cidadania, informação e comunicação social, bem como reforçaram uma grande centralização do poder, privilegiando a autonomia do Executivo em prejuízo da atuação do Legislativo e Judiciário. Observou-se, também, uma vontade política

³⁰⁷ Neste sentido, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 80.

³⁰⁸ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 80-81; BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 48.

³⁰⁹ Demonstra esta circunstância, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 49.

³¹⁰ Tecnocrata corresponde ao administrador ou político que aplica políticas públicas somente baseadas em critérios técnicos e econômicos, sem considerar aspectos sociais e políticos.

arbitrária totalmente avessa a medidas e sistemas que favorecessem a participação da sociedade civil.³¹¹

O aumento do Produto Interno Bruto (PIB) resultou da modernização da estrutura produtiva brasileira, mas também da política que intimidou as conquistas salariais alcançadas nos anos 50. Assim, houve uma falsa ilusão de desenvolvimento nacional, uma vez que a capacidade de compra do salário mínimo reduziu consideravelmente, agravando ainda mais a difícil vida dos trabalhadores e de seus familiares.³¹²

Durante o período do “milagre” se afirmou no Brasil uma política de saúde diversa dos dois padrões anteriores, na qual se realizou uma síntese a reunir as características institucionais do sanitarismo campanhista da Primeira República e as do modelo curativo de atenção médica previdenciária do período populista, criando, assim, uma estratégia de medicalização social sem precedentes na história do Brasil.³¹³

Essa política de saúde era condizente com a política econômica de então, que pregava um rápido crescimento e uma elevada taxa de produtividade, combinada com baixos salários para a maioria da classe trabalhadora. Esse fato prejudicou as categorias operárias, mas beneficiou os profissionais especializados, os técnicos e as pessoas ligadas aos setores de ponta da economia, que passaram a receber altos salários e incentivos, o que proporcionou o aumento do consumo desses grupos de privilegiados e a difusão da ideologia de consumo no âmbito da sociedade. A saúde passou a ser observada como um bem de consumo, um bem de consumo médico.³¹⁴

A primeira consequência do golpe militar sobre o Ministério da Saúde foi a redução das verbas dirigidas à saúde pública. Mesmo com o discurso oficial de que a saúde representava um fator de investimento econômico, de produtividade e de desenvolvimento, o Ministério da Saúde mudou extremamente o seu estilo de atuação, priorizando a saúde como elemento individual e não como evento coletivo. Assim, uma parcela do escasso dinheiro reservado ao setor foi utilizada no custeio de serviços particulares prestados aos doentes pobres. Quase nenhum valor sobrou para ser aplicado no sistema de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos, atividades fundamentais para o controle de diversas mazelas.³¹⁵

³¹¹ Neste sentido, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 81; BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 49.

³¹² Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 50.

³¹³ Neste sentido, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 81 – 82.

³¹⁴ Ver LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 82.

³¹⁵ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 52.

As consequências do descaso com as ações coletivas e preventivas foram trágicas, havendo a multiplicação de enfermidades como a malária, a meningite e a dengue. E quando essas doenças se transformavam em epidemias, os representantes da ditadura recorriam à censura, evitando que os meios de comunicação transmitissem ao povo a real situação.³¹⁶

Baseada no discurso de eficácia, racionalidade e saneamento financeiro, ocorre a unificação dos IAPs, por meio da criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966. Administrado por técnicos e políticos ligados ao regime militar, o INPS ficou subordinado ao Ministério do Trabalho, assumindo o patrimônio e os compromissos das estruturas anteriores. O governo suprimiu a gestão participativa e retirou o direito dos trabalhadores de atuarem na definição de políticas para a área. A criação do novo instituto integra a natureza modernizadora da máquina estatal, acentua o poder regulador do Estado em relação a população e retrata uma tentativa de desmobilização das organizações políticas estimuladas em períodos anteriores.

O INPS era responsável pelo atendimento médico, ambulatorial e hospitalar de todos os trabalhadores formais. A contribuição de 8% sobre o salário mensal foi mantida, tanto aos empregados como aos empregadores, para todas as categorias profissionais beneficiadas. A assistência incluiu grupos da sociedade antes não assegurados, como trabalhadores rurais e empregadas domésticas, assim como trabalhadores autônomos. Porém, como os antigos institutos não tinham estrutura suficiente para cuidar da nova população assistida pelo INPS, houve a necessidade de ampliação da rede própria e de contratação de serviços e de estabelecimentos particulares.³¹⁷

Os baixos preços pagos pelos serviços médico-hospitalares e o atraso na transferência das verbas do INPS para as empresas conveniadas gerou uma fragilidade no sistema de atendimento ao povo e contribuiu para a prática de desvios e fraudes³¹⁸. Ademais, o setor

³¹⁶ Demonstra esta circunstância, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 52. Como exemplo da utilização da censura para evitar que os meios de comunicação alertassem o povo sobre epidemias, BERTOLLI FILHO aponta a epidemia de meningite, iniciada em 1971, que atingiu principalmente os moradores da periferia. Nos dois primeiros anos, os médicos ligados ao governo simplesmente negaram a disseminação da doença ao dizer que os boatos sobre as mortes em série eram fruto da ação de agitadores. E apenas no inverno de 1974, altura em que houve um aumento considerável de casos e de mortes por meningite, os representantes do setor de saúde reconheceram a epidemia. Ainda assim, negaram qualquer ligação do problema com as condições de vida do povo, agravada com o término do "milagre econômico". (BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 52 – 53.)

³¹⁷ Neste sentido, AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 13.

³¹⁸ Dentre os mecanismos mais comuns de fraude utilizados nessa época destacam-se a falsificação de guias de internamento, a realização de cirurgias desnecessárias e a prática de cesarianas em vez de parto natural, entre outros. Além dos prejuízos materiais, relevantes em si mesmos, a mais grave consequência tem sido a crescente degradação das atividades médico-hospitalares oferecidas à população trabalhadora. BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 55.

privado não dispunha de estabelecimentos suficientes para a nova demanda governamental, sendo parte significativa da extensão desse setor financiada por fundo público.³¹⁹

O valor despendido com atendimento médico aumentou de modo considerável, correspondendo a mais de 30% dos gastos gerais do INPS em 1976. A atenção é voltada para a assistência individual e especializada, em prejuízo das atividades de saúde pública, de natureza preventiva e de interesse coletivo.

Entre 1968 e 1975, difundiu-se a cultura da procura social por consultas médicas como solução diante das graves condições de saúde da população. A medicina foi exaltada como sinônimo de cura e de restauração da saúde individual e coletiva, refletindo na criação de várias clínicas e hospitais particulares, com recursos da Previdência Social. Houve, também, o desenvolvimento da política de convênios entre o INPS e as clínicas e hospitais, em detrimento dos escassos recursos destinados aos serviços públicos.³²⁰

Essa abordagem dada à saúde teve, obviamente, um conjunto de efeitos institucionais e sociais, entre os quais se inclui: a gradativa prevalência de um modelo de atenção médica de massa em prejuízo da medicina social e preventiva; o surgimento e o súbito crescimento da área empresarial de serviços médicos, composta por empresas preocupadas bem mais com o ganho de lucro do que com a saúde e bem-estar de seus pacientes; a construção de uma medicina desligada do verdadeiro quadro sanitário da sociedade, voltada para a especialização e desenvolvimento tecnológico; além da consolidação de uma convivência autoritária, ambiciosa e mecânica entre médico e paciente e entre serviços de saúde e população.³²¹

Como era previsível, todos esses efeitos e consequências levaram a uma grande insatisfação popular quanto à política de saúde do regime militar e a figura da medicina como solução milagrosa para as más condições de vida começou a ser socialmente entendida como ilusão, a ser denunciada e desacreditada.

Ocorre, também, uma progressiva eliminação da gestão tripartite das instituições previdenciárias, até o seu término em 1970. Nesta década, surgiu a denominada *medicina de grupo*, na qual as grandes e médias empresas iniciaram contratos com grupos médicos, com o intuito de proporcionar um melhor atendimento aos trabalhadores, substituindo as ações realizadas pelo INPS. Para tanto, as empresas não mais pagariam a contribuição

³¹⁹ Ver AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 13; BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 55.

³²⁰ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 82.

³²¹ Demonstra esta circunstância, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 82. Também neste sentido, ver COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 18, a qual afirma que a face da lógica da capitalização e da lucratividade que domina as políticas de saúde desse período, aparece num padrão de assistência média de forte densidade tecnológica, sobretudo nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos.

previdenciária ao Estado e, em troca, ficariam responsáveis pela assistência médica aos seus funcionários, recebendo ainda ajuda da própria esfera federal.³²²

A essa altura, o INPS ameaçava render-se à incapacidade administrativa e complicações da Previdência Social, além das inúmeras fraudes do setor privado. Procurando vencer esses problemas, criou-se, em 1974, o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Ao englobar o INPS, o novo ministério ficou livre das imposições do Ministério do Trabalho, reafirmando o compromisso com a proteção da saúde dos trabalhadores.³²³

Por esse período, movimentos sociais de internos e residentes médicos buscaram alianças com outros movimentos sociais, na tentativa de estabelecer técnicas universais de questionamento e mudança das políticas sociais do regime. O grupo médico, por seu turno, insatisfeito com o que conceituava como um processo de massificação da consulta nas instituições públicas, passou a denunciar a má qualidade dos serviços médicos dedicados à população. As atividades de contestação em saúde aumentaram em número e força, de maneira que, no final da década de 70 e início da década de 80, partidos e sindicatos deram início a uma fase de agitação, centrada na problemática da saúde e da política pública realizada nesta área.³²⁴ Era o começo do Movimento Sanitário Brasileiro, em que, a partir de uma visão crítica e ampla, estudantes e profissionais da medicina organizavam debates com a população, impulsionando-a à volta das dificuldades sanitárias que enfrentavam.³²⁵

Dessa forma, os estudantes de medicina, principalmente os residentes, fizeram muitas greves de relevância nacional, a afirmar que a "política de saúde da ditadura" tentava repor com uma mão – a da política de atenção médica – aquilo que sugava dos trabalhadores com outra – a da política econômica. Além disso, cientistas e tecnocratas progressistas debatiam em seminários e congressos nacionais e internacionais a deterioração das condições de vida da população brasileira, utilizando o testemunho de cifras e taxas dramáticas sobre o acúmulo das doenças e epidemias como prova de tal situação.³²⁶

Em 1975, foi promulgada a lei que instituiu o Sistema Nacional de Saúde, projeto que tinha o objetivo de baratear e, simultaneamente, tornar os serviços de saúde mais eficazes.

³²² Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 55; AUTOGESTÃO em saúde no Brasil..., cit., p. 15 – 16; COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 17 – 18.

³²³ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 56.

³²⁴ Neste sentido, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 83.

³²⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 121. O referido autor acrescenta que muitos dos integrantes desses movimentos eram vinculados ao Partido Comunista Brasileiro, o que terminou por influenciar o conteúdo teórico tratado pelos pesquisadores. Em síntese, o Movimento acontecia em dois aspectos complementares: i) pela constituição de novas teorias no âmbito do conhecimento médico; e ii) pela busca de técnicas e procedimentos médicos democratizantes, em uma permanente aproximação da Academia com a sociedade. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 122.

³²⁶ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 83.

Novamente tentava-se superar os problemas no setor, que pareciam invencíveis. Porém, apesar de conter ideias inovadoras, o novo sistema reafirmava a dualidade existente na saúde, em que o Ministério da Saúde ganha um atributo normativo e se encarrega das atividades de interesse coletivo e o Ministério da Previdência se volta para o atendimento individual.

Mesmo com todas essas deficiências, a ampliação da assistência média individual e da quantidade de leitos hospitalares interferiu na diminuição dos índices de mortalidade geral, já que em 1960 esse índice era de 43,3 óbitos por mil habitantes e vinte anos depois, passou a 7,2. A expectativa média de vida também aumentou para 63 anos. Todavia, o Brasil ainda permanecia entre os países mais enfermos da América Latina, perdendo somente para Bolívia, Haiti e Peru, em 1979.³²⁷

Os serviços de saúde se transformaram no centro da crise do modelo de política social válido entre 1975 e 1982. A situação de saúde da população era preocupante e transparecia o padrão centralizador, privatizante, lucrativo e ineficaz emanado do regime político autoritário. No começo da década de 80, a crise das políticas sociais – saúde, educação, habitação – era vista como a crise do regime militar.³²⁸

A partir de 1983, a sociedade civil organizada saiu às ruas a reivindicar novas políticas sociais que conseguissem garantir plenos direitos de cidadania ao povo brasileiro, inclusive o direito à saúde, entendido também como dever do Estado. De forma inédita na história do Brasil, a saúde era vista socialmente como direito universal e dever do Estado, ou seja, como valor social da cidadania.³²⁹

5.1.1.5 A saúde nos anos 80 e 90

A crise no Brasil aumentou após a falência do modelo econômico da ditadura militar, evidenciada principalmente no descontrole inflacionário observado desde o final dos anos 70. Nessa mesma altura, a população voltou a lutar em prol da democracia, da liberdade e da eleição direta para a escolha do Presidente da República. Com isso, o último general presidente – João Figueiredo (1979 – 1985) – viu-se forçado a agilizar a democratização do

³²⁷ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 56.

³²⁸ Neste sentido, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 83.

³²⁹ Demonstra esta circunstância, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 83 – 84.

país, dando continuidade a lenta e progressiva abertura política já iniciada por seu antecessor.³³⁰

O bipartidarismo imposto pelas autoridades vigentes foi extinto e novos partidos políticos foram constituídos. A imprensa não mais era submetida à censura, os sindicatos conquistaram maior liberdade e as greves voltaram a fazer parte do cenário brasileiro.³³¹

O processo de reorganização nacional em direção a um Estado de direito aconteceu lentamente e de modo conflituoso. Os interesses contraditórios característicos do ambiente político brasileiro refletem com muita intensidade nas políticas de saúde. A proposta de uma mudança estrutural baseada na reforma sanitária, por exemplo, é paralisada por fraudes e distorções manipuladas por tais interesses, o que dificulta a existência de sólidas alterações na atividade institucional, para além dos discursos e das normas. Mesmo assim, desde as eleições de 1982, as negociações entre os partidos políticos mais conservadores e modernos aconteciam, sempre no intuito de ampliar a abertura democrática.³³²

Havia uma inquietação em todo território brasileiro causada pelos crescentes gastos com a saúde, desde a década de 70. A inclusão de um número elevado de trabalhadores no sistema previdenciário, o investimento em novas tecnologias médicas e a má distribuição dos recursos, tornavam a assistência médica excessivamente cara. Todos esses fatores, somados à crise econômica, presumiam a falência do modelo de seguridade social.

As ações de saúde praticadas no início dos anos 80 praticamente não alteram o quadro sanitário vivido nos anos anteriores. A saúde pública sofre especialmente por falta de planejamento e de descontinuidade dos programas. Essa conjuntura permite a difusão da corrupção, além da ineficácia dos serviços de atendimento às necessidades primárias da sociedade.³³³

Ao mesmo tempo que os Ministérios da Saúde e da Previdência Social seguem a padecer da grave falta de verbas, o governo federal busca alternativas por meio de constantes reformas que complementem as atividades desempenhadas por esses órgãos. Os projetos desenvolvidos sempre apresentam as mesmas ideias: reestruturar as ações de proteção e de

³³⁰ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 60.

³³¹ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 60.

³³² Demonstra esta circunstância, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 84, a qual também relata que essas negociações não incluíram os sindicatos e partidos de esquerda, recém-saídos da clandestinidade, apesar de seu êxito nas eleições de 1982 e 1984. O desfecho das eleições de 1986 favoreceu as forças conservadoras, em consequência de procedimentos de corrupção eleitoral, utilizados desde a Primeira República, como o clientelismo, por exemplo. Mesmo assim, uma grande quantidade de votos foi para os partidos políticos progressistas e de esquerda. (LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 84.)

³³³ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 61.

promoção da saúde individual e coletiva de maneira racional, reprimir as contínuas fraudes e combater o monopólio das empresas particulares de saúde.³³⁴

A transição de um governo ditatorial para um contexto de estabilidade democrática, entretanto, deveria considerar a capacidade de vencer problemas políticos e sociais provenientes de um passado secular. Na situação específica das propostas para uma nova política de saúde, discutida em todo o país desde o início dos anos 80, é preciso destacar a divergência, e até mesmo o antagonismo, entre as ideias institucionais quanto a temas fundamentais.³³⁵

Além disso, os esforços para melhorar os cuidados com a saúde da população encontram resistência por parte dos empresários da saúde, os quais organizam grupos de pressão – *lobbies*³³⁶ – atuantes no Congresso Nacional e na Assembléia Legislativa a defender publicamente as ambições da iniciativa privada. Em 1986, o representante do Poder Executivo – José Sarney – e as lideranças partidárias terminam por apoiar as sugestões de reorganização do sistema de saúde oficial, porém sem muita firmeza. Simultaneamente, conservam e mesmo fortalecem a presença das empresas privadas como item mais importante da prestação de atendimento médico, com amparo na constante transferência de verbas públicas.³³⁷

A importante atuação do Movimento Sanitário Brasileiro, iniciado na década de 70, reuniu um conjunto de atores sociais no debate sobre uma saúde pública fundamentada em bases democráticas. Além de agirem de maneira incisiva a favor da universalização da saúde, seus partícipes sugerem o trabalho conjunto do Estado e de espaços públicos de participação social nas ações referentes ao setor.³³⁸ Baseada na defesa da saúde como um direito de todos,

³³⁴ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 61.

³³⁵ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 84.

³³⁶ A expressão *lobbies* corresponde à figura do empresário da saúde como um ator político que protege publicamente seus interesses no Congresso Nacional e nas Assembléias Legislativas, nos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, nos serviços públicos estaduais e municipais da área e nas instituições formadoras de recursos humanos – hospitais universitários e faculdades. LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 86.

³³⁷ Demonstra esta circunstância, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 61 – 62. De acordo com Madel Therezinha Luz, no que diz respeito às oposições sociais que acometem a própria base de organização da saúde, é relevante mencionar, a princípio, os interesses de uma 'burguesia da saúde', contrários aos da clientela de trabalhadores urbanos e rurais. Sendo a 'burguesia da saúde' composta por proprietários de empresas, grandes hospitais e clínicas médicas privadas; empresas multinacionais de produtos farmacêuticos; grandes indústrias de equipamentos médicos, nacionais e internacionais; e grandes médicos liberais, a favor de uma concepção privatista. A clientela, por sua vez, é constituída por trabalhadores urbanos e rurais e seus dependentes e por uma categoria crescente de classe média, sem possibilidade de arcar com os custos médicos hospitalares nem com procedimentos clínicos especializados, sobretudo após o retorno inflacionário, nos anos 80. LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 85 – 86.

³³⁸ Segundo ASENSI e PINHEIRO, seria essencial a participação regular da sociedade na construção das políticas públicas, uma vez que é a própria sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, por isso,

a ideia de participação foi um dos destaques do movimento e representa um dado inédito no relato das políticas públicas brasileiras.

Todo esse empenho resultou em um projeto ainda mais amplo, o Movimento pela Reforma Sanitária, constituído por várias organizações populares, e que teve o seu momento de máxima eminência na promoção da VIII Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986. A reunir mais de cinco mil pessoas em Brasília (DF) – representantes dos trabalhadores, governo, usuários e prestadores de serviços de saúde – a Conferência foi reflexo de um imenso debate realizado anteriormente, tendo como ponto de partida o diálogo entre universidades e Municípios. Representando um marco na definição das propostas de mudança do setor saúde consolidadas na Reforma Sanitária Brasileira, a Conferência possibilitou o planejamento dos princípios que, mais adiante, guiariam a concepção do Sistema Único de Saúde.

Seu documento final determina o processo de construção de um modelo reformador, que evidencia a necessidade de o Estado se comprometer de modo definitivo com a assistência à saúde da população. Em tal documento, defende-se com relevo que o acesso aos cuidados médico-sanitários é *direito do cidadão e dever do Estado*.³³⁹

A relevância desse princípio reverberou nos trabalhos da Assembléia Constituintes. Depois dos inevitáveis conflitos com os *lobbies* organizados pelos empresários favorecidos com a falência da saúde pública, o texto final da nova Constituição promulgada em 1988 acolheu a maioria das propostas dos intelectuais da área da saúde coletiva, das organizações populares e dos profissionais do setor público.³⁴⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi integrada à categoria de direitos fundamentais, modificando drasticamente o panorama da saúde pública do país. A começar pelo artigo 196 que ratifica de modo irrevogável que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, a cristalizar o princípio da universalidade, que marca o sistema de saúde público brasileiro e o diferencia de todos os padrões constitucionais anteriores. É importante ressaltar que com a Constituição Cidadã todas as pessoas, independentemente de suas condições pessoais, são salvaguardadas pelo sistema de saúde. Não é mais necessário, desse modo, ter carteira de trabalho assinada e contribuir com o sistema previdenciário para

conhece de modo mais próximo os seus defeitos e avanços. ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 131 – 132; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 3.

³³⁹ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 63; LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 87.

³⁴⁰ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 63; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 123.

alcançar as políticas sanitárias. Todo cidadão brasileiro, assim como os estrangeiros residentes no Brasil, possuem o direito de acesso aos serviços de saúde nacionais.³⁴¹

Nesse cenário, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de relevância pública, o que significa dizer que a alteração de tal preceito exige amplo e rigoroso processo legislativo, além de garantir a participação do Ministério Público na fiscalização do cumprimento da legislação que regulamenta a área. Esta situação demonstra a importância jurídica, social e política alcançada pela saúde no ordenamento pátrio, sobretudo como reflexo da grande ligação que apresenta com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, assim, um verdadeiro avanço na reorganização do setor saúde brasileiro, a contar agora com o pré-requisito substancial dos dispositivos constitucionais. Contudo, esses avanços institucionais contrastam não apenas com a gravidade do panorama sanitário nacional, mas também com o impacto das novas transformações sofridas na engenharia institucional do setor diante da recente concepção de direito à saúde, visto como algo bem mais amplo do que a simples assistência médica curativa e preventiva.³⁴²

No âmbito dessa nova definição, a ideia de saúde tende a ser socialmente captada como resultado efetivo de um conjunto de condições coletivas de existência, como manifestação ativa do exercício de direitos de cidadania – direito ao trabalho, ao salário justo, ao lazer, à moradia, à participação nas decisões e gestões de políticas institucionais e outros. Desse modo, a sociedade tem a oportunidade de superar politicamente o entendimento da saúde como um estado biológico abstrato de ausência de doença.³⁴³

Estabelecida nos anos 80, a nova percepção de saúde é muito recente no cenário brasileiro e ainda se limita a categorias partidárias e movimentos sociais de vanguarda. Porém, a nova Lei Fundamental já adotou um conceito próximo dessa noção. Além dessa conquista, as lutas pela não-privatização das instituições de saúde, pela universalização dos

³⁴¹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 123 – 124. Segundo Madel Therezinha Luz, a compreensão social da saúde como direito de cidadania é um fato inédito na história das políticas sociais brasileiras. Essa compreensão é resultado dos movimentos sociais de participação em saúde do fim dos anos 70 e do início dos anos 80. Nessa perspectiva, a própria reforma sanitária pode ser entendida como um elemento novo no ambiente político brasileiro, um elemento gerador de uma política de saúde institucionalmente nova. Em outro sentido, a expressão "Saúde, direito de cidadania, dever do Estado", provoca um aspecto de desmedicalização da saúde, uma vez que subentende uma descrição *afirmativa* (positiva), diferente da interpretação tradicional, própria das instituições médicas, que descreve saúde como ausência relativa de doença. LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 87 – 88.

³⁴² Assim, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 23.

³⁴³ Demonstra esta circunstância, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 88.

cuidados médicos e pela participação popular na coordenação dos serviços, entre outras, são importantes elementos que transcendem os marcos institucionais da política de saúde, alcançando os da política social de modo geral.³⁴⁴

Durante o processo de elaboração da Constituição Federal, uma nova iniciativa de reformulação do sistema foi desenvolvida, o Sistema Unificado de Descentralização de Saúde (SUDS). Elaborado como estratégia de transição em direção do Sistema Único de Saúde, objetiva a transferência dos serviços de saúde, públicos e particulares, para Estados e Municípios, constituindo uma rede hierarquizada e regionalizada que conta com a participação da sociedade na gestão das unidades locais. O SUDS pode ser compreendido como uma estadualização de serviços.

O governo exigiu um maior controle das ações realizadas pelas instituições privadas na área médico-hospitalar e o setor privado de saúde passou a ser considerado como “forma complementar” aos serviços públicos. As unidades filantrópicas têm um papel auxiliar no funcionamento do SUDS.³⁴⁵

O principal ganho do novo sistema foi a integração dos Governadores de Estado no processo de disputa por recursos previdenciários. Todavia, o projeto de estadualização, em algumas situações, encontrou os mesmos obstáculos que levaram outros projetos de descentralização ao fracasso, como, por exemplo, a retração de recursos estaduais para a saúde e o desvio de recursos federais para outras finalidades, além da negociação clientelista com os Municípios.

Assim, acontece a integração, mesmo que deficiente, dos serviços financiados pelo Estado. E surge o Sistema Único de Saúde (SUS), aprovado pela Constituição de 1988 e disciplinado pelos princípios da universalidade, equidade, integralidade, além de organizado de forma descentralizada, hierarquizada e com gestão popular participativa.

O princípio da universalidade³⁴⁶ se refere ao reconhecimento da saúde como um direito fundamental de todos os indivíduos, tendo o Estado o dever de assegurar as condições indispensáveis ao seu total exercício e o adequado acesso à assistência da saúde em todos os níveis de complexidade.³⁴⁷

O princípio da equidade representa a ideia de igualdade social, pois procura diminuir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Ou seja, adota uma postura de tratar os

³⁴⁴ Assim, LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil...*, cit., p. 88.

³⁴⁵ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 64.

³⁴⁶ A universalização do direito à saúde será tratada de modo mais detalhado no item 5.1.2 deste capítulo.

³⁴⁷ Ver ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 143; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 141.

desiguais de modo desigual, aplicando mais recursos públicos nas regiões com maior deficiência no sistema público de saúde.³⁴⁸

O princípio da integralidade quer dizer, originariamente, a garantia do fornecimento de um conjunto estruturado e contínuo de ações e serviços de prevenção, promoção e recuperação da saúde. O indivíduo deve ser compreendido como uma totalidade bio-sociopsíquica, tendo direito a receber serviços de saúde de baixa, média e alta complexidade de maneira humanizada.³⁴⁹

A descentralização, por sua vez, é um princípio organizativo do SUS, no qual o poder e as responsabilidades pelas políticas de saúde são divididos entre as três esferas de governo, objetivando desenvolver uma prestação de serviço mais eficiente, por meio de uma maior aproximação com a realidade social de cada localidade.

Por fim, a participação social³⁵⁰ expressa uma maneira de ampliar a concretização das políticas de saúde mediante o exercício do controle social, de forma a democratizar o processo de descentralização do sistema, sobretudo a partir da ação dos Conselhos de Saúde.³⁵¹

Antes de tudo, o SUS é um *sistema*, ou seja, é constituído por diversas instituições das três esferas de governo – União, Estados e Municípios –, e pelo setor privado contratado e conveniado, como se fosse um mesmo corpo.³⁵² Portanto, o serviço privado, quando contratado pelo SUS, precisa agir como se fosse público, a aplicar as mesmas regras do serviço público. Além disso, é *único*, apresentando a mesma filosofia, a mesma doutrina de atuação em todo o território nacional, organizado conforme uma mesma sistemática.³⁵³

O aludido sistema deve ser eficaz e eficiente, alcançando resultados positivos no momento em que os cidadãos o procuram ou diante de um problema existente na comunidade. Para tanto, é necessário que faça uso das técnicas mais adequadas, baseado na realidade local e na disponibilidade de recursos. Isso exige não só a utilização de bons equipamentos e de

³⁴⁸ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 144; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 142.

³⁴⁹ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 143 - 144; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 141 - 142.

³⁵⁰ A participação social será tratada de modo mais detalhado no item 5.1.3 deste capítulo.

³⁵¹ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 144; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 142.

³⁵² De acordo com PIVETTA, a estruturação constitucional do Sistema Único de Saúde permite que a atuação de todos esses agentes aconteça de modo articulado, com base nas mesmas diretrizes e com objetivos relacionados. O SUS viabilizam, dessa forma, a racionalização da administração do sistema nacional de saúde. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 125.

³⁵³ Demonstra esta circunstância, RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: sua origem, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE - NESP. Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde. Brasília: IEC, 1994, p. 12.

profissionais qualificados, mas também a adoção de técnicas modernas de gestão dos serviços de saúde.³⁵⁴

O SUS, entretanto, não pode ser implantado de forma rápida, pois as mudanças que ele propõe são inúmeras e muito complexas, do mesmo modo que os interesses que ele questiona. Assim, o SUS, como elemento da Reforma Sanitária, é um processo que estará em constante adaptação e aperfeiçoamento.³⁵⁵

5.1.1.6 *A saúde dos brasileiros no novo século*

Ao chegar no ano 2000, diversas esperanças depositadas no melhoramento da assistência à saúde mostraram-se decepcionantes.

No ano de 1997, a criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), a ser utilizada no âmbito da saúde pública e da previdência social, representou uma relevante fonte de captação de verbas. Porém, ao longo dos anos, porções cada vez mais significativas desses valores acabaram sendo desviadas. Em 2006, arrecadaram-se R\$ 185,9 bilhões, mas, dessa quantia, por volta de 20% não foram dedicados à saúde nem à previdência.³⁵⁶

O desvio de parte das verbas da CPMF e os pequenos efeitos que esse tributo trouxe à saúde pública estimularam várias críticas e culminaram na extinção de sua cobrança, no final de 2007.

Contudo, em 2010, iniciou-se um debate no Congresso Nacional sobre um possível regresso daquela contribuição, agora sob a denominação de Contribuição Social para a Saúde (CSS).³⁵⁷

Assim, o Brasil ainda continua muito distante de efetivar o compromisso de, no início do século XXI, propiciar condições adequadas de saúde para todos os cidadãos, que foi assumido com outros países frente à Organização Mundial de Saúde.³⁵⁸

O processo de melhoria da condição de saúde exige não só o desenvolvimento de um novo saber, teórico e prático, mas também que a saúde seja resgatada pela política. Não se trata de contrapor a ciência à política, mas de encarar os problemas que as questões de saúde

³⁵⁴ Assim, RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde..., cit., p. 12 – 13.

³⁵⁵ Neste sentido, RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde..., cit., p. 13.

³⁵⁶ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 67.

³⁵⁷ Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 67.

³⁵⁸ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 67.

antepõem por força da sua especificidade, a fim de obter a sua compreensão e para garantir que este setor tenha importância permanente dentro dos demandas sociais. Esse fato implica, inclusive, na aceitação da saúde como prioridade por parte das diferentes forças sociais e meios político-institucionais.³⁵⁹

E, caso os dados aqui presentes não venham a responder adequadamente, por exemplo, à pergunta de até que ponto a sociedade em geral, principalmente o fração de mais baixa renda, assimila o real alcance do significado do direito à saúde, eles trazem, sem dúvida, informações importantes para se avaliar a distância entre a ideia de saúde compartilhada por amplos segmentos da população e aqueles conceitos estabelecidos pelo Movimento da Reforma Sanitária.³⁶⁰

Isso não quer dizer, no entanto, que não existem melhoras expressivas. No decurso do governo de Fernando Henrique Cardoso e de Luís Inácio Lula da Silva, a economia brasileira cresceu consideravelmente. Observou-se a duplicação do valor do Produto Interno Bruto (PIB) entre 1991 e 2008, o que tornou possível a extensão de alguns benefícios. No ano de 2007, 93% das residências dispunham de água encanada, e 60%, de tratamento de esgoto. Esse fato refletiu na diminuição dos quadros de doenças diarréicas em todas as regiões, uma das principais enfermidades responsáveis pelo alto índice de mortalidade infantil.³⁶¹

Por seu turno, o tratamento dos portadores de HIV/AIDS no Brasil já é referência mundial. Pesquisas feitas em 2006 demonstram que morreram oito infectados em cada cem mil habitantes, valor quase igual ao dos Estados Unidos que, mesmo possuindo muito mais verbas e tecnologia, registrou sete mortes. Todavia, o sucedido com a AIDS é quase uma ressalva no território nacional, já que o número de doenças parasitárias e infecciosas, em que sua grande maioria apresenta tratamento disponível e seguro há anos, ainda expõem o estado crítico da saúde brasileira.³⁶²

Alguns novos programas foram iniciados pelo Poder Público, dentre eles o Programa de Saúde da Família (PSF) e o Programa de Saúde do Trabalhador (PST). Apesar de deficientes, até mesmo pela ausência de especialistas, essas iniciativas têm colaborado, ainda que de maneira discreta, para a assistência a mais cidadãos brasileiros, sobretudo os das zonas urbanas.

A dengue, a zika e a chikungunya – doenças veiculadas pelo mosquito *Aedes aegypti* – são um dos maiores desafios da saúde pública nacional. Em 2016, foram registrados mais de

³⁵⁹ Demonstra esta circunstância, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 23 - 24.

³⁶⁰ Ver COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 24.

³⁶¹ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 68.

³⁶² Assim, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 68.

cento e setenta mil casos prováveis de dengue no país até o mês de fevereiro. Nessa mesma época, vinte e duas Unidades da Federação confirmaram laboratorialmente casos de febre pelo vírus zika no território brasileiro, ocorrendo dois óbitos, sendo um em São Luís/MA e outro em Benevides/PA. Já quanto à chikungunya, foram notificados quase vinte e sete mil casos suspeitos, resultando em três óbitos: dois na Bahia e um em Sergipe. De acordo com investigações, esses óbitos aconteceram em pessoas com idade avançada – 85, 83 e 75 anos – e com histórico de doenças crônicas preexistentes.³⁶³

Apesar de todo o esforço, a saúde pública brasileira continua precária, com grandes filas de enfermos diante de hospitais e de centros de atendimento, ocasionadas pela insuficiência de estrutura física e de profissionais. Não são apenas os serviços básicos que se apresentam escassos, mas também os de atenção secundária - os serviços especializados - e os de atenção terciária - os procedimentos de alto custo - , o que faz o paciente esperar longos períodos para ter a sua necessidade atendida.³⁶⁴

Com isso, os planos de saúde privados permanecem a ser um dos negócios mais lucrativos do país, uma vez que o descrédito na assistência médica rápida e eficiente da saúde pública leva os cidadãos mais abonados da sociedade a recorrerem a esses serviços.³⁶⁵

Cada vez mais se percebe que a saúde, a doença e o tratamento adequado são processos vinculados a vários fatores. As patologias não devem ser entendidas como um acontecimento puramente biológico, marcadas pelo tamanho da população humana, pelo ambiente físico e pela quantidade de animais e insetos em contato com o indivíduo. Mais importante que esses aspectos talvez sejam as particularidades sócio-históricas da população, como o tipo de organização social e as relações criadas entre os cidadãos nas atividades de trabalho, por exemplo.³⁶⁶

Atualmente, o Poder Público está diante de diversos desafios, em que a maior parte é de natureza política e administrativa. Um deles diz respeito à reforma estrutural do funcionamento dos serviços, na qual importaria uma melhor utilização das verbas destinadas ao setor, uma maior valorização do quadro de profissionais e o aumento do número de unidades de serviço conforme a demanda populacional.

Além disso, é importante lembrar que essas melhorias no âmbito da saúde não podem ser efetuadas apenas por meio de decisões técnicas dos ministérios e órgãos oficiais. As

³⁶³ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE - SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. Boletim Epidemiológico. Vol. 47. n.8. Brasília, 2016, p. 1 – 7.

³⁶⁴ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 69.

³⁶⁵ Neste sentido, BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 70.

³⁶⁶ Ver BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública...*, cit., p. 70.

dificuldades deparadas pela sociedade exigem uma participação ativa e organizada dos cidadãos, com o objetivo de encontrar as melhores opções de tornar o direito à saúde verdadeiramente universal.

5.1.2 A Constituição brasileira de 1988 e a universalização da saúde

Como demonstrado anteriormente, a saúde ingressou na categoria de direitos fundamentais por meio da Constituição Federal de 1988, fruto de inúmeros debates entre diversos atores sociais e políticos. No âmbito da saúde, esta Constituição retrata o resultado de mais de vinte anos de lutas históricas que culminaram na proteção de direitos sociais e na universalização³⁶⁷ do aludido direito, como característica de cidadania e de dever do Estado.³⁶⁸

Várias situações contribuíram para o conteúdo social da Lei Maior vigente. Em primeiro lugar, o texto constitucional de 1988 representa a tentativa de reparar os excessos decorrentes do regime militar por meio da consolidação de um vasto rol de direitos individuais e coletivos intangíveis pelo Estado e de um conjunto de instrumentos processuais para efetivá-los. Tais direitos são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que estão inerentes a própria personalidade do indivíduo. Devem, assim, ser plenamente assegurados e concretizados pelo Estado.³⁶⁹

Outro aspecto considerado se refere ao reconhecimento da importância da atuação do Poder Público na redução das desigualdades sociais, políticas, econômicas e culturais. A nova Carta Constitucional deve ser um instrumento de emancipação social, com o objetivo de proporcionar a igualdade concreta entre os cidadãos. A antiga ligação entre saúde e trabalho formal, por exemplo, foi substituída pela universalização das ações e serviços de saúde.

³⁶⁷ Universal é algo que se aplica à totalidade, que representa a ideia de extensão completa de um conjunto. Universalização, por sua vez, é o ato, o efeito de universalizar, significando a generalidade ou a qualidade do que é universal. JAPIASSU, Hilton.; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 265.

³⁶⁸ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 145; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 143; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 5 - 6.

³⁶⁹ Ver ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 145 - 146; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 143 - 144; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 6.

Houve, assim, uma reconfiguração da relação entre Estado e sociedade no sentido de efetivar os direitos sociais.³⁷⁰

Um terceiro elemento diz respeito à participação da sociedade civil, dos grupos políticos e sociais e dos diversos grupos de pressão. Uma vez que o processo de abertura democrática no Brasil foi propiciado antes da própria Constituição, verifica-se uma considerável participação de vários atores sociais e políticos na elaboração e aprovação do texto constitucional. Desse modo, em razão da ampla presença de diversos segmentos da sociedade civil e do Estado, uma característica marcante desse momento histórico é o pluralismo.³⁷¹

O pluralismo no processo político-decisório³⁷² simboliza o modo em que as relações de poder se manifestam para minimizar conflitos e satisfazer interesses por vezes contraditórios, com o intuito de inserir na norma estatal a sua vontade ou demanda particular. Portanto, a produção de direitos efetuada fora do Estado pode regressar ao seu domínio, uma vez que exista uma pretensão universalizante, em que *direitos vivos* tornam-se *direitos fundamentais*. Nesta perspectiva, a Constituição Federal de 1988 acolheu consensos resultantes de debates entre diferentes atores sociais estatais e não estatais. Na área da saúde, o Movimento de Reforma Sanitária e a bandeira da universalização ganham destaque.³⁷³

Essa reforma, na qual a saúde é reconhecida como direito de todos e dever do Estado, estabelece o desenvolvimento de mecanismos institucionais que garantam o acesso aos bens e serviços para grupos vulneráveis, sem limitações ou impedimentos. Tal concepção expressa uma recusa da abordagem da saúde como mercadoria.

A universalidade determina, sim, o direito de todo e qualquer cidadão acessar o sistema nacional de saúde sem a necessidade de comprovar requisito algum, diversamente do processo utilizado antes de 1988, em que era preciso demonstrar vínculo com o sistema previdenciário. Entretanto, o modo de aceder ao Sistema Único de Saúde não precisa ser exatamente o mesmo para todas as pessoas. Isso ocorre em decorrência de uma adequada

³⁷⁰ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 146; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 144; ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário...*, cit., p. 6.

³⁷¹ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 144.

³⁷² De acordo com ASENSI, a noção de pluralismo no processo político-decisório traz consigo três elementos: os fatores sociais interferem na produção jurídica por intermédio de relações de poder; o ambiente de produção jurídica envolve o conflito e o embate, que podem resultar em contradições dentro de um mesmo ordenamento; a atividade partidária consiste em realizar uma organização de interesses para que os conflitos diminuam e se chegue à um consenso. ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 147; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 145.

³⁷³ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde...*, cit., 147; ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 145.

interpretação do princípio da isonomia, o qual não exige que todos os cidadãos recebam idêntico tratamento por parte do Estado.³⁷⁴

O termo acesso vem sendo muito empregado nas políticas públicas, sobretudo na esfera da saúde. Todavia, como é um conceito multideterminado e complexo, tem levado a polissemias e imprecisões, o que torna primordial discuti-lo.³⁷⁵ Será feita, portanto, uma rápida elucidação das dimensões relacionadas à referida expressão.

5.1.2.1 Categoria acesso

No Brasil, o acesso universal, igualitário e integral ao sistema de saúde é uma das imposições trazidas pela Constituição Federal de 1988 para alcançar a equidade no preceito de que a saúde é direito de todos. Frequentemente, as políticas públicas mostram o acesso do cidadão aos serviços como uma norma básica para programas nacionais e projetos regionais de ampliação da rede de atividades de saúde disponíveis.³⁷⁶

O aspecto universal do acesso aos serviços demonstra que compete ao SUS atender a todos os cidadãos por meio de serviços públicos, seja em órgãos estatais, seja em instituições privadas conveniadas.

O acesso igualitário indica que todas as pessoas, independentemente de condição socioeconômica, etnia ou gênero, devem ser atendidas de modo igual pelo setor saúde. Já o acesso integral significa que toda a população deve ser amparada, de forma gratuita e irrestrita, por todos os níveis de assistência, desde o primário até os métodos diagnósticos e terapêuticos mais complexos.³⁷⁷

Igualdade de acesso para ânsias iguais é um princípio técnico que, à primeira vista, precisa do fornecimento de condições estruturais – recursos, serviços e planejamentos – que sozinhas norteariam a demanda e, por conseguinte, a utilização do sistema de saúde pela sociedade.³⁷⁸

³⁷⁴ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 169.

³⁷⁵ MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil: desafios para a Atenção Primária à Saúde*. Caderno de Terapia Ocupacional da UFSCar. v. 20, n. 3. São Paulo, 2012, p. 321. Disponível em: <http://doi.editoracubo.com.br/10.4322/cto.2012.032>. Acesso em: 11/02/2017.

³⁷⁶ Neste sentido, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 67.

³⁷⁷ Assim, PUPO, Ligia Rivero; MONTEIRO, Paulo Henrique Nico. Considerações teóricas sobre acesso. In: ESCUDER, Maria Mercedes Loureiro (Org.); MONTEIRO, Paulo Henrique Nico (Org.); PUPO, Ligia Rivero (Org.). *Acesso aos serviços de saúde em municípios da Baixada Santista*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2008, p. 17.

³⁷⁸ Demonstram esta circunstância, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 67.

O primeiro requisito para haver acesso é a existência de serviços em quantidade e qualidade. Ou seja, diz respeito à disponibilidade de ações e serviços conforme as necessidades da população e com distribuição geográfica e territorial adequadas.³⁷⁹

Seguramente o acesso, nessa ótica da distribuição espacial dos equipamentos e serviços, corresponde ao primeiro requisito para facilitar o uso dos recursos pelos cidadãos e, com certeza, é um elemento essencial contido no princípio de que a oferta produz a demanda, considerado linearmente. Assim, a distância ou a proximidade entre o local de morada das pessoas e o local de realização dos serviços funda a razão para conduzir a distribuição dos recursos e a extensão da rede de unidades de atendimento em saúde.³⁸⁰

Outro aspecto da categoria acesso é a acessibilidade, isto é, a organização das atividades, o horário de funcionamento das unidades de saúde, recursos humanos satisfatórios, o bom acolhimento dos usuários, a capacidade de adaptação às necessidades diferenciadas dos cidadãos, o cuidado com a aplicação da equidade, a existência de condutas e protocolos preocupados com a inclusão, a valorização das tecnologias leves de trabalho – escuta e desenvolvimento de vínculo com o paciente – e outros.³⁸¹

Por último, o acesso diz respeito à aceitabilidade. Ou melhor, as ações e serviços de saúde devem alcançar um bom grau de satisfação dos usuários, sendo legitimados e aceitos na sociedade conforme suas experiências culturais anteriores, e devem estabelecer novos consensos por meio da participação social.³⁸²

Portanto, a noção de acesso envolve a essência de uma totalidade indivisível e complexa. Há, embutida no conceito de acesso, a ideia de efetiva aplicação de recursos no domínio da saúde e de eficácia por parte de quem planeja e executa os serviços. Por parte daqueles para quem são idealizadas e produzidas as ações de saúde, há a capacidade de avaliação e de participação na implementação de novas políticas públicas.³⁸³

³⁷⁹ Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 321.

³⁸⁰ Assim, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 67.

³⁸¹ MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 321; PUPO, Ligia Rivero; MONTEIRO, Paulo Henrique Nico. *Considerações teóricas sobre acesso...*, cit., p. 17.

³⁸² Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 321.

³⁸³ Assim, COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço...*, cit., p. 81. PENCHANSKY e THOMAS também citam como dimensões do acesso a acomodação, em relação à satisfação do cidadão com a organização e atendimento que recebe, e capacidade econômica, sobretudo quando existe pagamento pelos serviços prestados – probabilidade dos usuários assumirem essas despesas. No Brasil, acontece, por exemplo, com o acesso aos serviços da Saúde Suplementar, já que alguns indivíduos pessoalmente, ou alguém de sua família, utiliza os dois sistemas de saúde disponíveis no país, o público e o privado. PENCHANSKY, R.; THOMAS, J. W. The concept of access: definition and relationship to consumer satisfaction. *Medical Care*, Philadelphia, v. 12, n. 2, p. 127-140, 1981.

Decorridos quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um Sistema Único de Saúde regido pelos princípios da universalidade, integralidade, equidade e participação popular, é possível reconhecer os avanços alcançados. No entanto, ainda persistem diversos desafios a serem enfrentados e vencidos para uma melhor concretização do direito fundamental em análise, como será visto a seguir.

5.1.2.2 *Desafios na universalização da saúde*

As desigualdades sociais constituem o desafio central para o sistema de saúde brasileiro. Apesar das melhorias observadas no setor, desde o início do processo de desenvolvimento do SUS, ainda há desigualdades imensas e persistentes, em que inúmeras pessoas não tem acesso, ou tem acesso restrito, à assistência à saúde de qualidade e compatível com as necessidades. É preciso reconhecer, portanto, a existência de muitos obstáculos a serem vencidos para que os propósitos explícitos na política nacional de saúde possam ser alcançados e, conseqüentemente, o direito à saúde torne-se de fato universal.

Um dos maiores entraves está no financiamento insuficiente do sistema de saúde, que deve ser realizado pelas três esferas do governo: federal, estadual e municipal. A polêmica dessa questão dura mais de uma década com frações desiguais de investimento entre os diferentes níveis de administração. Ao mesmo tempo em que os municípios, de modo geral, ampliaram a participação orçamentária da saúde, destinando, pelo menos, 15% de suas receitas ao setor, as administrações estaduais repassam 12%, e a União, por sua vez, tem destinado no máximo 4%.³⁸⁴

Segundo a Proposta de Emenda Constitucional nº 29 (PEC 29), a União deveria ampliar, gradativamente, a destinação de recursos para o sistema de saúde, até chegar a 10% de sua receita. A referida proposta não foi aprovada no âmbito federal, em 2012, bem como a União defendeu a necessidade de aprovar, novamente, a Cobrança Provisória por Movimentação Financeira (CPMF) para o financiamento do setor.³⁸⁵

Assim, percebe-se que o investimento de recursos financeiros ainda é um imenso desafio para a universalização e efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil. É

³⁸⁴ Assim, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 321 - 322.

³⁸⁵ Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 322.

importante destacar que o nível secundário de atenção tem apresentado a situação mais grave de subfinanciamento, o que leva ao conseqüente estrangulamento do sistema.³⁸⁶

Tal situação contribui para a criação de um sistema nacional segmentado e voltado para o atendimento das necessidades gerais dos setores mais carentes. De toda a população nacional, 28,6% dos brasileiros usam apenas o SUS como sistema de saúde, 61,5% são usuários não exclusivos e somente 8,7% não fazem uso dos serviços públicos de saúde. As pessoas favorecidas pelo sistema de saúde suplementar utilizam, com frequência, os serviços de mais alta densidade tecnológica do SUS, enquanto aqueles que não se beneficiam de planos de saúde não conseguem utilizar os serviços privados.³⁸⁷

Outro desafio diz respeito à falta de articulação intersetorial voltada para o desenvolvimento de políticas mais abrangentes na tutela da saúde como direito social, por meio da construção de políticas direcionadas à produção industrial e abastecimento de insumos, regulação de diversos mercados em saúde, bem como para a formação de recursos humanos.³⁸⁸

Porém, segundo o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), para além dos problemas estruturais, existem as circunstâncias próprias do plano intrínseco da saúde, como o desafio de modificar o seu modelo de atenção.

Como quase todos os sistemas de saúde universais, o brasileiro também direciona seus cuidados para as situações agudas, fato que se torna incongruente com a realidade epidemiológica atual, marcada por problemas crônicos. O SUS precisa produzir atendimentos inovadores, uma vez que 75% dos casos de doenças são constituídos por condições crônicas, enquanto o modelo de atenção encontra-se voltado para o tratamento de enfermidades agudas.³⁸⁹

O tamanho, a diversidade e a desigualdade entre os municípios também são obstáculos para a universalização do sistema. Diferentes desenvolvimentos de programas locais de saúde com diversos níveis de incorporação tecnológica interferem na quantidade de usuários abrangidos pelas atividades efetuadas, como também as condições de vida e de trabalho das

³⁸⁶ Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 322.

³⁸⁷ Demonstra esta circunstância, AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. 2 ed. São Paulo: Martinari, 2015, p. 161.

³⁸⁸ Ver AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 161.

³⁸⁹ Assim, AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 161, a qual acrescenta que os próprios cidadãos, representados pelo senso comum, querem e defendem esse modelo de atenção e o setor de saúde brasileiro não alcança grandes resultados. O reflexo da execução de medidas mais direcionadas para os casos agudos tem levado o Brasil a possuir um índice de mortalidade por doenças crônicas duas vezes maior do que o observado no Canadá. AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 162.

peessoas, o perfil epidemiológico, demográfico e as necessidades de saúde dos variados segmentos que compõem a população. Nesta diversidade de cenários, encontram-se falhas na disponibilidade dos serviços, tanto em relação à quantidade como à localização, além de dificuldades para o transporte dos usuários aos centros de atendimento ou aos hospitais.³⁹⁰

Em relação à acessibilidade – organização das atividades – as dificuldades existentes são a interrupção dos fluxos de tratamentos, as formas inadequadas de funcionamento dos serviços, a falta de rotina e de estratégias para satisfazer a demanda, os registros incompletos ou equivocados de informações sobre o usuário e seus familiares, a espera excessiva para marcação de consultas e tratamentos, entre outros.³⁹¹

Destacam-se, ainda, as questões ligadas aos recursos humanos integrados ao sistema de saúde, que muitas vezes apresentam perfil, distribuição e volume inadequados. Outro entrave advém da apreciação cultural da especialização e da incorporação tecnológica pelas instituições de ensino e pelos profissionais de saúde. Ou seja, há uma valorização das “tecnologias duras” de trabalho em detrimento das “tecnologias moles”, que no imaginário geral são mais simples e pouco relevantes. Dessa forma, não existe uma preocupação em desenvolver um vínculo com o usuário e sua família, prevalecendo o individualismo nos atendimentos. É comum, também, se observar uma abordagem fragmentada, em que há dificuldades para o encaminhamento dos pacientes à outros níveis de atenção – abordagem não integral.³⁹²

Por parte dos usuários também existe uma valorização da incorporação de tecnologia e especialização, assim como uma dificuldade de aceitação do atendimento efetuado por outros profissionais, que não médicos. Ocorre, ainda, a não aceitação das visitas domiciliares, por terem a sensação de invasão de sua privacidade, principalmente pelas famílias inseridas em camadas médias, que possuem acesso ao Sistema Suplementar de Atenção.³⁹³

A implantação de consensos quanto à realização do trabalho em equipe – atendimento multi e interdisciplinar – retira do médico a centralidade e exclusividade das decisões, da mesma forma que pode refletir positivamente na demanda da população brasileira, que historicamente tende a procurar apenas pela consulta médica, preterindo os trabalhos

³⁹⁰ Ver MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 322.

³⁹¹ Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 322.

³⁹² Demonstra esta circunstância, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 323.

³⁹³ Assim, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 323.

efetuados por outros profissionais e tornado mais difícil a concretização da integralidade da atenção.³⁹⁴

É importante ressaltar que a organização de protocolos de atendimento, combinados entre todos os níveis de atenção à saúde – nos sistemas locais e regionalizados – possibilita a instituição de uma atenção compartilhada, com reconhecimento da contribuição específica e da importância de cada nível de atenção, tendo em vista o cuidado necessário para cada usuário do sistema. Além disso, garante o acesso universal dos diferentes segmentos da sociedade aos vários níveis de complexidade e resolutividade possíveis no sistema de saúde.³⁹⁵

Portanto, a cobertura universal do direito à saúde envolve três objetivos essenciais das políticas públicas: eliminação dos bloqueios financeiros ao acesso; qualidade e adequação das atividades realizadas; universalidade no acesso aos serviços e sua utilização. Esse cenário é construído por meio de modelos de atenção focados nos usuários do sistema, em que se desenvolvem atividades interdisciplinares e integrais, incluindo proteção, promoção e recuperação da saúde.³⁹⁶

Melhores condições de saúde garantem meios de desenvolvimento humano equilibrados e sustentáveis. A partir desse prisma, trabalhar para alcançar a cobertura universal dos serviços de saúde representa contribuir, também, para o desenvolvimento do país. Diminuir as desigualdades de saúde no Brasil é um desafio não restrito a este setor, mas lançado para todas as áreas, pois manter o país saudável é construir um motor para o progresso da sociedade.

³⁹⁴ Ver MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 323, a qual também enfatiza que na composição das equipes multiprofissionais na Atenção Primária à Saúde, ainda prevalecem médicos, enfermeiros e cirurgiões-dentistas. Outros profissionais são encontrados com bem menos frequência, como assistentes sociais, psicólogos, nutricionistas; e, com menor frequência ainda, fonoaudiólogos, farmacêuticos, fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais. Essa circunstância se revela muito preocupante diante do perfil epidemiológico e da complexidade cada vez maior das situações que são atendidas pelo SUS. MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 323.

³⁹⁵ Neste sentido, MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil...*, cit., p. 323.

³⁹⁶ Neste sentido, TASCA, Renato. Universalidade em saúde: objetivo estratégico para a transformação dos sistemas de saúde nos países da América Latina e Caribe. In: Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS Debate – Caminhos da saúde. Brasília: CONASS, 2014, p. 69.

5.1.2.3 *Por um sistema público de serviços de saúde para todos os brasileiros*

A recente trajetória do sistema de saúde brasileiro mostra que a universalização desejada pelo Movimento de Reforma Sanitária e pretendida por grande parte dos constituintes tornou-se, na verdade, o pesadelo da segmentação. Isso acontece em virtude do Sistema Único de Saúde, que deveria ser universal e gratuito, ter se convertido em um sistema para os pobres, com todas as consequências que tal segmentação representa.³⁹⁷

A segmentação, quando consolidada, é de difícil reversão, sobretudo em cenários nos quais os pólos de interesse atuantes no campo político-sanitário, como indústria de planos de saúde, indústria biomédica, indústria de medicamentos, corporações médicas e outros, encontram-se tão cristalizados que alargam muito a zona de inegociação, a impossibilitar reformas macroeconômicas no sistema de serviços de saúde capazes de reverter a segmentação existente. É o que se observa nos Estados Unidos, por exemplo.³⁹⁸

Trazida para o âmbito brasileiro, a reversão do sistema segmentado atual é difícil, porém não impossível, por diversos motivos, tais como: 1) a porcentagem de usuários de serviços privados gira em torno de 20%, quando nos Estados Unidos é superior a 60%; 2) a segmentação está fortalecida nas regiões Sul e Sudeste do país, mas não nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com exceção de Brasília e algumas capitais maiores; 3) mesmo no Sul e Sudeste, esse fortalecimento está restrito a grandes e médias cidades e regiões metropolitanas; 4) há uma insatisfação generalizada em relação ao sistema complementar de saúde, a envolver planos individuais, prestadores de serviços de planos e seguros de saúde, corporações médicas, profissionais vinculados a organizações financeiras pelos SUS, prestadores de serviços hospitalares que dependem exclusivamente do SUS, gestores do SUS, órgãos de defesa dos consumidores, e outros. Ademais, o Sistema Único de Saúde tem um apoio considerável do Congresso Nacional, do Ministério Público, da Magistratura e da burocracia do Estado.³⁹⁹

Outro fato a ser destacado é que a segmentação do sistema de serviços no Brasil – diferente de outros países como Chile e Estados Unidos – não foi intencionalmente planejada e legalizada. Ela é reflexo de efeitos indesejados na implantação do SUS, expressos na prática da universalização excludente. Pelo contrário, a Constituição e a legislação infraconstitucional

³⁹⁷ Demonstra esta circunstância, MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS*. Tomo I. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001, p. 109.

³⁹⁸ Assim, MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS...*, cit., p. 109 – 110.

³⁹⁹ Neste sentido, MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS...*, cit., p. 110

brasileira garantem a todos os cidadãos um sistema de saúde público universal, apenas permitindo uma complementaridade do sistema privado.

Portanto, não é necessário se fazer uma mudança no texto constitucional, nem grandes alterações na legislação infraconstitucional para se alcançar uma universalização das atividades de saúde. O desafio está exatamente em efetivar na sociedade os preceitos da legislação sanitária válida no país.⁴⁰⁰

Todavia, o relato feito acima não significa que a segmentação do sistema de saúde brasileiro possa ser facilmente revertida. Os problemas são enormes e advêm, na sua maioria, de um julgamento negativo do SUS, principalmente observado nos centros urbanos, na classe média e na grande mídia. O parecer dos usuários é satisfatório, compreendendo níveis superiores a 80%, no entanto essa categoria não é formadora de opiniões.⁴⁰¹

O plano de construção do SUS universal apresenta como principal objetivo a melhoria da qualidade dos serviços ofertados, de modo a deixá-los atraentes para elementos da sociedade que, atualmente, são forçados a utilizar os planos privados. As estratégias desenvolvidas precisam otimizar os serviços-ponte, ou seja, aqueles que, provavelmente, não podem ser concedidos pelos planos particulares, como medicamentos ofertados em caráter excepcional, serviços de alta complexidade e outros, e que irão ligar os interesses da classe média ao sistema público de saúde.⁴⁰²

A resolução da questão levantada entre o SUS universal e o SUS como segmento para os indivíduos mais carentes depende do volume de recursos despendidos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Na verdade, essa decisão envolve duas posições antagônicas: a dos universalistas, que deseja constituir um sistema público para todos os cidadãos, e a dos focalistas, que deseja concentrar as atividades do setor público nas camadas mais pobres da população.⁴⁰³

Um estudo dos sistemas públicos universais internacionais indica que todos possuem um percentual de 70% quanto à relação entre o gasto sanitário público e o gasto sanitário geral – 70,8% no Canadá, 82,2% no Reino Unido, 86,2% em Cuba, 85,2% na Suécia. Enquanto que no Brasil esse percentual é de somente 41,6%. Assim, a implantação de um sistema nacional realmente universal, exige um incremento muito significativo do gasto

⁴⁰⁰ Demonstra esta circuntância, MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS...*, cit., p. 110 – 111; MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos. In: Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Convergências e divergências sobre gestão e regionalização do SUS*. n. 6. Brasília: CONASS, 2004, p. 45 – 46.

⁴⁰¹ Assim, MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS...*, cit., p. 111.

⁴⁰² Neste sentido, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 46.

⁴⁰³ Ver MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 46.

sanitário público, bem além dos valores alcançados pelo cumprimento da Emenda Constitucional nº 29.⁴⁰⁴

Quanto aos níveis de atenção presentes no sistema nacional, é essencial que se desenvolva uma rede horizontal integrada de serviços, substituindo a concepção piramidal vigente, de modo que todos os níveis de complexidade sejam relevantes e formem um contínuo de atenção, ainda que se reconheça a existência de diversas densidades tecnológicas em cada um desses níveis.

Com isso objetiva-se originar e implementar, em cada microrregião de saúde, um conjunto integrado de atividades que articule os serviços de atenção primária e secundária. E que estes, por seu turno, estejam ligados às ações de atenção terciária à saúde, numa macrorregião.⁴⁰⁵

É fundamental, também, que o SUS tenha um responsável pela saúde dos cidadãos definido de forma inequívoca, pois a falta de um único e identificável responsável pelas atividades realizadas resulta no dilema de saber se determinada questão é municipal, estadual ou federal. Porém, é indispensável que o cidadão consiga identificar de quem é a responsabilidade por certo serviço de saúde, uma vez que esta é uma condição necessária para a resolução dos problemas existentes. Somente assim se poderá cobrar dos governantes suas responsabilidades e originar um ambiente favorável para o controle social.⁴⁰⁶

É primordial, ainda, melhorar a atenção primária à saúde, que deve passar por uma mudança ideológica com a superação do modelo hierárquico do sistema público. É preciso eliminar a ideia soberana de atenção primária como algo simples que pode ser realizado de qualquer forma para corresponder às expectativas dos mais pobres. Esse nível de atenção, na verdade, deve ser compreendido como integrante de uma rede horizontal de serviços de saúde – o sistema integrado de serviços de saúde – a representar o centro de comunicação entre os níveis de atenção e a contribuir com a execução de serviços de saúde diante dos cidadãos.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Neste sentido, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 47. O autor ainda afirma que uma estimativa dos recursos do SUS com o cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 indica um valor por volta de R\$ 57 bilhões, em 2004. Sendo essa projeção otimista, já que vários estados brasileiros encontram-se com dificuldade de cumprir as exigências da emenda. MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 46.

⁴⁰⁵ Nestes sentido, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 48, o qual relata que esses sistemas integrados de serviços de saúde precisam de um centro de comunicação que organize os fluxos e contra-fluxos dos usuários ao longo do contínuo de cuidados, função desempenhada pela atenção primária à saúde. MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 48.

⁴⁰⁶ Assim, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 50.

⁴⁰⁷ Neste sentido, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 55.

Para tanto, é necessário fortalecer o Programa de Saúde da Família (PSF)⁴⁰⁸ no sentido de concretizar os seus princípios basilares de longitudinalidade, tratamento integral, foco na abordagem da família e na orientação da população em geral.⁴⁰⁹

Haverá que se estabelecer um mecanismo de despreciação do trabalho no PSF, por meio de formas mais modernas de contratação e de melhoramento dos recursos humanos, como a capacitação dos profissionais e melhor entendimento entre as equipes. É essencial a implantação de um curso agressivo de residência em saúde da família e, em paralelo, a oferta de programas educacionais permanentes em todo o país.⁴¹⁰

Por fim, o subfinanciamento da atenção primária à saúde precisa ser solucionado a fim de se implementar políticas eficientes e de qualidade. Nesta perspectiva, é necessário a existência de incentivos estaduais para o PSF – pelas Secretarias Estaduais de Saúde – que, certamente, contribuirão com a universalização do direito à saúde, uma vez que esse nível de atenção lida diretamente com as famílias, a conhecer e tratar as necessidades existentes, além de servir como um centro de comunicação entre os outros níveis de complexidade, facilitando um contínuo de atenção e uma abordagem integral dos cidadãos.

5.1.3 Participação social no controle do direito à saúde

A determinação constitucional de participação da comunidade retrata mais um dos diversos dispositivos consagrados pela Constituição Federal de 1988 voltados para um esforço comum: democratizar o Estado brasileiro. Desse modo, o preceito trazido pelo artigo 198, III⁴¹¹ da CF/1988 precisa ser assimilado com base nesse objetivo de democratização do próprio país, como um todo, e, principalmente, do setor administrativo. Além disso, no âmbito específico do direito à saúde a participação social é garantida nos diferentes níveis de gestão das políticas sanitárias, como será visto a seguir.⁴¹²

A Carta Magna vigente estabelece um legítimo projeto democrático que continua vivo em toda a sua potencialidade, apesar das várias reformas sofridas por Emendas

⁴⁰⁸ Programa composto por diversos profissionais da área de saúde e desenvolvido para realizar um trabalho interdisciplinar com as famílias da comunidade, no âmbito da atenção primária à saúde.

⁴⁰⁹ Assim, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 55 - 56.

⁴¹⁰ Demonstra esta circunstância, MENDES, Eugênio Vilaça. O SUS que temos e o SUS que queremos..., cit., p. 56.

⁴¹¹ Segundo o artigo 198, III da CF/1988: "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: (...) III) participação da comunidade".

⁴¹² Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 137.

Constitucionais. Isso porque as normas que o sustentam permanecem intactas. O texto constitucional faz a primeira menção à democracia já no Preâmbulo⁴¹³ e, em seguida, o artigo 1º expõe os fundamentos da República⁴¹⁴, os quais constituem referenciais para a definição de democracia. Deve ser ressaltado, ainda, o *caput* do artigo 1º, que afirma a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, assim como o seu parágrafo único, que declara explicitamente o povo como fonte de todo o poder – exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente.⁴¹⁵

Ao lado da democracia representativa e da democracia direta, ganha importância a democracia participativa, apontada como a possibilidade dos cidadãos colaborarem com as decisões políticas do Estado, do debate público que define o futuro do país. Diz respeito a uma visão mais refinada do projeto democrático, uma vez que por meio da democracia participativa é a própria comunidade que se democratiza, pois não se trata apenas de estabelecer quem será o responsável pela decisão final: se os representantes eleitos ou o próprio povo. Com o auxílio das ferramentas de democracia participativa o Estado se torna mais próximo da sociedade, minimizando o espaço existente entre aqueles que governam e aqueles que são governados.⁴¹⁶

O projeto democrático definido pela Constituição se reproduz por todos os âmbitos do Estado brasileiro. Todavia, por força do tema trabalhado neste estudo, é importante examinar como o texto constitucional materializar a democracia na esfera administrativa. A própria constitucionalização dos princípios da Administração (artigo 37)⁴¹⁷ demonstra que a Lei

⁴¹³ A Constituição Federal de 1988 declara, no Preâmbulo, que, a partir de 05.10.1988, instituiu-se um “Estado Democrático”. Além disso, determina ao Estado o dever de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

⁴¹⁴ O artigo 1º da CF/1988 traz como fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

⁴¹⁵ Ver PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 137 – 138, o qual complementa que o projeto democrático constitucionalizado não está restrito à possibilidade de escolha dos representantes, por meio da efetivação do direito ao voto. Mais do que isso, a Constituição vigente abrange a oportunidade do exercício direto da democracia. Ademais, a democracia do setor público brasileiro leva à compreensão de que é exatamente o princípio democrático que predomina como regra de legitimidade das ações dos agentes públicos. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 138.

⁴¹⁶ Demonstra esta circunstância, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 138. O autor afirma que a democracia participativa representa direito positivado na Constituição de 1988, o que implica reconhecê-la como norma jurídica. Assim, qualquer atuação do Poder Público que contrarie tal preceito ou que tente afirmar a superioridade ou exclusividade da democracia representativa, deve ser considerada inconstitucional. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 139.

⁴¹⁷ Ver artigo 37 da CF/1988.

Maior procurou reestruturá-la de forma a dar concretude aos elementos democráticos que orientam a República Federativa do Brasil.⁴¹⁸

Para assegurar a democratização da Administração Pública, retira-se do texto constitucional a confirmação de autêntico direito de participação popular. Juridicamente, esse direito indica o modo pelo qual se concretiza a democracia participativa no campo administrativo e possui natureza de direito fundamental, resultante dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático. Origina-se, pois, da interpretação autorizada pela abertura material do catálogo de direitos fundamentais, com base no artigo 5º, §2º da CF/1988⁴¹⁹. Como consequência, aplica-se ao direito de participação o devido regime dos direitos fundamentais.⁴²⁰

Além de simbolizar exigência constitucional, o referido direito marca verdadeiro avanço na atuação administrativa, pois, ao se aproximar da sociedade, as deliberações dos gestores podem ser aprimoradas, conciliando as atividades estatais com as necessidades da população. O que significa que a participação popular é decisiva para a identificação do interesse público. Trata-se de deixar as burocracias dos entes estatais mais responsáveis pelas bases que as legitimam e, principalmente, novos espaços de luta locais são consolidados, estimulando a atuação de atores sociais que serão os interlocutores da cidadania.⁴²¹

A democratização do exercício administrativo na área da saúde pública está fortemente ligada às próprias origens históricas que levaram à configuração do Sistema Único de Saúde, com a determinação do preceito constitucional de participação da comunidade (artigo 198 da CF/1988). A regulamentação desse dispositivo é feita pela lei 8.142/1990, a qual estabelece que o SUS terá, em cada esfera de governo, sem prejuízo das atividades do Poder Legislativo, as seguintes instâncias colegiadas: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. Essa lei cria um importante espaço público de controle social, por meio do qual os cidadãos são inseridos no processo decisório das políticas sanitárias.

⁴¹⁸ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 139.

⁴¹⁹ De acordo com o artigo 5º, §2º da CF/1988, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

⁴²⁰ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 139 – 140; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27. É importante destacar a classificação realizada por Paulo Bonavides, o qual faz referência a quatro gerações de direitos fundamentais. Os direitos de quarta geração, historicamente, estão situados no momento de criação do Estado Social, e se vinculam à democracia, ao pluralismo político, à informação. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 508 e ss. Assim, pode-se considerar o direito de participação – em sua perspectiva formal – como direito implícito e componente da quarta geração de direitos fundamentais, consagrando o Estado Social e Democrático de Direito, no Brasil. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 140.

⁴²¹ Assim, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 140.

5.1.3.1 Conferências de Saúde

As Conferências de Saúde, a princípio, foram instituídas pela Lei nº 378 de 1937, que determinou a organização do Ministério da Educação e Saúde Pública. Nesta época, as conferências realizavam o intercâmbio de informações entre o âmbito federal e os âmbitos estaduais, a possibilitar ao governo federal o conhecimento das atividades de saúde e de educação desenvolvidas em todo o país, com a finalidade de controle de fluxo de recursos financeiros. Não ocorriam com participação popular e apresentavam periodicidade muito inconstante.⁴²²

Diversas conferências aconteceram na história do Brasil, porém a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, foi fundamental para a modificação do sistema de saúde vigente e para a instituição do SUS. Contou com o apoio significativo de segmentos sociais – universidades, sindicatos e profissionais de saúde – que participaram do movimento de reforma sanitária nacional.⁴²³

Segundo o artigo 1.º, § 1.º, da Lei nº 8.142/1990, a Conferência de Saúde deve acontecer, ordinariamente, a cada quatro anos, com a representação de vários segmentos sociais, como usuários, gestores, trabalhadores e prestadores de serviços, para avaliar a situação da saúde e apresentar diretrizes para a elaboração da política de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É, pois, um órgão que proporciona a atuação de amplos setores da sociedade, instituindo um fórum que motiva a constante reflexão sobre as ações e serviços de saúde realizados pelo Poder Público. Ademais, a Conferência opera como importante espaço do qual são produzidos elementos formadores das políticas públicas.⁴²⁴

A Conferência Nacional de Saúde precisa ter representação paritária entre os usuários e demais segmentos, ou seja, metade dos seus integrantes deve ser constituída pelos representantes dos usuários, enquanto que a outra metade é composta pelos demais segmentos – gestores, prestadores de serviço e trabalhadores. Pode ser convocada pelo Poder Executivo

⁴²² Neste sentido, AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 56; RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 109 – 110.

⁴²³ Ver AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 57; Segundo RODRIGUES e SANTOS, a 8ª Conferência representa um divisor de águas na história da saúde pública brasileira, pois não só foi a primeira a contar com a efetiva participação da sociedade civil, mas também definiu os marcos da reforma sanitária, a qual veio a determinar o direito à saúde e o SUS. RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 110.

⁴²⁴ Neste sentido, AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 57; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 144; RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 108 – 109.

ou pelo próprio Conselho de Saúde e deve ser precedida pelas conferências estaduais e municipais. As conferências estaduais devem apresentar periodicidade equivalente às nacionais e as municipais devem ser bianuais, conforme a recomendação da 9ª Conferência Nacional de Saúde.⁴²⁵

5.1.3.2 *Conselhos de Saúde*

Os Conselhos de Saúde, por sua vez, possuem funcionamento permanente e capacidade deliberativa, cabendo a eles atuar no campo de elaboração de estratégias e no controle da realização das políticas de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, em cada nível estatal, devendo as suas decisões serem homologadas pelo Executivo, em cada esfera de governo. Trata-se de órgão colegiado, constituído por representantes estatais, profissionais de saúde, prestadores de serviço e usuários.⁴²⁶ O Decreto nº 7.508/2011, ainda, afirma a necessidade de participação dos Conselhos no mecanismo de planejamento da saúde em todos os níveis da Federação, de maneira que os planos de saúde, que embasam a política pública, precisam ser aprovados pelos respectivos conselhos de saúde.⁴²⁷

Também apresenta caráter paritário de representação dos usuários, que pode ser entendido de duas maneiras. A mais aceita delas é que a lei assegura a participação dos cidadãos. Todavia, quando se observa outras experiências internacionais, percebe-se que essa paridade pode restringir a participação dos usuários, os quais são os maiores interessados no adequado funcionamento dos serviços de saúde.⁴²⁸

⁴²⁵ Assim, AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 57.

⁴²⁶ A Resolução nº 453/2012 do Conselho Nacional de Saúde estipula as diretrizes para a criação, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. RESOLUÇÃO nº 453, de 10 de maio de 2012. Disponível em: «http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0453_10_05_2012.html». Acesso em : 22/02/2017.

⁴²⁷ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 145. O artigo 15 do Decreto 7.508/2011, afirma que “o processo de planejamento da saúde será ascendente e integrado, do nível local até o federal, ouvidos os respectivos Conselhos de Saúde, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros”. DECRETO nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Disponível em : «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm». Acesso em: 22/02/2017.

⁴²⁸ Ver RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 109. Segundo AGUIAR, em 2005, todos os municípios brasileiros tinham os seus conselhos instituídos, o que representa uma média de aproximadamente setenta mil conselheiros, dos quais cerca de trinta e cinco mil correspondem aos usuários do Sistema Único de Saúde, a formalizar, desse modo, a mais ampla rede nacional de instâncias participativas. Conquanto, apesar dos significativos avanços, a atuação dos conselhos de saúde ainda equivale a um grande desafio, diante da prática autoritária e clientelista que caracteriza a administração das políticas

A participação da sociedade por meio das Conferências e dos Conselhos de Saúde é fundamental para o desempenho da gestão e do controle social sobre as políticas sanitárias. Essa participação cumpre um papel importante nas escolhas administrativas, uma vez que a consolidação de mecanismos de diálogo com os cidadãos viabiliza o estabelecimento de condutas mais bem informadas, apoiadas nas verdadeiras necessidades da população. Trata-se de um mecanismo que possibilita a densificação do conteúdo do direito à saúde, com o desenvolvimento de técnicas e atividades apropriadas, de modo que haja uma otimização da atuação do Estado.

Além disso, a atuação popular representa um método eficiente de controle e avaliação das ações dos gestores públicos, quer na fiscalização do uso dos recursos orçamentários, quer na avaliação do cumprimento das políticas sanitárias, a reconhecer os pontos falhos e possíveis medidas de melhoria. Por outro lado, o próprio perfil dinâmico dos programas de ação de governos exige um permanente repensar das atividades que estão sendo desenvolvidas, de forma que os erros e acertos identificados contribuam para a readaptação das políticas de saúde, tornando-as mais eficientes.⁴²⁹

Porém, ainda há muito para avançar no âmbito da participação social. É necessário que ocorra um fortalecimento do papel dos Conselhos de Saúde, os quais, muitas vezes, não possuem estrutura administrativa e técnica suficientes para apoiar a discussão dos problemas e a tomada de decisões sobre as políticas de saúde. Como também existem vários Conselhos com grande dependência do Poder Executivo. Ademais, outro obstáculo a ser superado é o crescente distanciamento entre os gestores e as Conferências e Conselhos de Saúde, pois trata-se de um sério problema que pode ocasionar impasses prejudiciais ao sistema de saúde e às demandas da população.⁴³⁰

Recentemente, por exemplo, duas situações relevantes se tornaram impasses entre o Ministério da Saúde e os órgãos de participação social: a consideração do aborto como questão de saúde pública, refutada pela 13ª Conferência Nacional de Saúde, e o debate acerca da instituição das fundações públicas de direito privado para gerirem unidades de saúde públicas. A primeira situação, consiste em um retrocesso quanto à decisão da 11ª Conferência Nacional, que propunha descriminalizar o aborto por força da elevada mortalidade materna e grande morbimortalidade por câncer ginecológico⁴³¹. A segunda, suspendeu, pelo menos de

públicas, sobretudo no SUS, originando dificuldades prejudiciais à legitimação e à eficácia dos conselhos. (AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde...*, cit., p. 56).

⁴²⁹ Neste sentido, PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde...*, cit., p. 146.

⁴³⁰ Assim, RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 111.

⁴³¹ Recomendação 108 do Relatório Final da 11ª Conferência, p. 133.

modo temporário, uma discussão importante em relação à forma de gestão das unidades públicas de saúde.⁴³²

É importante ressaltar, ainda, o progressivo destaque que as comissões intergestores, Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite (CIB e CIT)⁴³³, vêm a ganhar nas decisões referentes ao SUS, o que pode representar uma certa perda de substância dos Conselhos. Quanto ao financiamento, por exemplo, são as comissões que realizam a distribuição dos recursos federais entre estados e municípios, e somente depois esta decisão é encaminhada para a aprovação dos Conselhos. Há, dessa forma, uma centralização do processo decisório à volta do Ministério da Saúde, que passou a ser o principal cenário de produção de políticas públicas e também o principal ator, em que representantes dos governos estaduais (CONASS) e municipais (CONASEMS) são convocados a participar, por meio da CIT.⁴³⁴

5.1.3.3 *Processos decisórios inclusivos*

No sistema de saúde brasileiro, a atuação dos Conselhos de Saúde e a promoção das Conferências de Saúde são os principais métodos legais que garantem a participação da população e o controle social nessa área. No entanto, existem outras oportunidades e espaços, institucionalizados ou não, em que os conselheiros podem e devem praticar a cidadania a fim de dar força às suas decisões e conduzir a decisão dos gestores. Ao mesmo tempo, o cenário dos atores envolvidos não se restringe aos cidadãos usuários, inclusos ou não nos conselhos formais, acontecendo a abrangência de outros atores como centros de estudo e pesquisa,

⁴³² Assim, RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 111 – 112.

⁴³³ A Comissão Intergestores Bipartite (CIB) diz respeito aos espaços estaduais de interlocução de gestores que visam guiar, regimentar e avaliar as questões operacionais do processo de descentralização dos serviços de saúde. São formadas, de modo paritário, por representantes do governo estadual – indicados pelo Secretário de Estado de Saúde – e por Secretários Municipais de Saúde – indicados pelo órgão de representação do conjunto dos municípios do estado, o Conselho de Secretários Municipais de Saúde (Cosems).

A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) corresponde à instância de articulação no âmbito federal que atua na direção nacional do SUS, composta por gestores do sistema de saúde das três esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tem representação paritária formada por 15 membros, sendo cinco deles indicados pelo Ministério da Saúde (MS), cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass) e cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems). A representação de Estados e Municípios é regional, sendo um representante para cada uma das regiões do Brasil. Na Comissão, as decisões não são tomadas por votação, mas por consenso.

⁴³⁴ Neste sentido, RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania...*, cit., p. 112.

empresas privadas, sindicatos, organizações não-governamentais (ONG), instituições e agências públicas dentro e fora do setor saúde, e outros.⁴³⁵

A constituição dos *Processos Decisórios Inclusivos* (PDI) é uma das mais importantes novidades desenvolvidas na administração da saúde pública. Neste sentido, o governo não é visto como a autoridade que decide por todos, e sim um a mais entre os vários atores envolvidos no processo – “um parceiro entre outros parceiros”.⁴³⁶

Os conselheiros de saúde, juntamente com os gestores e demais atores estratégicos, têm o dever de identificar as prioridades e adotar as medidas necessárias para satisfazê-las. É interessante ressaltar que realizar processos decisórios inclusivos não é uma tarefa fácil e acarreta muitos riscos, como reunir um grande número de atores, surgindo, muitas vezes, discussões desnecessárias, polêmicas e dificuldades de articulação. Como também é possível ocorrer o contrário, ou seja é, não integrar atores importantes que terminam por se sentir excluídos e, por isso, não apoiam o procedimento. É necessário perceber que criar um processo decisório inclusivo pode minimizar os problemas existentes, mas também pode intensificá-los, caso não seja conduzido com a devida prudência.⁴³⁷

A participação do cidadão na elaboração e implementação de políticas sanitárias deve partir, sem dúvida, do entendimento ampliado do conceito de saúde. Nesse contexto, a saúde é compreendida como um fenômeno político, que não se restringe a uma simples racionalidade individualista. É no meio político e, especialmente, na liberdade do cidadão, que as necessidades de saúde se revelam, reproduzidas por conhecimentos, poderes e institucionalidades, em todas as áreas da vida social, dentro de um panorama de justiça social e cidadania.⁴³⁸

A participação social conduzida nesse sentido – como inovação – reconhece e assegura o direito à saúde, democratiza e amplia conhecimentos, saberes e poderes. Conformam-se, assim, técnicas consideráveis e inovadoras referentes à participação da comunidade e ao ingresso do cidadão nas decisões públicas de saúde. A dimensão

⁴³⁵ Neste sentido, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde: experiências brasileiras e européias*. Brasília, 2012, p. 16.

⁴³⁶ Assim, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde...*, cit., p. 17.

⁴³⁷ Neste sentido, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde...*, cit., p. 17.

⁴³⁸ Ver ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde...*, cit., p. 26.

democrática tem ligação direta com o nível e legitimidade da participação social presente nesses experimentos.⁴³⁹

5.2 O direito à saúde em Portugal

Ainda que inserido no elenco constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, o direito fundamental à proteção da saúde tem uma estrutura complexa que não se permite compreender com a simples referência à sua condição de direito social. Na realidade, do mesmo modo que o direito fundamental trazido pelo artigo 64º da Constituição portuguesa apresenta uma dimensão tipicamente positiva ou prestadora – que significa o direito de exigir certas ações dos poderes públicos com o intuito de alcançar à proteção da saúde – contém igualmente uma dimensão negativa, correspondente ao dever de abstenção do Estado e de terceiros de realizarem ações que prejudiquem ou afetem de forma negativa à saúde humana. Na sua dimensão negativa, o direito à saúde apresenta uma estrutura semelhante aos direitos, liberdades e garantias, favorecendo-se, assim, do regime de proteção que lhe é oferecido pela Lei Maior.⁴⁴⁰

Quanto a sua dimensão positiva, o direito fundamental em análise exhibe as características tradicionais de um direito social, o que não significa que se deve rejeitar a sua força jurídica própria, atendendo a sua essência de direito fundamental.⁴⁴¹

É exatamente na conformação de direito social que o direito fundamental à saúde está garantido pela Carta Magna portuguesa. Devido a sua própria estrutura, trata-se de um direito que reclama prestações do Estado e que impõe ao poder público a efetivação de certos deveres, a iniciar pela instituição e gerência do Serviço Nacional de Saúde (SNS), de cuja execução depende a própria concretização desse direito fundamental.

⁴³⁹ Ver ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde...*, cit., p. 26.

⁴⁴⁰ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 45 – 46; a defender que algumas das pretensões específicas retiradas do artigo 64º da Lei Fundamental, têm uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1310. Em sentido divergente, afirmando que o direito à saúde, na qualidade de direito social típico, não pode ser considerado como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, cf. LOPES, J. J. Almeida. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 409.

⁴⁴¹ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 46; admitindo a possibilidade da dimensão positiva e prestacional do direito à proteção da saúde também poder, em alguns aspectos, apresentar uma natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada...*, cit., p. 1311.

A seguir, será abrangido o surgimento da saúde como necessidade coletiva e a criação do Estado-providência, na Europa, fato que modifica radicalmente a concepção de relação entre saúde e Estado.

5.2.1 Estado providência e políticas de saúde

O desejo de proteção à saúde humana ou, noutro prisma, a luta contra a doença, acompanha a história da humanidade. O advento da medicina, ainda na Antiguidade, é o resultado maior dessa pretensão. A princípio, a saúde foi entendida como um bem de natureza meramente individual, cuja efetivação não cabe à comunidade política organizada, mas sim a cada cidadão individualmente considerado, tendo papel essencial a relação médico-paciente.⁴⁴²

No entanto, logo percebe-se a importância coletiva do bem saúde e da sua imprescindibilidade para a manutenção da vida das pessoas.⁴⁴³ Essa percepção surge, primeiramente, em consequência da natureza comunitária das epidemias e, depois, do conhecimento assimilado por meio da ciência, que esclarece a ligação direta entre a higiene pessoal, as condições de salubridade do espaço público, da qualidade da água, do ar e da alimentação, e a existência de certas doenças. Dessa forma, a saúde deixa de ser apenas um bem exclusivamente individual e ganha relevância pública, com a consequente aceitação da responsabilidade do seu cuidado por parte do Estado. Todavia, a ação estatal voltada para a promoção da saúde é, num momento inicial, restrita à política administrativa, no sentido de atuar na manutenção da ordem pública sanitária, e não especificamente direcionada ao fornecimento de cuidados aos cidadãos. Este dever – o de prestar cuidados de saúde para os enfermos – era habitualmente realizado por instituições de cunho religioso, caracterizadas por um espírito assistencialista.⁴⁴⁴

As ameaças do período industrial trazem novas preocupações aos poderes públicos quanto à saúde. A necessidade do desenvolvimento de novas ações diante de uma crescente população urbana, desprovida dos laços de solidariedade observados nas sociedades rurais,

⁴⁴² Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 9.

⁴⁴³ No Império Romano, as autoridades já demonstravam preocupações com a higiene pública, representadas na implantação de banhos públicos e na realização de inspeções a estabelecimentos de venda de algumas mercadorias. Sobre a evolução da relação entre Estado e saúde, ver GOMES, Carla Amado. *Defesa da saúde pública vs. liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 6.

⁴⁴⁴ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 10.

associada aos efeitos nocivos de um novo modo de vida, inúmeras vezes com repercussões devastadoras em relação à saúde dos trabalhadores, convocou o Estado para a missão de organizar um modelo de cobertura de riscos, sobretudo o risco de doenças. Este sistema, iniciado na Alemanha prussiana de finais de século XIX, assenta na instituição de seguros obrigatórios, custeados tanto pelo empregador como pelo trabalhador.⁴⁴⁵

No século XX, exatamente no pós-Segunda Guerra Mundial, acontece uma grande transformação no modo de se perceber a relação entre a saúde e o Estado, que mostra-se vigorosamente marcada pela criação, na Europa, daquilo que se convencionou denominar Estado providência, social ou de bem-estar.⁴⁴⁶ No âmbito da saúde, o Estado deixa de intervir somente para assegurar a preservação da ordem pública sanitária, mas, de maneira inédita, passa a prestar, por intermédio de um serviço próprio de carácter público, os cuidados de saúde necessários a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores segurados. Esse progresso é explicado pelo reconhecimento da saúde como bem fundamental de todo o ser humano, imprescindível à concretização de sua dignidade, e de cuja responsabilidade o Estado não pode se ausentar. Demonstração desse movimento de afirmação da essencialidade da saúde é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que determina, em seu artigo 25º, o direito de toda a pessoa à segurança no desemprego, na invalidez, na doença, na viuvez, na velhice ou noutros contextos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.⁴⁴⁷

A doutrina ressalta que na década de 40, do século XX, surgem as primeiras perspectivas do direito à saúde em Portugal. Trata-se de um período conhecido como *edificação estrutural dispersa*⁴⁴⁸. Nesta década, são consolidadas as bases do movimento de

⁴⁴⁵ Ver ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 10 – 11. Pode-se afirmar que a conformação da saúde como direito em Portugal tem semelhanças e divergências no que diz respeito aos pressupostos do direito à saúde no Brasil. De forma precisa, se no Brasil o mecanismo para entender originariamente o direito à saúde está nos movimentos sociais, com particular ênfase para o Movimento de Reforma Sanitária, em Portugal a atenção central volta-se para o Estado e, mais pontualmente, para o governo. Isto é, num país, pluralismo e política recebem destaque, enquanto, no outro, a governamentalidade fica em evidência. O que não significa que estes elementos não passam a se enfatizar ou se restringir em ambas as experiências, no decurso do tempo.

⁴⁴⁶ Segundo SANTOS, o Estado-providência é o resultado de um compromisso entre o Estado, o capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte de sua autonomia e de seus lucros, e os trabalhadores a parte de suas reivindicações. Estas renúncias são administradas pelo Estado, o qual transforma os recursos financeiros que se originam da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 23, 1987, p. 14.

⁴⁴⁷ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 11.

⁴⁴⁸ Sobre o assunto, ver CARAPINHEIRO, Graça; PAGE, Paula. As determinantes globais do sistema de saúde português. In: HESPANHA, P. (ORG.); CARAPINHEIRO, G. (ORG.) *Risco social e incerteza – pode o Estado social recuar mais?* Porto: Afrontamento, 2002, p. 84.

saúde pública no país. Contudo, é importante dizer que este movimento não apresenta relação direta com o movimento da reforma sanitária brasileiro, uma vez que o movimento português acontece por influência – e em certas situações, por determinação – de instituições internacionais, especialmente a Organização Mundial de Saúde (OMS). No Brasil, por seu turno, o movimento representa uma reunião de intelectuais, sanitaristas, estudantes, e outros, com o propósito de criar um modelo de saúde pública nacional, baseado na ampliação da cidadania e na democratização radical do sistema de saúde.⁴⁴⁹

Destaque-se que essa estruturação do sistema de saúde não acontece propriamente pela via legislativa. No cenário português, inclusive devido ao sistema parlamentarista historicamente vigente, a organização do sistema de saúde ocorre, em grande parte, pelo Poder Executivo, por meios de decretos-lei.⁴⁵⁰

Nas décadas de 50 e de 60, ainda é possível perceber uma grande influência internacional nas políticas de saúde do país. Este fato indica que as transformações sofridas pela saúde em Portugal não são, necessariamente, conduzidas ou acompanhadas por mudanças da cultura política dos atores sociais. Enquanto a década de 40 é particularmente marcada pela construção de estruturas que consolidam o sistema de saúde, a década de 50 é caracterizada pela criação de quadros de pessoal para essas estruturas e pela implantação de seu funcionamento. Assim, o Executivo português, especialmente com uma assistência mais cotidiana da Organização Mundial de Saúde, passa a investir na expansão do quadro de pessoal, o que leva a um aporte maior de capital no domínio da saúde.

Nos anos 70, a influência internacional torna-se mais intensa no sentido de organizar estruturas que combinem as exigências da OMS ao sistema nacional português. Após o início do regime democrático, em 1974, qualquer alteração no sistema de saúde precisa atender, de um lado, aos anseios da OMS e, de outro, às particularidades nacionais. Nesse período, por força das mudanças ocorridas na estrutura política da sociedade, observa-se o

⁴⁴⁹ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 166, o qual relata que os alicerces dos movimentos internacionais de saúde pública aludem à 17/01/1912, altura em que ocorre – em Paris – uma Convenção Sanitária que deu origem à Convenção Sanitária Internacional, cuja Carta de Confirmação veio a ser assinada na mesma cidade em 21/06/1926. Em Portugal, tal Convenção foi publicada integralmente no ano de 1942, exatamente na década da edificação estrutural dispersa do sistema de saúde lusitano. Segundo CARAPINHEIRO e PAGE, o movimento de saúde pública português esteve fortemente marcado pelos movimentos internacionais e supranacionais, que ganham forma por meio da criação de várias organizações no período pós- Segunda Guerra Mundial. CARAPINHEIRO, Graça; PAGE, Paula. *As determinantes globais...*, cit., p. 84.

⁴⁵⁰ Como exemplo da estruturação do sistema de saúde por meio de Decreto-lei, pode-se citar o Decreto-lei 35.108, de novembro de 1945, que determina a criação da Direção-Geral de Saúde, com a incumbência de construir o sistema de assistência em saúde português. ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 167.

desenvolvimento dos primeiros programas sistemáticos e o fortalecimento do Estado-providência, que reflete no crescimento das despesas públicas em proteção social. Entretanto, este arranque acontece num contexto internacional de crise econômica, propriamente quando os Estados-providências mais desenvolvidos começam a perceber a necessidade de adotar medidas mais restritivas.

Há, então, um incremento dos gastos públicos portugueses com o setor saúde, sobretudo na construção de hospitais e disponibilização de serviços de baixa, média e alta complexidade. Isso aumenta consideravelmente os custos e a necessidade de planejamento orçamentário prévio. As novas despesas envolvem a criação de organismos estatais que regulam e produzem os serviços dos quais o Estado se encarrega, desde a criação de ferramentas de orientação, até a instituição do Serviço Nacional de Saúde. No entanto, há um momento em que as despesas elevam-se mais do que o PIB, tornando o Estado-providência uma forma política complexa e contraditória.⁴⁵¹

5.2.1.1 *A crise do Estado-providência*

É essencial a compreensão de duas características do Estado-providência português nas décadas de 70 e 80 para um melhor entendimento das estratégias de reivindicação do direito à saúde nos dias atuais. Existem duas circunstâncias históricas que marcam a sociedade portuguesa ao longo do século XX, especialmente na segunda metade. A primeira é a persistência de um regime ditatorial até a chegada da década de 70, fato que adia a modernização do aparelho administrativo e a determinação dos direitos de cidadania, já difundidos no restante da Europa. A segunda diz respeito ao caráter tardio do processo de desruralização da sociedade, ou seja, a demora para o início da industrialização e da urbanização.⁴⁵²

Não é por acaso que os estudiosos da realidade europeia da saúde discutem exatamente as características econômicas e sociais de cada país, pois interferem de modo direto nas políticas públicas estabelecidas. No caso português, em função do elemento

⁴⁵¹ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 15 – 16.

⁴⁵² Demonstra esta circunstância, PORTUGAL, Sílvia. *Quem tem amigos tem saúde: o papel das redes sociais no acesso aos cuidados de saúde*. Comunicação apresentada no Simpósio “Família, Redes Sociais e Saúde”, na Universidade de Hamburgo, 2005, p. 1 – 2. Disponível em: «<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/235.pdf>». Acesso em: 07/04/2017.

ruralizado que marca a história, alguns doutrinadores⁴⁵³ defendem que sequer houve um Estado-providência em sentido técnico, destacando a existência de desigualdades regionais e de uma administração pública autoritária e desarticulada.

Em Portugal, assim como na Itália, Espanha e Grécia, cria-se um *modelo social do sul* que possui quatro aspectos fundamentais: 1) um sistema fortemente fragmentado e corporativista, no qual se percebe a coexistência de uma generosa proteção para determinados setores da população, sobretudo localizados nas áreas urbanas, com a ausência total para outros; 2) a instituição de um Sistema Nacional de Saúde criado sobre princípios universalistas; 3) pouca penetração do Estado na proteção social com um complexo convênio entre atores e instituições públicas e privadas; 4) a constância do clientelismo no acesso à tutela social do Estado, o que pode permitir o estabelecimento de estratégias informais de concretização da saúde com iniciativas de solidariedade e entreajuda.⁴⁵⁴

Por certo, a cobertura das ações e serviços de saúde é ampliada ao logo das décadas de 70 e 80, porém o aumento dessa oferta não impede que boa parte da população, em especial aqueles que estão às margens do mercado de trabalho formal, fique parcialmente excluída da proteção do Estado. Tal expansão não representa, obrigatoriamente, a democratização da saúde, sobretudo com a presença do clientelismo na sociedade portuguesa, proveniente dos anos autoritários.

Em contrapartida, as eventuais deficiências do Estado-providência não refletem em uma *ruptura social* ou um *abalo no tecido social*. Apesar do déficit providencial, o nível de saúde da população portuguesa melhora significativamente, uma vez que as deficiências estatais de saúde e segurança social são, em parte, compensadas pela sociedade-providência, uma sociedade rica em relação de comunidade, que corresponde a redes de relações de interconhecimento e de entreajuda com base em laços de parentesco e de vizinhança, por meio das quais pequenos segmentos sociais trocam bens e serviços com uma lógica de reciprocidade. Nesse campo, o que caracteriza particularmente o povo português é a grande presença de uma medicina popular ao lado da medicina oficial, a atuar como um mecanismo compensatório das deficiências da medicina oferecida pelo Estado ou da inacessibilidade da medicina privada.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Ver, por todos, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 32.

⁴⁵⁴ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 169; PORTUGAL, Sílvia. *Quem tem amigos tem saúde...*, cit., p. 3

⁴⁵⁵ Neste sentido, PORTUGAL, Sílvia. *Quem tem amigos tem saúde...*, cit., p. 4; SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 32 e segs., o qual afirma que "em Portugal um Estado-Providência fraco coexiste com uma Sociedade-Providência forte".

Portanto, o dilema levantado pela crise do Estado-providência nas sociedades ocidentais leva à (re)descoberta da sociedade-providência, ou seja, à concepção de que as redes informais de solidariedade, especialmente a família, são um importante instrumento de apoio social e, por conseguinte, devem ser levadas em consideração quando se fala em produção total de bem-estar numa sociedade. O principal objetivo é perceber não somente a contribuição da família para o bem-estar social das pessoas, mas também as conexões entre a sociedade-providência e o Estado-providência, assim como as conexões entre Estado-providência e mercado.⁴⁵⁶

Em relação às políticas públicas, cria-se o Serviço Nacional de Saúde (SNS) com o propósito de sedimentar um serviço gerido pelo Estado e de acordo com os princípios da universalização dos cuidados médicos e da socialização da produção de bens e serviços de saúde. Porém, tal serviço é implantado gradativamente, pois seu objetivo essencial é muito ambicioso e só será alcançado a longo prazo.⁴⁵⁷

O projeto de Estado e de sociedade presente na Constituição de 1976 já se encontra em crise no momento em que a Carta Magna é promulgada. Uma crise que aumenta nos anos subsequentes e que arrasta consigo os aspectos mais avançados deste projeto, inclusive o Serviço Nacional de Saúde. De modo geral, a crise reside no fato de que enquanto a Lei Maior aponta para um Estado progressivamente mais autônomo em relação aos interesses de capital, o exercício prático da governação se conduz por uma dependência crescente, uma dependência não apenas financeira, mas que já se mostra como dependência estrutural e ideológica. O discurso do anti-estatismo e a crítica do Estado-empresário⁴⁵⁸ – produtor de bens comerciáveis – começa a perverter a atuação do Estado-providência, que adota políticas de desvalorização da força de trabalho e dos direitos sociais. Ora, o SNS deseja exatamente o contrário, a revalorização dos direitos sociais no âmbito da saúde e a sua concretização atinge

⁴⁵⁶ Assim, PORTUGAL, Sílvia. *Quem tem amigos tem saúde...*, cit., p. 4.

⁴⁵⁷ Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 46 – 47. O referido autor acrescenta que o objetivo essencial do Serviço Nacional de Saúde é o de alcançar o completo bem-estar físico, mental e social, para além da inexistência de doença ou de enfermidade, a que corresponde o conceito internacional de saúde. E complementa-se pelo objetivo paralelo de conseguir uma situação de equilíbrio favorável nas relações entre os indivíduos e o ambiente comunitário em que vivem, revelando a nova concepção de saúde da comunidade.

⁴⁵⁸ O Estado-empresário é formado pelo conjunto de atividades diretamente produtivas proporcionadas pelo Estado – bens comerciáveis –, ou seja, pela acumulação de capital estatal. Apesar de não ser sempre fácil diferenciar essas atividades das de investimento social, indiretamente produtivas e incluídas no pacto político do Estado-providência, não há dúvidas de que o Estado-empresário pretende criar bens e serviços a preço de mercado, ao contrário daquele. De outro modo, embora as atividades diretamente produtivas – sendo lucrativas – possam financiar os custos do Estado-providência, as duas formas políticas continuam distintas. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 31.

os diferentes interesses capitalistas constantes na produção da medicina privada. Fica, assim, criada a principal condição para o surgimento do Estado paralelo no campo da saúde.⁴⁵⁹

Um dos principais atores contrários ao papel predominante do Estado na saúde é a Ordem dos Médicos, que demonstra uma forte resistência ao SNS e se porta como um verdadeiro grupo de pressão. Os principais argumentos invocados contra o SNS são: 1) este serviço restringe o princípio da livre escolha do médico pelo paciente; 2) transforma os profissionais de saúde, nomeadamente os médicos, em meros funcionários do Estado; 3) ocorre uma burocratização – “caixificação” – do aparelho de saúde com a consequente perda da qualidade e da eficiência dos serviços; 4) distancia-se do modelo europeu de sistema de saúde, voltado para a medicina convencionada e para o seguro-doença; 5) representa um significativo dispêndio de recursos públicos nacionais.⁴⁶⁰

Percebendo no SNS o fim da medicina liberal, a Ordem dos Médicos opôs-lhe um projeto alternativo, totalmente distinto, tanto nos processos de estruturação como na filosofia de base, que consiste no modelo da prestação dos cuidados médicos pelos profissionais privados em regime de convenção com o Estado. O vazio legislativo que assim se restabelece permite observar que transitam na sociedade dois projetos contraditórios de política de saúde e que o Estado, apesar de obrigado constitucionalmente a um deles, não apresenta força ou desejo político para o realizar.⁴⁶¹

Devido à existência do Estado paralelo e da pressão da Ordem dos Médicos, a Lei de Bases da saúde – aprovada pela Assembléia da República em 29 de junho de 1979 – torna-se uma norma geral e abstrata, carente de regulamentação efetiva.

Portanto, o período entre 1976 e 1980 define-se por um impasse absoluto, em que as várias tentativas de implantação do Serviço Nacional de Saúde são sucessivamente impedidas.

No ano de 1980 um novo período se inicia, no qual o Estado lança um modelo inédito de prestação de cuidados de saúde, diferente do consagrado na Constituição e, também, parcialmente distinto do proposto pela Ordem dos Médicos. Diz respeito a um modelo cujos moldes vão se definindo com as sucessivas atuações estatais, mas que de modo geral pretende

⁴⁵⁹ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 46. O mesmo autor explica que no Estado-providência português existe uma grande dependência do Governo em relação às burocracias. Com isso, as autonomias relativas que surgem no interior do Estado entre os seus diversos aparelhos atingem, às vezes, tal grau que se pode mencionar a existência de vários micro-estados dentro do próprio Estado. É este o fenômeno definido como Estado paralelo, o qual tolera ou até mesmo promove diversas maneiras ilegais de privatização dos recursos públicos, constituindo como que uma economia subterrânea estatal. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 21 e 42. De modo que não é incomum observar alguns cidadãos segurados em três ou quatro subsistemas diferentes, simultaneamente.

⁴⁶⁰ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 171; SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 47.

⁴⁶¹ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 47 – 48.

“desideologizar” as políticas públicas de saúde, sujeitando-as a critérios de rentabilidade econômico-financeira.⁴⁶²

Na prática, este modelo dirige-se conforme dois vetores principais: 1) a desvalorização gradual dos direitos sociais por meio da degradação da qualidade dos serviços prestados – cortes de pessoal, reorganização administrativa; 2) a remercadorização parcial dos bens e serviços de saúde por meio da transferência da produção para agentes privados, saindo o Estado do papel de produtor para assumir o papel de financiador total ou parcial. No entanto, sendo o setor saúde um cenário onde atuam poderosos grupos de pressão, como a Ordem dos Médicos, a Associação Nacional de Farmácias e outros, e estando o SNS previsto na Lei Fundamental, o processo de implantação desse novo modelo teria forçosamente de ser lento e não linear. Manifestar explicitamente a forma de Estado paralelo faz aumentar a heterogeneidade ou mesmo a contradição interna de atuação do Estado, bem representadas em inúmeras declarações de inconstitucionalidade de decisões do Governo.⁴⁶³

Paralelamente, a medicina liberal recupera certa margem de negociação com o Estado, ajustando-se convenções entre a Ordem dos Médicos e os serviços públicos de saúde, a criar, dessa forma, a medicina convencionada.⁴⁶⁴

Uma das características do Estado-providência é a existência de uma Administração Pública que incorpora efetivamente os direitos sociais, especialmente o direito à saúde. Essa interiorização significa, entre outras coisas, que os serviços públicos por meio dos quais se traduz o exercício dos referidos direitos são tratados pela própria Administração, que os organiza ou os produz como integrantes fundamentais do pacto social e, assim, como algo incontestável a que se tem direito.⁴⁶⁵

São vários os indícios que levam ao entendimento de que a Administração Pública portuguesa ainda não internalizou a existência dos direitos sociais e, desse modo, não a converteu numa prática e numa ideologia de serviço. Este é, exatamente, um dos motivos que levam o Estado português a não ser um Estado-providência em sentido técnico. É antiga a tradição de autoritarismo na Administração portuguesa, tradição esta que transpassa a crise revolucionária de 1974 – 1975 e que se revela de inúmeras formas. As prestações sociais são realizadas de modo precário e não merecido, algo como um sistema de solidariedade a que o

⁴⁶² Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 49.

⁴⁶³ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 49.

⁴⁶⁴ Assim, CARAPINHEIRO, Graça; CÔRTEZ, Soraya. *Conflitualidades e mudanças face a novos cenários globais: o caso dos sistemas de saúde português e brasileiro*. Revista Crítica de Ciências sociais, n. 57/58, jun./nov., 2000, p. 269.

⁴⁶⁵ Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 57 – 58.

Estado é levado a atuar sem convicção. Ao mesmo tempo, a prestação de serviços diante do sociedade foi construída por uma prática privatista e discricionária que afasta qualquer identificação com os utentes. Essa identificação apenas é percebida quando os cidadãos conseguem a individualização da sua presença, seja por meio de relações face-a-face – amizade, parentesco – seja por meio de contribuições informais. Ou seja, quando os utentes manipulam a seu favor o perfil privatístico e discricionário da atuação administrativa.⁴⁶⁶

No âmbito específico da saúde, a falta de identificação para com o utente tem um efeito particularmente gravoso no contato das pessoas com o Poder Público, já que esse contato ocorre no instante em que os utentes, por estarem doentes, encontram-se numa circunstância especial de dependência, de carência e de insegurança. Além da dependência estrutural, existe a dependência pessoal em relação não só aos profissionais de saúde como também aos funcionários administrativos em geral.⁴⁶⁷

Esse autoritarismo tradicional trouxe certos problemas ao Estado, uma vez que o particularismo e a discricionariedade das ações administrativas são socialmente perceptíveis em níveis que afetam de forma negativa a legitimidade estatal. Daí a tendência desse autoritarismo ser substituído por outro, simultaneamente, menos visível e mais livre para os objetivos gerais da dominação do Estado.⁴⁶⁸

Mesmo nos países capitalistas mais avançados se desenha um progresso no sentido de um maior autoritarismo político-administrativo como instrumento de mudança pelo qual está a passar o Estado-providência. Esse novo autoritarismo traduz-se numa série de reformas tendentes a passar de uma administração profissional para uma administração burocrática e desta para uma administração tecnocrata. Esta última serve melhor aos objetivos almejados, pois legitima-se frente à opinião pública por meio de um discurso de eficiência e de rigor administrativo – por isso a invisibilidade social da desvalorização das políticas sociais –, anula a autonomia profissional por intermédio da desprofissionalização relativa das funções e da desvalorização das posições hierárquicas e impersonaliza os processos de decisão por meio da utilização maciça de material informático, tornando plausível a imagem de imparcialidade administrativa do Estado.⁴⁶⁹

De modo geral, pode se dizer que também no Estado português tem em curso reformas que apontavam para um *autoritarismo tecnocrático*, em que as ações adotadas ou anunciadas no plano da gestão hospitalar, por exemplo, aparentam se incorporar nesse objetivo e possuem

⁴⁶⁶ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 58.

⁴⁶⁷ Assim, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 58 – 59.

⁴⁶⁸ Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 59.

⁴⁶⁹ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 59 – 60.

semelhança com as adotadas ou anunciadas em outros países. Todavia, mesmo nesse plano, o processo português tem certas peculiaridades e o impacto das medidas também pode ser diferente.⁴⁷⁰

Entretanto, o Estado português considera-se, neste momento, suficientemente legitimado para continuar as reformas administrativas impostas por esse modelo. A base de tal legitimação parece residir em dois motivos principais. O primeiro é que o Estado paralelo e o aumento da economia subterrâneo estatal geram na opinião pública a lógica de que algo precisa ser feito para remoralizar a atuação do Estado. Assim, o Estado faz da fraqueza do seu desempenho prático a força moral para realizar as reformas que eram antes política e ideologicamente impraticáveis. O segundo é que as reformas em curso demonstram que o processo de construção do autoritarismo tecnocrático está, nesta ocasião, num estágio inicial que equivale à demolição do modelo administrativo assentado na autoridade profissional. Neste estágio, o dever basilar é desmoralizar o exercício e a ideologia da autonomia profissional que sempre caracterizou os profissionais de saúde e, especialmente, a classe médica.⁴⁷¹

Não é estranho, pois, que as organizações profissionais, sobretudo a Ordem dos Médicos e o Sindicato, mostrem resistência e busquem o apoio do povo para defender os interesses profissionais. Acontece, no entanto, que, no que se refere à Ordem dos Médicos, a sua postura nos últimos tempos não contribuiu para criar na opinião pública uma imagem favorável da classe médica ao ponto de sustentar, agora, na opinião dos cidadãos, a defesa dos seus interesses corporativos. Com efeito, por um longo período, a Ordem dos Médicos se identificou bastante com um modelo liberal de cuidados de saúde fundado nas regras do mercado. Modelo este que por envolver gastos públicos intoleráveis, acaba por importar numa política de saúde limitada e injusta. Dessa forma, a Ordem dos Médicos desligou-se de todo pacto social que envolvesse, entre os seus integrantes, o serviço público e a solidariedade social.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 60. Tal autor explica que são conhecidas as grandes assimetrias regionais que configuram em geral a sociedade portuguesa e também a oferta e demanda por cuidados de saúde. O dualismo de que se parte o autoritarismo tecnocrático – práticas dualistas que emanam da consolidação do complexo social-industrial, isto é, da necessidade de privilegiar com sistematicidade certos agentes privados, como empresas multinacionais fornecedoras de equipamento médico, por exemplo – pode vir a agravar algumas dessas assimetrias. Inclusive o agravamento das assimetrias pode acontecer paralelamente à sua invisibilidade social: na proporção em que se eleva a complexidade e a diversificação interna dos bens e serviços produzidos, a universalização dos serviços realizados pode simplesmente coexistir com diferenças absurdas de qualidade, difíceis de reconhecer estatisticamente. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 60.

⁴⁷¹ Assim, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 60 – 61.

⁴⁷² Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 61.

Por tudo isso, a classe médica tem sido um tanto deslegitimada frente a opinião pública e a legitimidade que ela perde é passada para a atuação do Estado. Diante disso, parecem estar criados alguns dos requisitos para o Estado executar, com êxito, a etapa inicial do processo de reconstrução da Administração Pública conforme o modelo do autoritarismo tecnocrático. Embora muito provavelmente tal processo seja mais lento e sinuoso do que se preconiza, principalmente porque a Ordem dos Médicos pode atuar como órgão de veto com certa independência quanto ao grau de legitimidade da sociedade médica junto da opinião pública. Contudo, esse modo de resistência mostra-se cada vez mais contraditório e passível de resultados perversos. A fuga à funcionalização da atividade profissional na esfera pública pode ter como opção cada vez mais provável a proletarização da atividade profissional ao serviço do capital privado. O impasse será, pois, entre autoritarismo tecnocrático estatal e autoritarismo tecnocrático privado.⁴⁷³

Portanto, observa-se que as políticas públicas representam a porção mais significativa do quadro da saúde em Portugal, mas não representam a totalidade do quadro. Entre a década de 40 e 80, há a construção de três modelos de produção em saúde os quais se relacionam de modo complexo, heterogêneo e contraditório: o modelo de produção estatal, o modelo de produção popular e o modelo de produção capitalista – privado. A existência de uma articulação entre esses modelos significa, no âmbito das políticas de saúde, que os défices de eficiência da medicina oficial são de alguma forma compensados pela ação da medicina popular e da medicina privada. Ou seja, a sociedade-providência e a medicina privada procuram preencher certas ausências do Estado-providência.

Na década de 90 em diante, surge um novo modelo de produção em saúde para conviver e influenciar o Estado-providência denominado de modelo de produção europeu, que será abordado no item seguinte.

5.2.2 Modelo de produção europeu em saúde

A década de 90 em diante é amplamente marcada por um novo modelo de produção em saúde com delineamentos comunitários europeus. Tal modelo de produção age mutuamente com os demais, deixando ainda mais complexo o cenário da concretização da

⁴⁷³ Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade...*, cit., p. 61 – 62.

saúde como direito em Portugal. Assim, não é possível pensar no sistema de saúde português como rigorosamente nacional.⁴⁷⁴

Os Tratados de Maastrich e de Amsterdam, de 1992 e 1997, respectivamente, estabelecem um novo modo de conceber os sistemas de saúde na Europa, procurando agregá-los e conferi-los uma uniformização estrutural.

Vários instrumentos são usados como forma de reforçar os referidos Tratados, conferindo-lhes aplicabilidade e densidade nos países europeus. Nesse sentido pode-se mencionar a Carta Ljubljana, de 1996, que busca o desenvolvimento de um sistema de saúde baseado na ideia de participação social, responsabilização do indivíduo e cuidados primários; bem como a Iniciativa de Verona, de 1998, que versa sobre a racionalização dos investimentos no domínio da saúde e da harmonia entre os sistemas de saúde nacional e internacional.⁴⁷⁵

Por isso, o Governo português busca cumprir, sempre que possível, as orientações europeias de participação social, de descentralização e gestão financeira horizontal. O Decreto-lei nº 157/99 é exemplo disso, o qual concede personalidade jurídica aos centros de saúde e às unidades de saúde como forma de ressaltar o localismo.⁴⁷⁶

O Direito da União Europeia ocupa uma posição cada vez mais decisiva na formação do Direito da Saúde. A força expansiva das normas comunitárias no campo de prestação de cuidados de saúde tem como razão a defesa das liberdades fundamentais consagradas nos Tratados. Este fato se torna evidente com a necessidade de emissão de um Regulamento sobre a coordenação dos sistemas de segurança social dos Estados-membros e, de modo mais recente, de uma Diretiva que trata da prestação de cuidados de saúde transfronteiriços. Enquanto o Regulamento diz respeito à eliminação de um obstáculo à livre circulação dos cidadãos europeus, a Diretiva impede que os Estados apliquem restrições à liberdade de prestação de serviços médicos no contexto da União.⁴⁷⁷

O Regulamento nº 883/2004⁴⁷⁸, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, visa prevenir que as diferenças existentes entre os sistemas nacionais impossibilitem a livre circulação de pessoas no território europeu, garantindo aos beneficiários do sistema de segurança social de determinado Estado-membro (Estado-membro competente) um conjunto de direitos, mesmo nas situações em que residam

⁴⁷⁴ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 174.

⁴⁷⁵ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 175.

⁴⁷⁶ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 175.

⁴⁷⁷ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 282.

⁴⁷⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 883 do Parlamento Europeu e do Conselho, 2004. Disponível em: « [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0883R\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0883R(01)&from=PT)». Acesso em: 15/04/2017.

ou se encontrem em outro Estado da União. Em diversos Estados-membros, a cobertura do risco de doença está entre as prestações garantidas pelos regimes de segurança social, motivo que leva este normativo a também ser aplicado às prestações de cuidados de saúde.⁴⁷⁹

Para o que importa ao presente trabalho, tal regulamento prevê três regras distintas, conforme o segurado: 1) resida em Estado-membro que não corresponda ao Estado-membro competente; 2) tenha residência temporária noutro Estado-membro que não seja o Estado-membro competente; ou 3) viaje com o intuito de obter cuidados de saúde fora do Estado-membro de residência.⁴⁸⁰

Na situação em que a pessoa beneficiária ou os seus familiares residem em Estado-membro que não seja o Estado-membro competente, recebem as mesmas prestações a que teriam direito na instituição do lugar de residência, segundo as disposições legais daquele Estado, como se fossem beneficiários conforme essa legislação (artigo 17º).⁴⁸¹

Durante uma estadia – residência temporária – em outro Estado-membro, a pessoa segurada e os seus familiares beneficiam das prestações de saúde que se tornem clinicamente necessárias no período da sua estada, em função da natureza das prestações e do intervalo de tempo previsto da estada, as quais são realizadas segundo a legislação do lugar da estada, como se os interessados estivessem segurados de acordo com essa legislação (artigo 19º).⁴⁸²

Por fim, se a pessoa segurada ou seus familiares viajarem para outro Estado-membro, que não seja o da sua residência, *com o intuito de receber cuidados de saúde*, precisam pedir autorização a instituição competente – artigo 20º, n.º 1 –, a qual não pode ser negada se a prestação em questão incluir-se entre as prestações estabelecidas pela legislação do Estado-membro onde o interessado reside e não puder ser efetuada dentro de “um prazo clinicamente seguro”, atendendo ao seu estado de saúde e ao provável agravamento da doença.

Se nos dois primeiros casos, residência ou estadia do beneficiário em Estado-membro que não o Estado-membro competente, é fácil compreender o regime trazido pelo Regulamento n.º 883/2004 como instrumento de efetivação da liberdade de circulação de pessoas no espaço da União Europeia, o mesmo não ocorre em relação à possibilidade de realização de viagem com a intenção de obter cuidados de saúde, pois, nesta circunstância, a pessoa segurada deseja apenas ver concretizado o direito às prestações de saúde em instituição diferente daquela a que teria direito conforme a legislação do Estado competente. Nesta ótica, a previsão desta hipótese já representa um embrião do reconhecimento de um *legítimo direito*

⁴⁷⁹ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 283.

⁴⁸⁰ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 283.

⁴⁸¹ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 283.

⁴⁸² Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 283.

subjetivo à prestação de cuidados de saúde em tempo clinicamente aceitável, independentemente de argumentos voltados para a defesa das liberdades de circulação ou de prestação de serviços. Desse modo, a saúde deixa de ser um instrumento à concretização de outros direitos e ganha autonomia na qualidade de bem jurídico individual a tutelar, de *per se*, na esfera do Direito da União.⁴⁸³

Já a Diretiva 2011/24/UE⁴⁸⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho, referente ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, representa um profundo trabalho jurisprudencial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em que se discutiu, em inúmeros acórdãos, sobre o tema da conformidade das legislações nacionais a respeito de reembolso de despesas de saúde relacionadas a cuidados recebidos em outro Estado-membro, com as liberdades de prestação de serviços e de circulação de mercadorias consolidadas no Tratado.⁴⁸⁵

Tal Diretiva aplica-se, em regra, à prestação de cuidados de saúde aos doentes, independentemente da maneira como sejam prestados, financiados ou organizados (art. 2º, n.º 2). Por “cuidados de saúde” entende-se os serviços de saúde realizados por profissionais de saúde aos doentes com a finalidade de avaliar, manter ou recuperar o seu estado de saúde, envolvendo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e dispositivos médicos (art. 3º, alínea a). Por “doente” entende-se pessoa singular que busque receber ou receba cuidados de saúde em outro Estado da União. Dessa forma, as regras de cuidados de saúde transfronteiriços não são somente aplicáveis às pessoas seguradas, isto é, àquelas que são abrangidas pela legislação de proteção social do Estado-membro de sua residência.⁴⁸⁶

É importante ressaltar que a Diretiva não prejudica a aplicação do regime resultante do Regulamento de coordenação dos sistemas de segurança social. Neste sentido, se as condições de que depende a aplicação daquele regime estiverem preenchidas, o indivíduo pode insistir em recorrer ao Regulamento, com o benefício de, nesse caso, não precisar antecipar o pagamento dos custos envolvidos. Como se sabe, a Diretiva só considera a hipótese de reembolso dos custos, enquanto o Regulamento determina que os Estados cubram os custos dos cuidados prestados por meio de um encontro de contas. Conquanto, a aplicação da

⁴⁸³ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 284.

⁴⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em : « http://diretiva.min-saude.pt/wp-content/uploads/sites/2/2014/08/Directiva_2011-24.pdf». Acesso em: 15/04/2017.

⁴⁸⁵ Ver, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 285.

⁴⁸⁶ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 287.

Diretiva não é subsidiária à do Regulamento, pois concerne sempre ao doente escolher o instrumento jurídico que melhor se ajuste ao seu caso.⁴⁸⁷

Por tudo isso, não obstante a saúde seja um direito consagrado na Constituição portuguesa, não se pode compreendê-la a partir de seu arcabouço jurídico-institucional, como ocorre no Brasil. No Estado português, a complexidade provém da própria coexistência de diferentes modelos de produção em saúde que, em razão de suas contradições, tornam dinâmico o modo como os cidadãos experimentam o direito à saúde. Estado-providência e sociedade-providência estão gradualmente a se distanciarem, mas isto não resulta em separação.

No seguimento do trabalho, será feita uma análise do conteúdo constitucionalmente determinado do Serviço Nacional de Saúde, com o objetivo de melhor compreender as principais características desse serviço e a forma de atuação do Estado português na concretização do direito à proteção da saúde.

5.2.3 O Serviço Nacional de Saúde (SNS)

A Constituição portuguesa afirma que o direito à proteção da saúde é efetuado por meio de um Serviço Nacional de Saúde [art. 64º, n.º 2, a)]. Diante desta ordem, o legislador não pode simplesmente nada fazer, devendo, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, instituir um serviço de saúde de abrangência nacional e com natureza unitária.⁴⁸⁸

Para além deste nível mínimo de efetivação, questiona-se se a exigência constitucional mencionada impõe ao legislador a criação de um serviço de caráter organicamente público, ou seja, em que os serviços e instituições possuam natureza pública, hierarquizada e dependente funcionalmente do Estado. Por outras palavras, a dúvida reside em saber se o Serviço Nacional de Saúde que a Lei Maior determina integra, necessariamente, a Administração Pública em sentido orgânico ou se tem somente um sentido material, possibilitando o seu desenvolvimento por entidades privadas, mesmo que no seguimento de um dever de natureza pública, passível a um controle de natureza pública.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 288.

⁴⁸⁸ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 47.

⁴⁸⁹ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 47.

Apesar da questão ser discutível⁴⁹⁰, não parece que a Constituição exija que o SNS precisa ser prosseguido obrigatoriamente por meio de entidades de natureza pública, embora o serviço ganhe, em sentido material, essa natureza, o que não afasta a intervenção do Estado na sua organização e fiscalização, pelo menos. A Carta Magna, assim, não inviabiliza a concessão do serviço público de saúde a entidades do setor privado ou do setor social, por exemplo, por intermédio da celebração de parcerias público-privadas.⁴⁹¹

A reserva de atuação pública quanto à execução de cuidados de saúde não significa que os serviços integrantes do Serviço Nacional de Saúde apresentem, necessariamente, uma dimensão orgânico-pública, contendo exclusivamente instituições e serviços oficiais dependentes do Ministério da Saúde. Fundamental é somente que não haja prejuízo da unificação do serviço de saúde oferecido e que o Estado *preste* ou *garanta* a todos os cidadãos um acesso universal, geral e com tendência para a gratuidade dos serviços prestados.⁴⁹²

A Carta Magna portuguesa contém, assim, uma perspectiva mais socializante ou liberalizante da organização do Serviço Nacional de Saúde, contanto que, repita-se, as suas características essenciais estejam legalmente determinadas e o Estado mantenha os poderes necessários ao seu cumprimento. A seguir, tais características serão estudadas de modo mais detalhado.

⁴⁹⁰ De acordo com ESTORNINHO e MACIEIRINHA, a Constituição portuguesa parece oferecer instrumentos interpretativos um pouco contraditórios. Por um lado, no artigo 64º, n.º 3, alínea d), afirma que incumbe ao Estado disciplinar e fiscalizar as atividades empresariais e privadas de medicina, associando-as com o SNS, o que mostra que este serviço tem natureza pública e que deve ser efetuado por entidades de natureza organicamente públicas. Por outro lado, o aplicador do Direito não pode ignorar a diferente formulação usada pela Lei Maior no instante de consagrar a realização do direito ao ensino e do direito à proteção da saúde. Em relação ao primeiro, faz-se visivelmente referência a necessidade de instituição de um “sistema público” de ensino [artigo 74º, n.º 2, b)], enquanto em relação ao segundo, apenas menciona-se a efetivação do direito por meio de um serviço nacional de saúde [artigo 64º, n.º 2, a)]. Dessa forma, pode-se perceber que a Constituição não utiliza em referência ao direito à proteção da saúde uma regra que exija, pelo menos aparentemente, o caráter público das instituições que o concretizam. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 47 – 48.

⁴⁹¹ Assim, CANOTILHO, Gómeos; VITAL, Moreira. *Constituição da República...*, cit., p. 829; ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 48 – 49; também MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 1319, conforme o qual a exigência constitucional de criação de um serviço nacional de saúde não proíbe o desenvolvimento de um processo de empresarialização ou a instituição de parcerias público-privadas, em que entidades privadas realizem funções administrativas no domínio da saúde.

⁴⁹² Assim, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1319, o qual acrescenta que “quando o serviço nacional de saúde não esteja de jure ou de facto em condições de assegurar, dentro de prazos razoáveis, a prestação de determinados cuidados de saúde básicos, não está excluído que o utente ou o paciente com insuficientes meios económicos, em situações em que a protecção da saúde reclame uma resposta pronta dos serviços de saúde, possa exigir a tutela do seu direito fundamental à protecção da saúde através da garantia do acesso sem custos excessivos ao sistema não público de saúde”.

5.2.3.1 Características do Serviço Nacional de Saúde

O Serviço Nacional de Saúde possui como principais características a universalidade, a generalidade, a tendência para a gratuidade e, por fim, a gestão descentralizada e participada.

a) Universalidade

A Carta Magna consagra a universalidade do SNS, significando que todos os indivíduos são titulares do direito de acesso a este serviço, sendo por ele abrangidos.⁴⁹³ É importante ressaltar que o acesso ocorre em condições de igualdade, embora a Constituição não o diga no artigo 64º, por força do princípio geral da igualdade, também acolhido constitucionalmente [art. 13º].⁴⁹⁴

O caráter universal do Serviço Nacional de Saúde precisa ser interpretado conforme o princípio geral de equiparação entre portugueses e estrangeiros, constante no artigo 15º da Constituição, o qual determina que os estrangeiros que se “encontrem ou residam” em Portugal são titulares dos direitos e sujeitam-se aos deveres dos cidadãos portugueses, exceto no que se refere aos direitos políticos, ao exercício das funções públicas que não possuam caráter prevalentemente técnico e aos direitos e deveres reservados pela Carta Magna e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.⁴⁹⁵

Como é observado na doutrina e na jurisprudência do Tribunal Constitucional, o legislador infraconstitucional não é livre para indicar exceções ao princípio geral de equiparação entre portugueses e estrangeiros, pois isso colocaria tal princípio constitucional absolutamente à disposição do legislador, o que não condiz com a ideia universalista adotada pela Constituição portuguesa. Assim, ao delimitar a esfera subjetiva dos direitos, o legislador deve cumprir as exigências impostas pelo texto constitucional às leis restritivas dos direitos,

⁴⁹³ De acordo com MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1311, que afirma o não impedimento, naturalmente, da existência e do acesso aos serviços particulares de saúde.

⁴⁹⁴ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 50; afirmando que o direito à proteção da saúde não deve ser interpretado ao abandono do princípio geral da igualdade, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1311.

⁴⁹⁵ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 50. Segundo MEDEIROS, com base no princípio geral da equiparação e no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, a universalidade do direito de acesso ao SNS aplica-se aos estrangeiros e aos apátridas “*que se encontrem ou residam em Portugal*”, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1311. Em sentido divergente, CANOTILHO e MOREIRA defendem que o legislador pode fixar limitações à gratuidade do SNS em releção a estrangeiros residentes. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Anotada*, 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 831.

liberdades e garantias, sendo uma delas o respeito ao princípio da proporcionalidade. O legislador precisa ter um motivo – uma finalidade legítima de interesse público que objetiva proteger – e o meio escolhido para o atingir deve ser necessário, adequado e não excessivo.⁴⁹⁶

Em contrapartida, ao fixar o princípio em discussão, a Lei Fundamental não fez distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, o que significa que também quanto a estes últimos o legislador deve apontar uma razão válida que possibilite a reserva da titularidade aos cidadãos portugueses. Não obstante, no âmbito dos direitos sociais, o legislador possui uma maior margem de liberdade para estipular reservas de titularidade, uma vez que a concretização desses direitos, em regra, não dispensa a criação ou a organização de uma estrutura funcional, a qual está diretamente ligada aos recursos financeiros e humanos existentes.⁴⁹⁷

A limitação do acesso a algumas prestações sociais também pode encontrar fundamento num imperativo de justiça. Apesar da Constituição não seguir uma lógica contributiva ou laboralista dos direitos sociais, conforme a qual a titularidade está destinada somente aos cidadãos contribuintes ou aos trabalhadores, a efetivação desses direitos é especialmente pensada para a comunidade política, ou seja, para as pessoas que constituem um vínculo estável com o Estado e que, de alguma maneira, colaboram ou, ao menos, tendem a colaborar com o esforço coletivo imprescindível ao custeio dos serviços públicos.⁴⁹⁸

Além disso, a prossecução de um sistema de combate à imigração ilegal pode validar limitações de acesso às prestações sociais, sobretudo às prestações de saúde.

Desse modo, o legislador, utilizando-se da liberdade que lhe é atribuída para a efetivação do artigo 64º, pode restringir o acesso a prestações de saúde aos cidadãos estrangeiros ou apátridas que somente se *encontrem* no Estado português, sem, entretanto, estabelecerem uma relação estável com o país, bem como é válido determinar limitações de acesso aos serviços de saúde para pessoas estrangeiras que permaneçam ilegalmente em Portugal.⁴⁹⁹

Todavia, em meio às condições mínimas de existência que um Estado empenhado com a proteção da vida deva garantir, está o direito de acesso ao SNS de qualquer estrangeiro ou apátrida que se encontre em território português e necessite de modo urgente de cuidados médicos básicos ou essenciais. Fundamentada na dignidade da pessoa humana, essa proteção

⁴⁹⁶ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 50 – 51; MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1311.

⁴⁹⁷ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 51.

⁴⁹⁸ Ver ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 51.

⁴⁹⁹ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 53.

mínima imposta por um Estado deve ser mantida mesmo quando as condições sociais e econômicas dos estrangeiros ou apátridas em situação irregular não lhes possibilitem suportar as despesas de saúde.⁵⁰⁰

Portanto, as restrições de acesso às prestações de cuidados de saúde encontram limite intransponível no princípio da dignidade humana, no qual assenta a República portuguesa e que não permite desvios baseados em razões de caráter financeiro, organizativo, ou outro qualquer.

b) Generalidade

Enquanto a universalidade se refere ao campo subjetivo do Serviço Nacional de Saúde, a generalidade remete ao seu campo objetivo, uma vez que diz respeito ao conjunto de prestações que esse serviço não pode deixar de efetuar. De acordo com a Constituição, o SNS é um serviço de abrangência global, isto é, por meio dele devem ser garantidas as prestações de saúde compatíveis com as necessidades das pessoas que a ele recorrem.⁵⁰¹

Desse modo, mais do que representar a integração das atividades e tratamentos oferecidos, o caráter geral do SNS deve assegurar a todos a execução dos diversos tipos de cuidados essenciais à proteção da saúde.⁵⁰² O serviço oferecido deve ser de cobertura completa, refletindo um conjunto articulado e contínuo de prestações de saúde preventivas e curativas, individuais e coletivas exigidas em todos os níveis de complexidade do serviço. A generalidade, portanto, é um conceito que permite uma abordagem dos indivíduos como totalidade e não como um “conjunto de partes”, mesmo que não sejam alcançáveis em sua plenitude.

O Serviço Nacional de Saúde não pode, assim, excluir a prevenção ou o tratamento de doenças determinadas, apesar de ser possível alguma margem de conformação do legislador quanto à definição dos contornos do conceito de saúde ou de doença. Na verdade, como a Lei Fundamental não fornece a definição exata de saúde ou doença – nem poderia fornecer –, o legislador ordinário dispõe de certa margem de decisão referente à inserção de determinadas doenças no domínio do SNS. Baseado em critérios de natureza econômica, combinados com ponderações de natureza clínica, o representante do povo faz suas escolhas, podendo, num

⁵⁰⁰ Demonstra esta circunstância, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1312. Mais à frente, o Autor afirma que os cuidados básicos devem ser sempre prestados; ver, também, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 53.

⁵⁰¹ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 55 – 56.

⁵⁰² Neste sentido, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1312.

quando de escassez de recursos, optar por não incluir no Serviço Nacional de Saúde a execução de prestações que ainda não apresentem eficácia clínica comprovada ou quando for possível atingir o resultado terapêutico utilizando-se de meio financeiramente menos oneroso.⁵⁰³

A liberdade de conformação do legislador chega ao fim quando esta se depara com prestações de saúde infungíveis, ou seja, circunstâncias em que o sucesso terapêutico dependa da execução de prestações específicas e que não possam ser substituídas por nenhuma outra.⁵⁰⁴

É importante ressaltar que o caráter geral do SNS não se satisfaz somente com o oferecimento, em abstrato, das prestações necessárias à concretização do direito à saúde. Assim, da exigência constitucional da generalidade sucede o direito à qualidade dos serviços prestados, bem como à prontidão dos cuidados disponibilizados. Apenas desse modo – prestando serviço de qualidade e de forma pronta – cumpre o Estado o dever constitucional de concretização do direito à proteção da saúde. Por outras palavras, é fundamental que ocorra a efetividade das prestações de saúde para que se atinja a satisfação das necessidades do utente. Naturalmente, permite-se ao legislador alguma margem de decisão na fixação do tempo razoável de espera para a realização de atos médicos. Entretanto, caracterizará desrespeito ao direito à proteção da saúde sempre que o SNS não realize, em tempo aceitável, os cuidados imprescindíveis ao utente, sobretudo se deste fato resultar a impossibilidade da realização posterior do tratamento ou consequências sérias para a saúde e qualidade de vida do indivíduo.⁵⁰⁵

Em qualquer contexto, no entanto, é decisivo que se garanta um elevado nível de proteção da saúde a todos os utentes e que as diferenciações não sejam arbitrárias, tendo como fundamento critérios objetivos previamente estabelecidos e consoantes ao princípio da

⁵⁰³ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 56; afirmando que “a universalidade, a igualdade e a generalidade não significam, porém, que, na concretização da norma constitucional, o legislador, com a sua liberdade de conformação constitucionalmente garantida, não possa optar por *soluções selectivas*, desde que as opções assumidas não contrariem o princípio do caráter universal e geral do serviço nacional de saúde, cubram as necessidades básicas em matéria de protecção da saúde e não seja discriminatórias”, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1312 – 1313.

⁵⁰⁴ Significando que o legislador infraconstitucional não pode afastar do SNS ações e serviços terapêuticos essenciais à proteção da saúde dos indivíduos, v. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 57. De modo divergente, defendendo ser possível o afastamento de certas prestações ou de torná-las acessíveis somente a grupos sujeitos aos maiores riscos, numa situação de escassez de recursos, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1313; mencionando, ainda, que a Lei Fundamental não afasta modos de diferenciação, escolha e priorização, tanto em relação ao *quantum*, a qualidade ou ao *modum* das ações e serviços realizados como a determinação de especiais condições de acesso, VALE, Luís Meneses do. *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à protecção a saúde: alguns momentos fundamentais*, in *Jurisprudência Constitucional*, nº12, 2006, pp. 39-43.

⁵⁰⁵ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 57 – 58.

dignidade da pessoa humana e suas diversas manifestações.⁵⁰⁶ É essencial que as escolhas assumidas respeitem o princípio da igualdade, a universalidade e a generalidade do SNS e que sejam efetuadas de forma transparente.

c) Tendência para a gratuidade

Com a revisão constitucional de 1989, a determinação da *gratuidade* do Serviço Nacional de Saúde dá espaço para a fórmula, mais mitigada, da *tendencial gratuidade*. No entanto, mesmo com essa modificação, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, no essencial, não sofre alteração quanto à interpretação do sentido da norma constitucional.⁵⁰⁷

Na realidade, os juízes do Palácio Rattón reputam não ser permitida pela Constituição a cobrança de preços pelos serviços de saúde prestados, já que estes traduzem uma “*contraprestação destinada diretamente a transferir*, mesmo que de forma parcial, aos utentes o custo da prestação em causa. Como também entendem desrespeitar a Carta Magna a imposição do pagamento de taxa que, principalmente, em razão do seu valor, resulte praticamente no mesmo efeito.”⁵⁰⁸

Realizando uma interpretação normativa mais ampla do significado de gratuidade, o Tribunal Constitucional afasta a inconstitucionalidade das taxas moderadoras introduzidas no Serviço Nacional de Saúde, ao passo que elas objetivam simplesmente racionalizar o uso dos serviços de saúde, impedindo a sua utilização para além do necessário, não tendo a intenção de transferir para o utente o custo das prestações realizadas. Seguindo esta lógica, as taxas moderadoras somente violariam a Constituição se, pelo seu valor elevado ou pelo desprezo de algumas situações de carência econômica ou de outra natureza, a sua imposição criasse um impedimento do acesso ao SNS por parte de alguns cidadãos ou grupos de cidadãos.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Assim, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1313.

⁵⁰⁷ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 58; MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1313; NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e serviço nacional de saúde. In: SIMÕES, Jorge (Org.). *30 Anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 252.

⁵⁰⁸ Assim, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 59; MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1314.

⁵⁰⁹ Ver ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 59; LOPES, J. J. Almeida. *Constituição da República...*, cit., p. 410. Segundo MEDEIROS, o Tribunal Constitucional, baseado no novo texto da alínea a) do n.º 2 do artigo 64º da Constituição e nos trabalhos preparatórios da revisão de 1989, além de determinar que deve a “gratuidade integral ser garantida aos grupos sociais mais carenciados”, enfatiza que a expressão tendencialmente gratuito não deve ser compreendida no sentido de inverter a regra geral da gratuidade do SNS, uma vez que precisa ser um comportamento excepcional somente aplicado na medida em que se torne necessário racionalizar a procura de cuidados de saúde, por meio da utilização de taxas moderadoras, MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º..., cit., p. 1314.

Além das taxas moderadoras, o Tribunal Constitucional consente a instituição de outras taxas, como as “taxas por serviços prestados ou utilização de instalações ou equipamentos” [Base XXXIII, nº 2, d), LBS], desde que não representem verdadeiros preços a serem pagos pelos utentes. No entendimento do Tribunal, essas taxas foram estabelecidas como retribuição pelos serviços prestados ou pelo uso de instalações ou equipamentos do Serviço Nacional de Saúde por parte de profissionais liberais ou estabelecimentos privados que tenham celebrado contratos com o Ministério da Saúde ou com as administrações regionais de saúde, não configurando, assim, taxas a cobrar diretamente aos utentes do SNS.⁵¹⁰

O aspecto restritivo da norma constitucional da tendencial gratuitidade tem merecido a crítica de alguns autores⁵¹¹, os quais enxergam nela a desconsideração de uma opção mais flexível da Lei Fundamental quanto à admissibilidade da cobrança de verdadeiros preços no domínio do SNS. Na verdade, o Tribunal Constitucional foi indiferente à mitigação da gratuitidade inserida na revisão constitucional de 1989, limitando-se a legitimar a interpretação *normativa* da definição de gratuitidade adotada antes da revisão da Constituição. Ao inserir a fórmula tendencialmente gratuito, o legislador constitucional quis determinar que o SNS tende a ser gratuito, o que não quer dizer que todos os serviços nele realizados precisem ser obrigatoriamente gratuitos. Portanto, o ser gratuito é a orientação natural do SNS, o seu sentido majoritário, mas não é uma imposição de carácter absoluto, no sentido de vedar, atualmente, o pagamento de qualquer valor referente ao custo de prestações obtidas no SNS.

Existem bons motivos para permitir a cobrança de taxas ou de preços que, para além do objetivo de racionalizar a utilização do serviço público de saúde, representem verdadeiramente o custo ligado ao serviço prestado, contanto que a fixação destes montantes não seja a regra, já que isso parece estar vedado pelo princípio da *tendencial gratuitidade*, e que, em hipótese alguma, a cobrança desses valores impossibilite ou limite significativamente o acesso dos cidadãos ao Serviço Nacional de Saúde.⁵¹²

⁵¹⁰ Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 60.

⁵¹¹ Assim, NOVAIS, Jorge Reis. *Constituição e serviço nacional de saúde...*, cit., p. 257; Conforme MEDEIROS, a norma constitucional não impede o reconhecimento de que o legislador, com a sua liberdade de conformação, pode exigir o pagamento dos serviços prestados aos utentes que possuam suficientes meios económicos. MEDEIROS, Rui. *Anotação ao artigo 64º...*, cit., p. 1315;

⁵¹² Neste sentido, ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 61 – 62.

d) Gestão descentralizada e participada

A Carta Magna portuguesa, além de determinar que o direito à proteção da saúde é realizado por meio de um Serviço Nacional de Saúde, também trata de sua organização ao afirmar que tal serviço deve apresentar gestão descentralizada e participada. Conforme a percepção do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 39/84)⁵¹³, a descentralização imposta pelo texto constitucional significa que a composição orgânica do SNS não há de integrar a administração direta do Estado – enquanto serviço direto do Estado –, mas sim a administração indireta, provida de identidade própria e de autonomia, sem causar dano à unidade do serviço de saúde, sendo sujeita ao poder de superintendência do Governo. Nesta perspectiva, para o Tribunal, a descentralização do SNS equivale a uma descentralização técnica ou por serviços, que se diferencia da descentralização territorial, uma vez que esta última equivale à criação de formas de administração autônoma.⁵¹⁴

No entanto, a descentralização de que trata a Constituição portuguesa não preconiza necessariamente que os serviços de saúde prestados devam ter natureza jurídico-pública, incorporados na ideia clássica de administração indireta do Estado. Assim como sucede da interpretação do caráter público do Serviço Nacional de Saúde, pode bem acontecer que os serviços realizados apresentem natureza privada, desde que agregados numa estrutura unitária e passíveis a poderes de controle de natureza pública.

Quanto à gestão participada, o Tribunal Constitucional afirma – também no Acórdão n.º 731/95 – que a Carta Magna exige a criação, no domínio do Serviço Nacional de Saúde, de órgãos, dos quais participem representantes dos utentes e dos profissionais de saúde, para serem consultados sobre as orientações a seguir ou mesmo para tomar parte nas decisões a adotar.⁵¹⁵

⁵¹³ De acordo com o Acórdão n.º 39/84, “o Serviço Nacional de Saúde há-de ser um serviço público unitário, embora de gestão descentralizada, ou seja, integrado não na administração directa do Estado, enquanto serviço directo do Estado, mas sim na administração mediata, dotado de identidade própria e de autonomia”. O Acórdão n.º 731/95 ratifica este entendimento ao defender que o Serviço Nacional de Saúde “não deve fazer parte da administração direta do Estado – não sendo, por isso, constituído por órgãos e serviços integrados na pessoa coletiva Estado, hierarquicamente dependentes do Governo e sujeitos ao poder de direcção deste –, mas antes da administração indireta do Estado, constituindo uma ou várias pessoas coletivas distintas deste, e sujeito ao poder de superintendência do Governo”.

⁵¹⁴ Ver ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde...*, cit., p. 62.

⁵¹⁵ Segundo ASENSI, embora haja a previsão normativa para a criação de um Conselho Nacional de Saúde, este nunca foi implementado de fato. Mesmo os conselhos locais que são montados enfrentam déficits consideráveis de participação dos atores sociais. ASENSI, Felipe Dutra. *Saúde, sociedade e judiciário...*, cit., p. 184 – 185.

Portanto, a Lei Fundamental portuguesa, além de estabelecer que o direito fundamental à saúde é realizado por meio de um Serviço Nacional de Saúde, também impõe as suas características específicas, segundo as quais todos os utentes têm direito de receber prestações de saúde, adequadas às suas necessidades e em diferentes níveis de complexidade, com tendência à gratuitidade. Além disso, tal serviço deve ter gestão descentralizada e participada, em que a sua composição orgânica integre a administração indireta do Estado – sem prejuízo da unidade do serviço de saúde – e de maneira que os utentes e os profissionais de saúde possam participar das decisões a serem adotadas no âmbito do Serviço Nacional de Saúde.

6 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DESEFA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL: IMPLICAÇÕES DE SUA ATUAÇÃO RESOLUTIVA E DEMANDISTA

O direito à saúde, na qualidade de direito fundamental, faz parte da categoria dos denominados direitos de titularidade difusa e coletiva.⁵¹⁶ Em razão da natureza destes direitos, no Brasil se consolidou a *litigância de interesse público*, baseada na ideia de que os direitos não se limitam às meras partes individuais, uma vez que são de titularidade de grupos e coletividades. Representam, dessa forma, novos aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, que traduz a imagem de que o Estado existe em virtude da pessoa humana e não o inverso, pois o homem constitui a finalidade precípua e não meio estatal. Assim, para além dos direitos individuais, há direitos que são atribuídos ao grupo como um todo, a uma coletividade, à humanidade.⁵¹⁷

O ordenamento jurídico brasileiro estipula atores estatais e não-estatais para atuarem na concretização dos referidos direitos. Entre os atores, recebem destaque o Poder Judiciário e, sobretudo, as instituições que integram as chamadas *funções essenciais da justiça*.

O Poder Judiciário, instituição estatal responsável pela atividade jurisdicional de resolução de conflitos, somente pode atuar para a efetivação de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de maneira a adotar uma postura estática enquanto não é acionado para a resolução de um litígio.⁵¹⁸

Com isso, foram criadas instituições dinâmicas para a proteção de direitos, que não se sujeitam a uma perspectiva estática e condicionada à provocação, visto que podem agir de modo espontâneo. Tais instituições constituem as *funções essenciais da justiça*, que

⁵¹⁶ *Direitos difusos* são direitos transindividuais, isto é, que transcendem a esfera de um único indivíduo, caracterizados especialmente por sua indivisibilidade, em que a satisfação do direito atinge a uma coletividade indeterminada, mas ligada por uma circunstância de fato. Como exemplo pode-se mencionar o direito a um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, entre outros, que pertencem à população e cujos prejuízos não podem ser individualmente calculados.

Direitos coletivos são direitos transindividuais de pessoas vinculadas por uma relação jurídica existente entre si ou com a parte contrária, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis. Existe também a indivisibilidade do direito, já que não é possível conceber tratamento diferenciado aos vários interessados coletivamente, desde que vinculados pela mesma relação jurídica. Por exemplo, os direitos de determinadas categorias sindicais que podem, inclusive, atuar por meio de seus sindicatos. Refere-se ao interesse de uma categoria.

⁵¹⁷ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 63.

⁵¹⁸ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 64.

correspondem àquelas atividades profissionais, públicas ou privadas, sem as quais o Judiciário não consegue atuar ou atua de modo insuficiente, devido ao seu perfil estático. Essas atividades, como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, estão previstas nos artigos 127 a 135 da Constituição Federal de 1988, com destaque aos dispositivos referentes ao Ministério Público.⁵¹⁹

Em linhas gerais, o *Parquet* é uma instituição dinâmica de garantia e execução de direitos, pois não precisa ser provocado para atuar em prol de sua efetivação. Essa postura é essencial, sobretudo em relação aos direitos prestacionais - direitos que exigem a ingerência do Estado para serem concretizados. No caso da saúde, por exemplo, a insuficiência de leitos em hospitais, a falta de medicamentos e as falhas nas políticas públicas representam problemas e desafios sensíveis que, em razão de sua grande associação ao direito à vida, primam por soluções céleres, o que aumenta ainda mais a importância da atuação do Ministério Público nesse âmbito de interesse.

Atualmente, o *Parquet* brasileiro possui um perfil distinto tanto do regime constitucional anterior como de qualquer configuração constitucional já existente. O inédito arranjo criado em 1988 possibilita um novo formato das instituições jurídicas e das funções que lhes são inerentes para a concretização de direitos. Nesse cenário, o Ministério Público passa a desempenhar um papel fundamental na proteção da sociedade, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais.

A Constituição vigente, como foi dito em momento anterior, redefine o Ministério Público considerando-o como instituição permanente, fundamental à função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*). Dentre outras funções, ao órgão ministerial cabe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos estabelecidos na Lei Fundamental, realizando as medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, II). Fica evidente, assim, a vocação da Instituição para agir em favor da efetivação do direito à saúde, uma vez que as ações e serviços voltados para a garantia deste direito são de relevância pública (artigo 197), além de tratar-se de direito indisponível e de interesse da coletividade.⁵²⁰

A seguir, será feita uma análise mais precisa da atuação do Ministério Público na defesa do direito fundamental à saúde no Brasil, a começar pelo estudo de seus modelos de

⁵¹⁹ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 64.

⁵²⁰ Assim, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. p. 144 – 145.

atuação no Estado Democrático de Direito. Posteriormente, será examinada a intervenção do *Parquet* na realização de políticas sociais voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

6.1 Modelos de atuação do Ministério Público no Brasil

Toda instituição, de tempos em tempos, precisa reconstituir sua estrutura e seus objetivos funcionais, como modo de regulamentação orgânica do seu próprio crescimento. Isso porque uma estrutura política ou administrativa não é mais estável do que uma estrutura orgânica. É, na verdade, um arcabouço submetido a todas as forças que agem na sociedade por ela abrangida. E o Ministério Público não foge dessa possibilidade de repensar sua estrutura e seu trajeto dentro da sociedade brasileira.⁵²¹

No mesmo momento em que redefine o perfil do Ministério Público, legitimando-o como instituição de tutela da sociedade, com o dever de velar pela efetividade dos direitos fundamentais, a Carta Constitucional de 1988 e os demais dispositivos legais que disciplinam as normas da Instituição a disponibilizam vários instrumentos de atuação. Essas ferramentas proporcionam ao *Parquet* o desempenho de suas atividades em juízo ou fora dele, circunstância em que atua diretamente no cumprimento de seus deveres. A preferência ou a ênfase no uso de um ou de outro modo de atuação define modelos diferentes e tem consequências diversas para o trabalho.⁵²²

Tradicionalmente, o Ministério Público brasileiro organiza-se como órgão de atuação em juízo. Nesta lógica, a Lei Complementar nº 40/1981⁵²³ – primeira lei orgânica do Ministério Público – estabelece que a Instituição é responsável, diante do Poder Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pelo fiel respeito à Constituição e às leis (artigo 1º).

⁵²¹ Neste sentido, RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. De Jure. Belo Horizonte, v. 14, n. 24, jan./jun. 2015, p. 139 – 140.

⁵²² Ver OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. p. 148.

⁵²³ BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm». Acesso em: 14.04.2017.

Em contrapartida, com o advento da Lei nº 7.347/1985⁵²⁴, que versa sobre a ação civil pública, o *Parquet* passa a ter disponíveis instrumentos de atuação extrajudicial, ou seja, que dispensam a avaliação das medidas pelo Judiciário, como o inquérito civil (artigo 8º, § 1º) e o compromisso de ajustamento de conduta (artigo 5º, § 6º)⁵²⁵. Essas ferramentas de atuação extrajudicial foram aperfeiçoadas e ampliadas após a promulgação da Lei Fundamental de 1988 e a entrada em vigor das diversas leis que disciplinam o trabalho da Instituição Ministerial.⁵²⁶

Os novos instrumentos de atuação proporcionam aos membros do Ministério Público a adoção de táticas inovadoras para a resolução das questões que lhe são apresentadas, prestigiando um trabalho desburocratizado e direcionado para a efetivação direta dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, a partir da manifestação de um cidadão, o membro do Ministério Público pode acompanhar uma apuração detalhada dos fatos por meios de inquérito civil. Após isso, caso seja confirmada a violação de direito individual ou coletivo, o membro da Instituição pode dirigir-se diretamente ao particular ou agente público responsável e lhe recomendar o cumprimento da medida correta no caso concreto ou com ele firmar acordo, objetivando adequar determinada conduta às prescrições legais. Desse modo, o *Parquet* independe de ação, de processo e de apreciação judicial para concretizar o direito de fato.⁵²⁷

Portanto, dentro do perfil institucional consagrado na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar dois modelos de Ministério Público: o Ministério Público demandista e o Ministério Público resolutivo, como será visto a seguir.

⁵²⁴ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm». Acesso em: 14. 04. 2017.

⁵²⁵ Para um estudo mais detalhado dos instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público, ver ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 105 – 130, segundo o qual “inúmeros instrumentos legais são colocados à disposição do Promotor de Justiça, enquanto membro do Ministério Público, para, a partir do atendimento ao público, assegurar o acesso ao valor justiça às partes interessadas, por meio de sua atuação extrajudicial”; ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. In: ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 517 - 531.

⁵²⁶ Neste sentido, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. p.149.

⁵²⁷ Assim, OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. p.149.

6.1.1 Ministério Público demandista

O Ministério Público de perfil demandista caracteriza-se por simplesmente reagir aos acontecimentos sociais, esperando que os fatos se tornem conflituosos, patológicos, para que sejam submetidos à apreciação judicial. É, portanto, um aspecto institucional reativo que nega uma porção valiosa de práticas extrajudiciais do *Parquet*. Nesse tipo de atividade, o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação diante do Poder Judiciário e trabalha como mero agente processual.

No âmbito criminal, o trabalho do Ministério Público restringe-se ao ajuizamento das ações penais e ao acompanhamento da instrução processual. Essa atividade é individual e está limitada à persecução atomizada de infratores-réus. Não há trabalho em equipe. O crime e o criminoso apenas existem no domínio do processo e a criminalidade é esquecida enquanto fenômeno social.⁵²⁸

A consequência desse fato, numa visão democrática, é a ineficiência do trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, já que a criminalidade difusa e o crime organizado não são abrangidos nem controlados pelo Sistema de Administração da Justiça Criminal.⁵²⁹

No âmbito civil, estão as figuras do Ministério Público agente – autor de ações civis públicas – e o Ministério Público interveniente – fiscal da lei ou *custos legis*. A diferença indica o aspecto meramente processual do Ministério Público cível. Na primeira figura está o órgão que instaura processos ajuizando ações civis públicas. Na segunda, o que interfere nos processos, nos casos determinados pela lei. Não há, assim, Instituição Ministerial fora do processo.⁵³⁰

Na esfera da proteção dos interesses coletivos e difusos, em que se encaixa o direito à saúde, essa ótica processual restringe as técnicas administrativas e inquéritos civis a instrumentos de coleta das provas essenciais ao embasamento das ações civis públicas. O *Parquet* transfere ao Judiciário, mediante ação civil pública, a solução de todos os problemas

⁵²⁸ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 119.

⁵²⁹ Assim, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 119, o qual afirma que o Sistema de Administração da Justiça Criminal, no cenário acima mencionado, mostra-se eficaz apenas para controlar as pessoas que compõem os grupos, classes, segmentos sociais excluídos, isto é, todos aqueles que, separados socialmente por políticas econômicas injustas, afetam de modo negativo o funcionamento do livre mercado. São exatamente essas pessoas que integram quase que exclusivamente a população carcerária do Brasil. GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 119, nota 178.

⁵³⁰ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 120.

que lhe são trazidos pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Poder Judiciário.⁵³¹

O efeito disso é desastroso, pois o Judiciário, na maior parte dos casos, não responde satisfatoriamente às demandas que envolvem interesses difusos e coletivos, negando vigência aos direitos sociais reconhecidos pela Lei Fundamental e pelas leis democratizantes.⁵³²

Apesar de não mais atender às exigências do mundo globalizado, esse perfil demandista do Ministério Público é o que prevalece nos dias atuais. Ao contrário de um Ministério Público demandista, torna-se necessário um Ministério Público resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional. No entanto, é preciso ter cautela para que a atuação resolutiva não desnature a identidade institucional que a Constituição garante ao *Parquet*, sobretudo quando ocorrer sua atuação resolutiva junto ao Poder Executivo, a quem a Instituição esteve outrora subordinada.

No âmbito civil, por exemplo, a Instituição Ministerial não deve ficar na dependência das decisões judiciais, mas sim privilegiar a solução direta dos problemas que envolvam os interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos hábeis para esse objetivo. O *Parquet* precisa esgotar todas as possibilidades administrativas e políticas de resolução diante das questões que lhe são postas, tendo o Poder Judiciário como espaço excepcional de atuação, sempre no sentido de assegurar os valores democráticos e efetivar os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

Delineado dessa forma, o Ministério Público estará preparado para realizar a função mediadora⁵³³ que o mundo contemporâneo exige, qualificando-se como agente privilegiado

⁵³¹ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 120.

⁵³² Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 120.

⁵³³ É importante não confundir função mediadora com arbitragem. O árbitro é a pessoa que, de modo imparcial, coloca-se entre duas partes para resolver conflitos de interesse. Não é essa a função que o *Parquet* deve desempenhar. Compreende-se, aqui, por mediação, a ação do Ministério Público, nos diferentes fóruns e nos novos espaços de negociação política, com o propósito de constituir, afirmar, validar e efetivar os direitos sociais, assegurando, dessa forma, a democratização das relações sociais. Trata-se, por conseguinte, de um Ministério Público parcial e comprometido com os interesses do povo, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Enfim, uma Instituição envolvida com a emancipação dos grupos, classes e segmentos que se encontram à margem do processo mundial de globalização. GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 122, nota 184. Segundo ISMAIL FILHO, na defesa de interesses individuais indisponíveis e de interesses de incapazes, o Ministério Público é um mediador *sui generis*, uma vez que sua atuação não é totalmente neutra e imparcial. Além de dispor de instrumentos específicos para o seu trabalho, como os poderes de requisição e de notificação da parte interessada, apesar de, em hipótese alguma, poder vir a forçar qualquer acordo entre as partes, sob pena de responder por prevaricação (artigo 319 do código Penal) ou por ato de improbidade administrativa em desfavor dos princípios da Administração Pública (artigo 11-I da Lei n.º 8.429/92). Já na defesa dos direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos, o *Parquet* funciona como um negociador em nome do interesse público ou social, recomendando a observância de certas condutas administrativas aos gestores públicos ou celebrando com eles compromisso de ajustamento de conduta. ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população...*, cit., p. 70.

das lutas pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos de cidadania.⁵³⁴

6.1.2 Ministério Público resolutivo

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público emancipa-se do Poder Executivo, edificando a independência necessária para a efetivação de suas funções constitucionais. O amadurecimento institucional, assim como a vocação para a concretização dos direitos fundamentais fez o *Parquet* perceber que a sua atuação não pode se restringir a práticas jurisdicionais.

A sociedade pós-industrial, complexa, organizada em redes não hierarquizadas, instiga uma nova forma de garantir acesso aos direitos. Exige uma ação inovadora por parte das instituições comprometidas com a efetivação desse acesso, responsáveis pela resolução de litígios e pela proteção de bens fundamentais. Modos tradicionais e burocráticos de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, são, nos dias atuais, inadequados para a travessia da modernidade rumo a uma sociedade mais sustentável, humana, condescendente e justa, assim como a Constituição cidadã propõe.⁵³⁵

No entanto, o passado de lutas do Ministério Público para se estabelecer constitucionalmente como uma instituição essencial para a sociedade brasileira não pode ser esquecido no momento de revisar sua estrutura e seus fins.

Assim, a construção de um Ministério Público resolutivo não pressupõe um confronto irracional e iconoclasta ao perfil demandista da Instituição – nem seria possível, em face da Carta Constitucional –, mas uma consolidação do seu perfil proativo.⁵³⁶

Não se pretende criar uma nova instituição do *Parquet* brasileiro, como algo totalmente inédito, sem história, sem passado, sem tradição. No entanto, uma instituição dinâmica e flexível sempre encontra-se apta a superar a si mesma, a transcender do que já é para o que se propõe a ser como dever e exigência social. E qualquer instituição que tenha por obrigação constitucional uma responsabilidade direta, assim como o Ministério Público,

⁵³⁴ Demonstra esta circunstância, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 122.

⁵³⁵ Demonstra esta circunstância, NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Superação do modelo tradicional de resolução de conflitos e Ministério Público resolutivo*. Revista MPD Dialógico. São Paulo, n. 49, jul./2016, p. 30.

⁵³⁶ Neste sentido, RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público resolutivo...*, cit., p. 140.

precisa estar constantemente preparada para as mudanças impostas pelo processo e avanço democrático.

Portanto, o perfil resolutivo não se desvincula do passado, não o nega, mas visa ir adiante, atento às novas necessidades sociais e aos acontecimentos históricos que indicam um futuro certo. Além de fortalecer-se com o entendimento de que o Ministério Público precisa assumir uma identidade própria, sob pena de ficar orbitando infundavelmente o Poder Judiciário, condicionando a eficácia do seu trabalho ao maquinário roto e emperrado da justiça, ou, mais grave ainda, transformar-se numa instituição pública sem um plano de ação, sem um projeto identitário.⁵³⁷

A habilidade de inserção e de articulação social do *Parquet* se elevou de tal maneira e proporção que esbarra numa organização montada para atuar exclusivamente diante do Judiciário, dentro da qual já não cabe. É fundamental ressaltar, contudo, que o passado exclusivamente demandista do Ministério Público resultou nessa nova etapa de sua vida institucional. Porém, de modo simultâneo, as estruturas remanescentes desse passado não são suficientes, por si só, para a hodierna expansão resolutiva. A Instituição Ministerial agora se vê obrigada não a abandonar esse antigo perfil, mas a reforçar um novo modo de atuação, suplantando a si própria.⁵³⁸

Na verdade, o Ministério Público resolutivo é um conceito comparativo e alcançado por contraste, já que presume uma correlação com a outra face da moeda: o Ministério Público demandista. São dois perfis com necessário convívio, um sendo o complemento do outro. Não obtida a solução para uma situação concreta por meio da atividade extrajudicial ou resolutiva, entra em atuação o perfil demandista. E, percebida, previamente, a ineficácia de uma abordagem judicial, a atuação resolutiva adquire relevância decisiva e prioritária. As variáveis do caso concreto e as opções escolhidas para o devido enfrentamento, responderão pelo sucesso ou fracasso do exercício funcional.⁵³⁹

⁵³⁷ Assim, RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo..., cit., p. 141.

⁵³⁸ Demonstra esta circunstância, RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo..., cit., p. 142.

⁵³⁹ Neste sentido, RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo..., cit., p. 143. A partir do exame das normas constitucionais e infraconstitucionais que tratam do Ministério Público, é possível distinguir os instrumentos de atuação para cada um dos modelos. O Ministério Público demandista dispõe dos seguintes instrumentos de atuação: ação penal pública, ação civil pública, ação de inconstitucionalidade, ação para fins de intervenção do Estado nos municípios, manifestações em processos, mandado de segurança, interposição de recursos. O Ministério Público resolutivo, por sua vez, usa como instrumentos de atuação: o acordo referendado pelo *Parquet*, atendimento ao público, audiências públicas, recomendações, medidas administrativas para a garantia de direitos fundamentais, compromisso de ajuste de conduta. OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli lola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde...*, cit. p.151.

Desse modo, pode-se definir o Ministério Público resolutivo como uma instituição que apresenta uma identidade proativa particular, agindo antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, usando instrumentos extrajudiciais e o seu poder de articulação para solucioná-los sem precisar acionar, como *prima ratio*, o Poder Judiciário.

No seguimento do trabalho, a atuação preventiva do *Parquet* brasileiro será analisada como método prioritário de atuação diante do Estado Democrático de Direito.

6.2 Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito

Em tempos remotos, a autoridade para solucionar conflitos era exercida pelo pai, representante religioso ou notável personalidade da cidade. Raramente, alguma questão – por ser mais complexas ou por não ter sido adequadamente solucionadas – era destinada ao Poder Judiciário.⁵⁴⁰

Nos dias atuais, ao contrário, existe uma crescente procura por essa instituição para a resolução de litígios. Diversas são as razões que desencadeiam tal realidade, dentre as quais pode-se citar: o reconhecimento de direitos antes negados, um certo vácuo institucional em que antigas autoridades perderam seu poder e reconhecimento diante da sociedade, a maior facilidade de acesso à estrutura judiciária e o aumento da consciência de cidadania.⁵⁴¹

Desse modo, o Poder Judiciário passa a ser o último refúgio das aspirações democráticas, nele se depositando as expectativas para a efetivação dos direitos.

No entanto, esse movimento denominado *judicialização das relações sociais*, nos melhores casos, tem produzido um deslocamento da legitimidade do Estado – do Executivo e do Legislativo para o Judiciário. Esse fato resulta na criação de expectativas elevadas em relação ao sistema judiciário, do qual espera-se a resolução dos problemas que o sistema político não consegue resolver. Porém, a criação de expectativas exageradas em torno do Poder Judiciário é, ela mesma, uma fonte de problemas.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Neste sentido, ROTUNNO, Angela Salton. *Judicialização e juridicização da saúde...*, cit., p. 517.

⁵⁴¹ Assim, ROTUNNO, Angela Salton. *Judicialização e juridicização da saúde...*, cit., p. 517.

⁵⁴² Demonstra esta circunstância, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Justiça em debate*. Jornal O Estado de São Paulo. São Paulo, 17 set. 2007. Disponível em : «clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=382083». Acesso em : 27/04/2017.

Realmente, diversos problemas são observados. A demora na prestação judicial é somente um deles. Existem outros tão graves quanto, por exemplo, a situação de colocar todas as relações humanas sob a ótica de vítimas e agressores, na procura de punições. Ou seja, alguém que viola o direito de outrem merece ser castigado. No processo prevalece a ideia de que uma das partes será vencedora e a outra perdedora. São mínimos os espaços para negociação e composição no âmbito judicial.⁵⁴³

Passa a ser primordial, assim, a busca por outras formas de solução de conflitos, que consigam, com autoridade e reconhecimentos, satisfazer as partes envolvidas.

Nesse caminho, surge o Ministério Público, Instituição cujos membros possuem as mesmas garantias da magistratura, e que, no desempenho de suas atribuições, pode afirmar-se como verdadeiro instrumento de concretização de direitos sem que, muitas vezes, seja necessária a utilização da estrutura do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 representa a maior conquista do Ministério Público brasileiro, a qual, além de ampliar consideravelmente o campo de suas funções, o posiciona em capítulo separado dos outros Poderes do Estado, determina os seus princípios institucionais (artigo 127, § 1º), atribui-lhe autonomia administrativa e funcional (artigo 127, § 2º), e, ainda, concede garantias funcionais aos seus órgãos de execução para a prática independente das obrigações constitucionais (artigo 127, § 5º, inciso I, alíneas a, b e c).

Com o perfil definitivo outorgado pela Lei Maior, a Instituição Ministerial passa a ser um agente transformador da sociedade, sobretudo em razão de sua legitimidade para defender direitos coletivos. Nessa seara, pretende ser indutor de políticas de interesse social.⁵⁴⁴

Entende-se, assim, que, das concepções a respeito da natureza do Ministério Público, a que melhor explica o seu papel institucional é a que o desloca da *sociedade política*, como aparelho repressivo do Estado, para a *sociedade civil*, como legítimo e autêntico defensor da sociedade.⁵⁴⁵ Tal deslocamento se explica por três motivos essenciais. O primeiro deles é o *social*, que surge com a vocação do *Parquet* para a defesa da coletividade, em que assume gradativamente um compromisso com o povo no percurso de sua evolução histórica. O segundo é o *político*, decorrente da vocação da Instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. O terceiro é o *jurídico*, que se consagra com a Lei Fundamental de

⁵⁴³ Neste sentido, ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde..., cit., p. 518.

⁵⁴⁴ Assim, ROTUNNO, Angela Salton. Judicialização e juridicização da saúde..., cit., p. 519.

⁵⁴⁵ Essa é a compreensão de GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 96 e de MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 141 – 142.

1988, a qual lhe confere inúmeras atribuições para a tutela dos interesses fundamentais da sociedade.⁵⁴⁶

Integrada à sociedade civil, a Instituição Ministerial, nos limites de suas atribuições, deve participar verdadeiramente do processo democrático, alinhando-se aos demais órgãos do movimento social envolvidos com a efetivação dos direitos já previstos e com a positivação de novas situações que viabilizem a recuperação da cidadania para as pessoas excluídas desse processo, num exercício transformador orientado no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do “projeto democrático”.⁵⁴⁷

Dessa forma, para realizar seus deveres constitucionais de modo eficaz, há uma divisão de funções para que cada espécie de Ministério Público fique responsável por uma área ou temática de atuação. Na esfera da saúde, considerando-se a competência concorrente e a responsabilidade solidária de todos os entes da federação em sua concretização, são as ações do Ministério Público Estadual (MPE) – a fiscalizar Municípios e a Unidade da Federação – e o Ministério Público Federal (MPF) – a fiscalizar a União – que ganham destaque.

Mas, em termos gerais, por que o Ministério Público exerce papel tão importante no cenário da concretização de direitos? Em termos específicos, qual a sua importância institucional para o direito fundamental à saúde num quadro de progressiva judicialização da política? É o que será visto a seguir.

6.2.1 Por que o Ministério Público?

Quando se aborda a relevância institucional que o Ministério Público recebe no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário admitir que as técnicas de efetivação de direitos ensejam uma perspectiva dialógica. Isso importa reconhecer que a construção de direitos passa pelo próprio cotidiano das práticas dos vários atores sociais, sendo fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história transmitia sucessivamente de

⁵⁴⁶ Demonstam esta circunstância, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In.: XVI Congresso Nacional do Ministério Público. *Ministério Público e justiça social: em defesa da ética e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: AMMP, 2005, p. 611. Os autores ainda acrescentam que, na realidade, o deslocamento do Ministério Público da sociedade política para a sociedade civil é muito mais funcional que administrativo, pois administrativamente o *Parquet* ainda continua com estrutura de instituição estatal, com lei orgânica própria, quadro de carreira e vencimentos provenientes do Estado, o que é essencial para que a Instituição consiga executar os seus deveres constitucionais em pé de igualdade com os Poderes do Estado por ela fiscalizados.

⁵⁴⁷ Neste sentido, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 96; MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico...*, cit., p 141 – 142.

geração em geração. Nesta lógica, apresenta-se a relação entre, de um lado, a criação e desenvolvimento dos direitos sociais e, de outro, a transformação da sociedade e das direções que os direitos adquirem nas diversas práticas sociais.⁵⁴⁸

Mais especificamente, a consolidação de novos direitos exige a constituição de sujeitos ativos que, em certa medida, contribuem e participam do processo de sua efetivação, seja de modo direto por meio de espaços públicos, seja de modo indireto por meio de mecanismos de representação. No domínio do direito à saúde, como visto anteriormente, percebe-se uma ampla possibilidade de participação por parte da sociedade civil nesse processo, agregado, também, a uma garantia institucional e jurídica que direciona esse direito como, concomitantemente, um *dever republicano*. Daí o reconhecimento de que o direito à saúde é um direito fundamental.⁵⁴⁹

Nessa conjuntura, a garantia dos direitos representa uma verdadeira premissa para toda e qualquer sociedade democrática. O direito à saúde, especialmente, se revela como condição essencial para o exercício dos demais direitos sociais, devido a sua forte conexão com a dignidade humana. Sem a possibilidade de desenvolver uma vida saudável, a realização de direitos como a liberdade, a educação, o trabalho, o lazer, dentre outros, se encontra limitada ou, até mesmo, fisiologicamente impossível.

Outrossim, o processo de evolução e concretização de direitos não parece provável sem compromissos democráticos explícitos em torno da diminuição da desigualdade social, o que sem dúvida acarreta o fortalecimento da sociedade civil e de seus modos de organização e associação. Essa também é uma característica verificada no domínio da saúde, que é um dos campos mais politizados e que conta com a efetiva participação de grupos sociais organizados e com a pressão do povo em favor de seus interesses e demandas. Isso implica em refletir sobre as táticas de efetivação do referido direito, bem como sobre os desafios de acesso aos mecanismos judiciais que lhe asseguram.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 68. De acordo com BOBBIO, os direitos surgem de forma gradativa, isto é, "não todos de uma vez e nem de uma vez por todas". BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁵⁴⁹ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 68. Segundo SARLET, o direito à saúde é tão fundamental que mesmo em países nos quais não se encontra previsto de modo expresso na Constituição, chega a existir um reconhecimento de tal direito como direito fundamental implícito, assim como acontece na Alemanha e em outros países. SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno...*, cit., p. 93.

⁵⁵⁰ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 68 – 69. PINHEIRO e MATTOS afirmam que os sujeitos e grupos sociais na saúde, sofrendo privação de seu direito de acesso às ações e serviços de que supostamente precisam, acionam judicialmente o Estado. "Juizes, procuradores e advogados passam a emitir juízos sobre quais são as necessidades de saúde em um caso concreto". PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben

A problemática do acesso à justiça, em linhas gerais, diz respeito aos limites e possibilidades de acesso dos indivíduos aos meios estatais de resolução de conflitos, sobretudo o Judiciário, permitindo um raciocínio crítico quanto a este Poder e suas formas de exercício e organização. Um dos principais questionamentos realizados é o seguinte: diante de dificuldades econômicas, sociais e culturais e de um Poder Judiciário incapaz de absorver certas demandas coletivas relacionadas a direitos sociais, como pensar em estratégias de concretização de direitos que resolvam a constante judicialização dos conflitos? Ou seja, diante de uma *explosão de litigiosidade*, especialmente a partir da década de 1990, como pensar o papel do Judiciário que, progressivamente, tem se tornado um “muro de lamentações” dos cidadãos na procura de seus direitos?⁵⁵¹

Na saúde, a perenidade do conflito devido à contradição e resistência entre atores sociais – setores da população, classe política e operadores do Direito – constitui-se como condicionante de seu êxito como política de Estado, e o Judiciário apresenta um importante papel nesse processo.

No entanto, outros espaços também são adotados como âmbitos de resolução de conflitos, os quais pretendem, em maior ou menos grau, se afastarem da estrutura de funcionamento semelhante à do Judiciário. Tais espaços propõem-se, em certa medida, a atuar na efetivação de direitos já positivados e na construção de novos direitos. Nesta esfera, o Ministério Público desempenha papel essencial, uma vez que pode situar os direitos como práticas concretas que atendam a critérios primordiais de justiça e cidadania.

Nesse cenário de crescente judicialização da vida, a Instituição Ministerial se constitui como um alicerce para assegurar direitos, em especial o direito à saúde. Surgem, assim, indagações sobre as razões pelas quais o *Parquet* exerce função tão vital para a tutela de direitos supraindividuais.

O Ministério Público é uma instituição autônoma e, por conseguinte, não está vinculado às formas clássicas de poder estatais, o que possibilita uma atuação mais independente e efetiva a favor da concretização do direito fundamental à saúde. Ademais, os membros da Instituição possuem formação jurídica e exercem tal cargo em virtude de seleção por concurso público de provas e títulos. Então, o Ministério Público possui membros que não

Araújo de (Orgs.). *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005, p. 36.

⁵⁵¹ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 69, o qual menciona a existência de críticas ao Judiciário que se baseiam em três vertentes: 1) a compreensão de que a justiça se tornou uma questão crítica e problemática por largos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito; 2) o aumento da corrosão no prestígio e credibilidade do Judiciário; 3) a grande diminuição no nível de tolerância da sociedade civil quanto à baixa eficiência do sistema judicial.

são eleitos, cuja legitimidade provém de um processo racional-legal de seleção e recrutamento, segundo fatores, diretrizes e normas que visam conferir respaldo jurídico ao seu trabalho.⁵⁵²

Com efeito, o que se verifica é um autêntico órgão autônomo e independente, do qual a legitimidade deriva da própria Constituição Federal e cujo procedimento de escolha de seus membros baseia-se em méritos pessoais dos concursados. Certamente, tal legitimidade formal estabelece apenas uma faceta que possibilita a atuação do *Parquet*, o que abre espaço para uma legitimidade material, com amparo na sua qualidade de instituição dinâmica de proteção e concretização de direitos, especialmente de natureza social.

Na esfera da saúde – sobretudo no período pós-constituente brasileiro – o Ministério Público tem se mostrado um eficiente articulador na solução de conflitos e definição de políticas públicas, buscando combinar esse direito fundamental às práticas sociais. Essa instituição jurídica tem se mostrado indispensável na superação da lacuna existente entre os direitos e a realidade desigual, ou seja, entre o *mundo do direito* e o *mundo dos fatos*, por meio da estratégia da *publicização*⁵⁵³ e *efetivação*⁵⁵⁴ de direitos.⁵⁵⁵

Portanto, o *Parquet* não pode assir aos acontecimentos sociais sem neles intervir, eis que o cumprimento da função social do Direito e da função social-comunitária do Ministério Público passa por seu processo de ingerência nos acontecimentos sociais relevantes. É exatamente isso que lhe trará a necessária legitimação da sociedade. Não é suficiente, assim, a legalidade formal, presente na Constituição, atribuindo poderes ao *Parquet*. A real legitimidade provém da atuação cotidiana. Sempre é válido lembrar o que se diz na Ciência Política e na Teoria Geral do Estado: “a legalidade vem de cima: a legitimidade vem de baixo”.⁵⁵⁶

De um modo particular, o órgão ministerial trabalha no sentido de fiscalizar a Administração Pública e de realizar a função de mediação de conflitos, com o intuito de alcançar a resolução imediata, fato que contribui para a sua notoriedade no domínio de garantia de direitos.

⁵⁵² Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 70.

⁵⁵³ A *publicização de direitos* refere-se à preocupação do Ministério Público em atuar no incentivo e na ampliação das práticas de socialização do conhecimento sobre os direitos por parte da comunidade, por intermédio da produção de manuais, cartilhas e, inclusive, propagandas radiotelevisivas.

⁵⁵⁴ A *efetivação de direitos* diz respeito a importante qualidade do Ministério Público de concretizar direitos garantidos formalmente na lei, permitindo o seu efetivo exercício por seus titulares.

⁵⁵⁵ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 71.

⁵⁵⁶ Demonstra esta circunstância, RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 195.

A razão para a adoção desse papel pelo Ministério Público é a existência de uma sociedade civil desorganizada, fraca e incapaz de proteger seus direitos fundamentais. Uma sociedade “hipossuficiente”, segundo o jargão jurídico. Ademais, constantemente, são os próprios entes estatais que desrespeitam os direitos fundamentais dos cidadãos. Dessa circunstância, surge a proposta, de cunho instrumental, de que “alguém” deve intervir na relação Estado/sociedade em favor desta última. Instrumental porque não é algo para sempre, visto que “alguém”, pelo menos no momento, tem de proteger os direitos fundamentais do indivíduo até que ele mesmo, cientificado pelo exemplo de atuação do seu protetor, conquiste autonomia para a defesa de seus interesses. Essa interpretação do papel desempenhado pelo *Parquet* é confirmada pelos seus membros, os quais acreditam que a Instituição deve promover a conscientização dos cidadãos brasileiros.⁵⁵⁷

Com certeza, essa compreensão decorre do próprio desenvolvimento histórico e social da sociedade civil brasileira. Um dos principais entendimentos teóricos, dentre os que se consolidaram no Brasil, ampara a ideia de que o Estado foi estabelecido como o *locus* de movimento e a sociedade o *locus* da passividade. Nesta ótica, o Estado se apresenta aos cidadãos mais como um “pai” do que como uma “ameaça”, tal qual a concepção liberal-clássica o instituiu.⁵⁵⁸ No decorrer da história brasileira, vários estudiosos⁵⁵⁹ se dedicaram ao tema, e a finalidade aqui não é efetuar uma incursão nas diversas nuances teóricas do pensamento sociopolítico brasileiro, mas sim identificar certas características típicas da sociedade brasileira que, de alguma forma, influenciam na concepção de defesa compartilhada pelos membros da Instituição Ministerial.

De certa forma, percebe-se que nos momentos em que o Estado mais intervém, mais a sociedade se movimenta, não por existir um processo social endógeno de mobilização, mas sim por esse movimento ser provocado a partir do próprio Estado ou tendo-o como referencial.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Neste sentido, ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, nº 39, fev. 1999, p. 96. Conforme CASAGRANDE, os membros do Ministério Público mais comprometidos com a defesa dos direitos coletivos e difusos, justificam seu trabalho no entendimento de que a sociedade civil se apresenta “frágil e desorganizada”, competindo-lhes a missão histórica de completar esse vazio. CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público, ação civil pública e judicialização da política: perspectivas para o seu estudo*. Boletim Científico da ESMPU, Brasília, ano I, n. 3, abr./jun., 2002, p. 32.

⁵⁵⁸ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 72.

⁵⁵⁹ Neste sentido, ver ROCHA, Justiniano José da. Ação, reação, transação. In: MAGALHÃES JR., R. *Três panfletários do segundo reinado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956; TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Brasília: UnB, 1982; entre outros autores.

⁵⁶⁰ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 72.

Nesse cenário, é ampla a discussão sobre a influência do Estado no dia a dia das práticas sociais, seja no âmbito político, seja no âmbito administrativo.

O Estado português transplantado para o território brasileiro promove uma valorização da figura do rei em detrimento da figura do povo. Esse fato traz efeitos sociais significativos no que se refere ao exercício da cidadania nos séculos subsequentes. A justificativa gira em torno da verificação de que o ator da história é o rei, não a população, como já insinuava a inteligência europeia, por meio da soberania popular nascente e com base na tese do poder transmitido por Deus por meio da mediação do povo. Além disso, uma vez que o súdito é o membro obediente do regime monárquico, sem resistência, tem-se a ideia de que qualquer acréscimo no campo dos direitos ou da cultura cívica seria efetuada a partir do Estado e não da sociedade.⁵⁶¹

A organização político-administrativa que se desenvolve nos séculos seguintes indica que os diversos grupos que buscam em modelos republicanos a saída para a monarquia acabam dando realce ao Estado, mesmo aqueles que partem de princípios liberais. Esse realce resulta na “longa tradição estatista” do país, em momento posterior. Dessa forma, assuntos como *vontade geral, participação, espaços públicos e democracia* somente fazem sentido quando inseridos numa lógica que adota o Estado como centro, de maneira a exercer o papel de principal organizador do exercício da cidadania e dos direitos.⁵⁶²

Os membros do Ministério Público, assim, enfatizam o dever dessa Instituição de zelar e defender a sociedade que, a princípio, se encontra numa posição desigual no tocante ao Estado. Por isso, torna-se essencial discutir a ampliação do círculo de intérpretes dos direitos, além da própria ampliação de seu círculo de garantidores, que se desenvolvem a partir da introdução do *Parquet* na esfera de concretização dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, e da implementação de políticas públicas que lhe são relacionadas.

6.2.2 Indo além da judicialização

Os estudos desenvolvidos no Estado brasileiro sobre a temática da judicialização, buscam, em larga medida, entender o novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário no cenário contemporâneo. Buscam, também, refletir sobre os desafios e procedimentos que se apresentam a este Poder para a concretização de direitos e implementação de políticas

⁵⁶¹ Neste sentido, FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994, p. 25.

⁵⁶² Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 73.

públicas. Ademais, tais estudos têm se debruçado sobre o perfil dos atores que apresentam ao Judiciário as suas demandas, criando um cenário complexo que conta com a presença de entidades associativas, partidos políticos e, especialmente, outras instituições jurídicas. Dentre essas instituições, compete ao Ministério Público uma atuação fundamental na efetivação de direitos sociais, sobretudo no que tange àqueles que impõem maiores esforços e utilização de recursos por parte do Estado.⁵⁶³

No período pós-constituinte, que consolida as modificações institucionais conquistadas pelo *Parquet* brasileiro, verifica-se um aumento considerável de pesquisas⁵⁶⁴ que buscam examinar seu novo perfil nesse cenário de judicialização, como órgão independente dos demais poderes constituídos e voltado para a defesa da cidadania e do interesse público.

Dentro do novo perfil constitucional do órgão ministerial existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista*, que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a este órgão a resolução de problemas sociais, e o *resolutivo*, que atua no âmbito extrajudicial, como um grande mediador e pacificador da conflituosidade social.

Apesar do Ministério Público demandista ainda prevalecer nos dias atuais, é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, comprometido com o desenvolvimento de um trabalho permanente na proteção dos direitos massificados. A transferência da solução dos conflitos coletivos para o Judiciário não se mostra tão eficaz, uma vez que, em muitos casos, esse Poder não atua na forma e no rigor esperados pela sociedade.

Para a efetivação de uma Instituição resolutiva, é fundamental que o *Parquet* tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão ao seu dispor – previstos na Lei nº 7.347/85 – tais como o inquérito civil, as recomendações, as audiências públicas e o termo de ajustamento de conduta (TAC). Manejando estas possibilidades, o Ministério Público adquire condições de construir mudanças na realidade social.

⁵⁶³ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 92.

⁵⁶⁴ Dentre as pesquisas realizadas, pode-se destacar as seguintes publicações: WERNECK VIANNA, Luiz *et AL*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002; CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. Os três estudos refletem, de modo amplo, sobre o trabalho do Ministério Público no cenário da judicialização e os procedimentos usados por esta Instituição no cotidiano de suas práticas, o que marca a particularidade deste fenômeno no Estado brasileiro. Segundo CASAGRANDE, a judicialização, no Brasil, conta com uma peculiaridade institucional que caracteriza o caso nacional: a criação de um Ministério Público como órgão de defesa da cidadania e do interesse público, estabelecido como órgão estatal autônomo e independente dos demais poderes constituídos. CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização...*, cit., p. 20.

O *inquérito civil* consiste numa investigação administrativa prévia efetuada pelos membros da Instituição, cujo intuito principal é colher elementos de formação de convencimento para a propositura da Ação Civil Pública. A *recomendação* é a possibilidade do *Parquet* aconselhar entidades e órgãos, de maneira a solicitar a adoção de providências voltadas para a adequada realização dos serviços públicos, além do respeito a interesses e direitos dos cidadãos. As *audiências públicas* são um instrumento por intermédio do qual o cidadão e a sociedade civil podem contribuir com o órgão ministerial no exercício de suas finalidades institucionais e participar do desenvolvimento de seus deveres, já que nelas o Ministério Público coleta informações, opiniões e depoimentos, críticas, sugestões e propostas de ação institucional.⁵⁶⁵

O termo de ajustamento de conduta (TAC), por sua vez, como o próprio nome sugere, objetiva assegurar um direito ou serviço público que se encontra realizado de modo insuficiente. Mais precisamente, tal instrumento consiste num compromisso acordado entre o *Parquet* e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize modificações necessárias a fim de concretizar certo direito, visando corrigir uma circunstância débil.⁵⁶⁶

O TCA ainda possui força de título executivo, isto é, caso o gestor não o cumpra no prazo estabelecido, o Ministério Público pode propor uma ação no Judiciário na fase de execução, o que levará notadamente menos tempo do que uma ação comum, já que dispensa a constituição de provas, as audiências para instrução do processo e a sentença de mérito.⁵⁶⁷

De fato, os mecanismos processuais de que dispõem os membros do Ministério Público a fim de instrumentalizar suas estratégias de atuação demonstram a relevância institucional que este órgão obteve com a Constituição de 1988. Ao mesmo tempo, o reconhecimento constitucional de direitos sociais e coletivos traz uma consequência essencial: a possibilidade de judicialização de problemas político-sociais, ou seja, a possibilidade dos conflitos, antes limitados à esfera política, adquirirem foro judicial e receberem solução por meio da aplicação técnica do direito. Neste sentido, a perspectiva dessa *judicialização da política* trabalha numa lógica de Ministério Público proponente e de um Judiciário centralizado, pois indica o estabelecimento de uma ligação do cidadão com o Poder

⁵⁶⁵ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 93.

⁵⁶⁶ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 94. No âmbito da saúde, a título de exemplos de utilização do TAC é possível mencionar os seguintes: a) na situação em que um hospital não apresenta leitos suficientes, faz-se um TAC por meio do qual o gestor se compromete a, num período de tempo determinado, providenciar o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) na situação em que um posto de saúde apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC por meio do qual o gestor se compromete a, num prazo determinado, conseguir uma quantidade de remédios suficiente. ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 95.

⁵⁶⁷ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 95.

Judiciário, que é capaz de atuar sobre o poder político. Mas, será o *Parquet* um mero “figurante” nesse “teatro” da judicialização? Não haverá algum outro método estimulado pelo próprio Ministério Público que se diferencie da ideia de *judicialização da política e das relações sociais*?⁵⁶⁸

Como visto, no cenário contemporâneo há uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também agem decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Poder Judiciário, portanto, anuncia-se apenas como mais um desses atores, cujo destaque, realmente, advém de suas competências e deveres constitucionais, sobretudo no que diz respeito à resolução de conflitos. No entanto, é necessário considerar que existem outras formas de envolvimento de instituições jurídicas que não ensejam, obrigatoriamente, a judicialização de conflitos.⁵⁶⁹

Tendo em vista que a estratégia privilegiada do Ministério Público é o diálogo, percebe-se que as relações sociais diante desta Instituição podem sofrer muito mais uma *juridicização* – situação em que os conflitos não são levados ao Judiciário, mas são discutidos sob o prisma jurídico, especialmente em momentos pré-processuais – do que uma *judicialização* – situação em que os conflitos são levados à apreciação do Judiciário.

Logo, outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos, os quais utilizam, por vezes, métodos de pactuação e negociação fundamentalmente céleres e que objetivam atuar na concretização de direitos. No domínio dessas novas esferas estatais, principalmente na *juridicização* da saúde, o *Parquet* exerce papel primordial pelo menos em cinco dimensões: 1) se no contexto de *judicialização* o Poder Judiciário é chamado a decidir de modo polarizado no sentido de resolver determinado conflito, no contexto de *juridicização* prevalece a lógica de consenso pelo diálogo, ou seja, dá-se ênfase a um processo de negociação, pactuação e concessão mútua entre os vários atores envolvidos, em que o resultado é constituído de forma consensual; 2) numa situação de *judicialização*, o que se encontra em pauta é o monopólio do poder de legislar, ao passo que numa situação de *juridicização* também se tenciona designar estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de maneira a fixar recursos, compromissos e diretrizes a serem realizados num dado período pactuado; 3) a *judicialização* da política propicia o destaque do Poder Judiciário na definição de direitos sem absorver critérios sociais substanciais, uma vez que pode configurar uma relação entre Judiciário e Poder Público de moldes providenciais, ao passo que no prisma da *juridicização* a inclusão da sociedade se estabelece como pressuposto para a formulação de

⁵⁶⁸ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 95 - 96.

⁵⁶⁹ Assim, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 96.

consensos que sejam realmente plurais; 4) num cenário de *judicialização* da política, no qual o principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, existe uma ampliação da comunidade de intérpretes, no entanto ainda muito limitada aos órgãos de cúpula, tais como o Supremo Tribunal Federal (STF) e os Tribunais Superiores, enquanto num cenário de *juridicização* se verifica uma maior porosidade à pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se limita apenas à interpretação geral de um tribunal; 5) num contexto de *judicialização*, se verificam demandas que chegam a um Poder Judiciário sob grande influência do Princípio da Separação dos Poderes e da conexão ao direito sob forma de códigos, enquanto num contexto de *juridicização* se verifica um cenário que busca considerar as peculiaridades dos ambientes em que as demandas estão inseridas para determinar métodos mais efetivos para a satisfação dessas demandas.⁵⁷⁰

É exatamente essa possibilidade de agir de forma independente do Judiciário que permite o destaque do Ministério Público na concretização de direitos sociais e coletivos que exigem uma prestação célere e eficaz – como o direito à saúde –, em que os instrumentos extrajudiciais ganham relevo, a exemplo das recomendações e do termo de ajustamento de conduta. Tão relevante quanto a análise dos fins de uma ação judicial é a análise dos meios utilizados pelas diversas instituições na efetivação dos interesses sociais, permitindo pensar uma nova forma de atuação do Ministério Público que vai além da mera judicialização. Este fato viabiliza ampliar ainda mais as considerações sobre o protagonismo deste autor no que concerne à realização de direitos e implementação de políticas públicas.

Mais uma vez, é preciso lembrar que não se nega, aqui, a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, o que se percebe e deve ser destacado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais, em que, muitas vezes, os juízes extinguem os processos coletivos sem o adequado e indispensável enfrentamento do mérito. Um Judiciário preparado e consciente de seu verdadeiro papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos fundamentais do corpo social.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ Demonstra esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização...*, cit., p. 97 – 98.

⁵⁷¹ Demonstram esta circunstância, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. *Priorização da atuação preventiva...*, cit., p. 612. De acordo com RODRIGUES, no instante em que o Poder Judiciário se mostrou ineficiente em atender as demandas de novos tempos – interesses difusos, coletivos e metaindividuais –, e sendo o *Parquet* o agente mais relevante na tutela de direitos coletivos pela via judicial, a instituição se ressentiu – afinal, sua sorte estava ligada à do Judiciário, pois não gozava do *status* de “Poder”. E essa inoperância sucedeu numa época de maior exigência da sociedade por eficiência de suas instituições. A partir desse momento, o Ministério Público se encontrou obrigado a buscar novas alternativas de fortalecimento institucional, uma vez que o mero demandismo era modelo esgotado ou, no mínimo, em profunda crise. RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público resolutivo...*, cit., p. 167.

O combate repressivo, apesar de ser muito importante, não consegue, na grande maioria das vezes, retornar ao *status quo ante*, obtendo a mera punição do agente ou, se muito, medidas compensatórias, sem reaver os direitos e bens jurídicos já violados.

Muitos danos, principalmente os de dimensão social, como os que afetam a saúde pública e o meio ambiente, por exemplo, não são possíveis de reparação *in natura*. Assim, nesses casos, só resta uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, uma vez que não responde ao direito – a uma tutela jurídica realmente adequada – no seu caráter de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito.⁵⁷²

Não é somente isso, porém. Inúmeros problemas sociais vivenciados na atualidade, inclusive no campo da saúde, são frutos da pouca efetividade de políticas públicas que realmente proporcionem uma mudança social no cenário de crise dos direitos fundamentais que hoje se observa. Desse modo, percebe-se que, em muitos casos, a atuação preventiva do Ministério Público atende de maneira mais astuta o dever de concretização dos direitos constitucionais, já que fomenta e cobra a implementação de políticas públicas. Dessa forma, torna-se possível tratar previamente os fenômenos sociais que originam situações ou conflitos desencadeantes de processos judiciais repressivos, em que o exercício ministerial possui qualidade paliativa.

O *Parquet* precisa transformar-se em legítimo agente político, ultrapassando a perspectiva meramente processual do seu trabalho. Deve atuar de modo integrado e em rede, nos mais variados níveis, conquistando novos espaços e se habilitando como negociador e formulador de políticas públicas. Deve, assim, buscar a solução judicial somente após o esgotamento de todas as possibilidades administrativas de resolução dos problemas que lhe são postos, tendo o Poder Judiciário como espaço excepcional de atuação.⁵⁷³

O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal substancial para o acesso da sociedade, sobretudo dos segmentos mais carentes e dispersos, a uma ordem jurídica realmente mais justa. Os membros da Instituição precisam encarar suas atribuições como efetivos trabalhadores sociais, cujo principal dever é o resgate da cidadania e a concretização dos valores democráticos fundamentais.⁵⁷⁴

⁵⁷² Demonstra esta circunstância, ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano *et al.* (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

⁵⁷³ Assim, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia...*, cit., p. 121 – 122.

⁵⁷⁴ Neste sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. *Priorização da atuação preventiva...*, cit., p. 612 – 613.

A tutela jurídica preventiva é a mais relevante e genuína forma de tutela jurídica do Estado Democrático de Direito. Ela provém do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático. E sendo o Ministério Público o defensor do regime democrático (artigo 127, *caput*, da CF/88) impõe-se que essa Instituição eleja a defesa da tutela jurídica preventiva como exigência do Estado Democrático de Direito.⁵⁷⁵

O Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social no intuito de alcançar a igualdade material em relação ao acesso efetivo a bens e outros valores. Realizar essa transformação de forma justa também é compromisso do *Parquet* brasileiro como defensor do regime democrático.⁵⁷⁶

Logo, o trabalho do Ministério Público resolutivo na tutela dos interesses sociais deve ser realizado de maneira efetiva em todos os seus campos de atuação. Na área coletiva, a Instituição deve dar prioridade à atuação preventiva para impedir a violação dos direitos sociais, além de suprimir de forma articulada e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados.⁵⁷⁷

Agindo extrajudicialmente, como grande interventor e pacificador dos conflitos sociais, o órgão ministerial adquire função social pedagógica, educando a coletividade para o exercício da cidadania e das organizações sociais. E essa missão o *Parquet* desenvolve por meio das recomendações, das audiências públicas e do termo de ajustamento de conduta.⁵⁷⁸

É importante ressaltar que a maneira mais legítima de concretização de direitos não decorre da capacidade de decidir e de impor decisões, mas sim do diálogo, da apreciação negociada da norma jurídica.

⁵⁷⁵ Demonstram esta circunstância, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva..., cit., p. 609.

⁵⁷⁶ Assim, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva..., cit., p. 615.

⁵⁷⁷ Neste sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva..., cit., p. 615, os quais afirmam que na área criminal, é indispensável a inserção do Ministério Público no seio da sociedade, para se inteirar das verdadeiras causas da criminalidade e impor políticas públicas específicas ao Poder Público, além de atuar de maneira direta nas investigações dos comportamentos criminosos que mais afetam a sociedade, de modo a combater com eficiência o crime organizado e possibilitar que o Direito Penal tenha eficácia social.

⁵⁷⁸ Neste sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva..., cit., p. 616.

Mesmo para o Ministério Público demandista, a priorização da atuação preventiva é essencial, no ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória, obstando-se a prática do ilícito, sua continuidade ou reiteração.⁵⁷⁹

No próximo tópico, será analisada a intervenção do *Parquet* brasileiro na execução de políticas sociais para proporcionar a promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

6.3 O Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública.

Após um estudo detalhado sobre o Ministério Público e o direito fundamental à saúde, torna-se oportuno verificar o que os membros desta Instituição devem fazer para cumprir de modo regular, adequado, oportuno e, sobretudo, satisfatório, as imposições constitucionais previstas no artigo 127⁵⁸⁰, no tocante à promoção, proteção e recuperação da saúde.

A Lei Fundamental de 1988 é dirigente, ou seja, não estabelece apenas um estatuto de poder, agindo como “instrumento de governo”, mas sim determina programas e metas que devem ser concretizados pelo Estado e pela sociedade. Indica uma nova ordem social e econômica que deseja ver executada.⁵⁸¹

O *Parquet* brasileiro como guardião da sociedade e defensor do regime democrático, tem o dever institucional de velar pela garantia do direito fundamental à saúde, expressamente previsto no artigo 196⁵⁸² da Constituição vigente, como sendo o conjunto integrado de ações e serviços voltados para a realização da nova ordem social, cujo objetivo é alcançar o bem estar e a justiça entre os cidadãos.⁵⁸³

As atribuições do Ministério Público devem ser realizadas a partir de uma imperiosa e inafastável necessidade de visualização das circunstâncias sociais, em que o Promotor de

⁵⁷⁹ Assim, ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva..., cit., p. 616.

⁵⁸⁰ Segundo o art. 127 da CF/88, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

⁵⁸¹ Demonstra esta circunstância, PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública. In.: XVI Congresso Nacional do Ministério Público. *Ministério Público e justiça social: em defesa da ética e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: AMMP, 2005, p. 733.

⁵⁸² De acordo com o art. 196 da CF/88, “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”.

⁵⁸³ Neste sentido, PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo..., cit., p. 733.

Justiça (leia-se também Procurador da República) deve perceber a saúde conforme a definição trazida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a qual defende que saúde não corresponde apenas à ausência de doença, mas ao estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Assim, torna-se importante verificar quais são as principais formas de atuação do órgão ministerial na defesa e concretização do direito fundamental à saúde, o que será feito a seguir.

6.3.1 Principais formas de atuação do Ministério Público na defesa do direito fundamental à saúde

Observa-se que o trabalho do *Parquet* para a efetivação do direito à saúde se pauta, especialmente, na fiscalização do gestor e dos prestadores de serviço. Para tanto, duas formas genéricas de atuação são utilizadas por seus membros: atuação por meio de trabalho “de gabinete” ou atuação por meio de visitas *in locci*.⁵⁸⁴

A primeira forma citada refere-se ao trabalho realizado dentro do próprio espaço físico do Ministério Público, em que o Promotor de Justiça age em conformidade com as demandas que lhe são apresentadas por jornais, ouvidorias (tanto as do SUS como as do Ministério Público), ou por representação social. Em qualquer um dos casos, a demanda passa por um crivo de veracidade para que o trabalho do órgão ministerial não seja despropositado.⁵⁸⁵

No caso dos jornais, o membro do *Parquet* elabora sua intervenção em virtude da regularidade e da relevância da notícia. Isto é, na medida em que o fato noticiado se apresenta como relevante e aconteça com uma certa regularidade, o Promotor atua no sentido da efetivação do direito que esteja insuficientemente satisfeito.⁵⁸⁶

No caso da ouvidoria, em regra é o cidadão-usuário que a utiliza para requerer direitos individuais. Esta demanda individual é registrada no Ministério Público e, caso seja repetida por outros cidadãos, caracterizará um direito fundamentalmente coletivo e difuso. Na verdade, a atuação ministerial, aqui, se justifica por duas razões: 1) de início trata-se de direito

⁵⁸⁴ Demonstram esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte das ações do Ministério Público: uma análise sobre a eficácia das formas de atuação. In: Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 133 – 134.

⁵⁸⁵ Assim, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 134.

⁵⁸⁶ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 134.

individual, porém, se outras pessoas também reclamarem da mesma questão – como da falta de medicamentos em um posto de saúde, por exemplo – este direito adquire um caráter coletivo; 2) mesmo se tratando de direito individual, o *Parquet* pode agir independentemente de outras reclamações, ainda quando não procurado para atuar, uma vez que o problema certamente atinge outras pessoas. Na prática, esta segunda forma tem sido a mais usada pela Instituição, por considerar que o exercício de *direitos individuais generalizáveis a uma coletividade* faz parte da seara de sua competência.⁵⁸⁷

Por fim, no caso da representação social, o Ministério Público recebe a denúncia diretamente da sociedade civil organizada, tais como representantes profissionais, Conselhos de Saúde, associações de classes e outros. Percebe-se que muitos Promotores tentam sempre atuar de forma conjunta com a sociedade civil para que o seu trabalho, além de ser legalmente possível, tenha uma legitimidade advinda da própria sociedade.⁵⁸⁸

Para além dessas alternativas de atuação dos membros do Ministério Público “no gabinete”, existem outras formas bem mais dinâmicas, baseadas essencialmente no diálogo. Por vezes, o Promotor deve abandonar a praxe de proteção do direito tradicional e sair de seu gabinete com o objetivo de conhecer as carências da sociedade, por meio do contato direto com esta, e procurar efetivar seus direitos. Portanto, deve privilegiar seu trabalho como órgão agente, na busca da concretização dos direitos sociais.⁵⁸⁹

Nesta perspectiva, as visitas *in locci* – nos locais – têm se mostrado um instrumento eficaz. A prática dos Promotores se dirigirem ao local problemático, para analisar de modo direto a controvérsia, é uma maneira interessante de atuação. Assim, o membro do Ministério Público torna-se não apenas aquele que tutela o direito, mas aquele que confere diretamente o que não está sendo realizado de forma adequada.⁵⁹⁰

A ideia da visita aos locais é dialogar com os próprios atores sociais – gestores, usuários dos serviços e profissionais de saúde – para se chegar a formas de solucionar o problema. Em outras palavras, o que dá dinamicidade ao trabalho do *Parquet* são seus modos de atuação, cujo protagonismo na solução de conflitos consiste na construção de diálogos, negociações e pactos para a satisfação das demandas apresentadas pela sociedade civil.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Assim, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 134 - 135.

⁵⁸⁸ Demonstram esta circunstância, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 135.

⁵⁸⁹ Neste sentido, RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia...*, cit., p. 194 -195.

⁵⁹⁰ Assim, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 135.

⁵⁹¹ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 136, os quais explicam que por diálogo deve-se entender a possibilidade de alcançar um consenso a partir de um

O Promotor age não apenas como protetor dos interesses e direitos metaindividuais, mas também como agente que busca solucionar as questões sociais ligadas a tais direitos. O âmbito judicial é evitado, não somente pela demora e incerteza das respostas do Judiciário em relação aos direitos coletivos, mas pelo fato do membro do Ministério Público realizar o seu papel como atividade que transcende a esfera da justiça e exige legitimação na sociedade.

Todavia, nas situações em que se torna dificultosa a conciliação dos interesses envolvidos, o Ministério Público faz uso do Termo de Ajustamento de Conduta (TCA) e da Ação Civil Pública (ACP), os quais proporcionam um debate quanto ao sentido de suas próprias ações.

O TAC, como visto anteriormente, objetiva garantir um direito ou um serviço de saúde que se encontra insuficientemente satisfeito. É um acordo firmado entre o *Parquet* e o gestor, em que este último se compromete em realizar as mudanças necessárias para o exercício de determinado direito.

A ACP, por seu turno, é considerada o último recurso a ser utilizado pelo Promotor de Justiça.⁵⁹² Tal instrumento consiste em uma ação proposta pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, para a garantia de um direito violado. Este tipo de ação demanda mais tempo para ser solucionada. Logo, nas questões referentes à saúde, a ACP não corresponde a um meio célere e eficaz. A prática tem demonstrado que o TAC é preferível à ACP, pois mesmo que ambos responsabilizem o gestor pelos seus atos, o TAC possibilita as seguintes situações: a) existir uma previsão de quando o problema será solucionado, já que estipula um prazo; b) verificar quem o solucionará, por meio da assinatura do termo; e c) determinar como o problema será resolvido, estabelecendo medidas a serem adotadas.⁵⁹³

Portanto, a segurança de que o problema será solucionado somado à celeridade do processo decisório, proporciona ao Termo de Ajustamento de Conduta o status do caminho mais eficaz de atuação formal do Ministério Público na garantia do direito à saúde. O TAC reforça a institucionalização de um tipo de responsabilidade no âmbito da saúde: a *responsabilidade sanitária*.⁵⁹⁴

Registre-se, também, a importância do órgão ministerial desenvolver um trabalho em conjunto com os Conselhos de Saúde na fiscalização das ações e serviços realizados e na

contexto democrático e participativo, o que propicia o desenvolvimento de sinergias e porosidades que englobam as demandas sociais.

⁵⁹² Como verificado no decorrer deste estudo, a primeira forma de atuação do *Parquet* é o diálogo, o que explica o fato da Ação Civil Pública ser o último recurso a ser utilizado pelo Promotor de Justiça ou Procurador da República.

⁵⁹³ Neste sentido, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 139.

⁵⁹⁴ Assim, ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte..., cit., p. 139.

construção de políticas públicas mais efetivas e condizentes com a realidade social. No próximo tópico, este assunto será abordado de forma mais detalhada.

6.3.2 O *Parquet* brasileiro, o controle social e as políticas públicas

O grande avanço dos últimos anos tem sido a efetivação da ideia de controle social para a fiscalização das diversas políticas públicas executadas pelo Estado. Certamente, esta é a melhor forma de viabilizar a democracia, pois os Conselhos Municipais e Estaduais contam com representantes de usuários, da sociedade civil organizada e de órgãos oficiais, cada qual com seu específico olhar em relação aos diferentes problemas. Obtém-se, desse rico debate, variadas e criativas soluções, além de proporcionar o conhecimento recíproco das particularidades de cada ente integrante.⁵⁹⁵

No entanto, muito ainda precisa ser melhorado, seja no que tange à infra-estrutura material e aos recursos humanos dos conselhos, seja no que diz respeito ao relacionamento dos conselheiros com o Poder Público. Para tanto, entende-se como essencial a atuação do Ministério Público nessa seara.

Como parceiro do controle social, o Ministério Público pode utilizar as deliberações dos diversos conselhos como objeto de compromissos de ajustamento em inquéritos civis, tendo em vista a indução de políticas de saúde com execução a longo prazo, a vincular o Poder Público para além do mandato dos governos, o que possibilita o planejamento estratégico de efetivação das melhorias sociais e impede a descontinuidade dos programas públicos.⁵⁹⁶

Nota-se que o principal problema das políticas públicas de saúde é, exatamente, a falta de continuidade dos programas, decorrente do entendimento equivocado do Poder Público de que essas políticas são “de governo” e não “de Estado”, como devem ser vislumbradas.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Neste sentido, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social e as políticas públicas. In: Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 191, a qual também menciona que muito ainda deve ser melhorado em relação aos Conselhos de Saúde, pois se percebe que muitos deles não possuem infra-estrutura material, nem recursos humanos suficientes para realizar suas atividades. Além de ser comum representantes de usuários e de ONGs não terem conhecimentos integrais em relação ao funcionamento prático dos programas fiscalizados.

⁵⁹⁶ Demonstra esta circunstância, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social..., cit., p. 185.

⁵⁹⁷ Neste sentido, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social..., cit., p. 186.

Desse modo, vê-se a possibilidade de utilizar os compromissos de ajustamento em inquéritos civis como instrumento para comprometer o Poder Público a longo prazo, convertendo políticas de saúde “de governo” em políticas de saúde “de Estado”.

O inquérito civil foi inicialmente previsto na Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85. Com o advento da Carta Magna de 1988, tal instrumento obteve status constitucional, uma vez que o artigo 129, inciso III, lista, entre as atribuições do *Parquet* brasileiro, a de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a tutela do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos.

Trata-se de procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitória, exclusivo do Ministério Público, tendente a recolher elementos de prova que ensejam o ajuizamento da ação civil pública.⁵⁹⁸

Contudo, entende-se que o conceito de inquérito civil deve ser revisto em razão das experiências acumuladas ao longo dos últimos anos, para nele inserir que o seu objetivo não é unicamente o de ser suporte para eventual ação civil pública.⁵⁹⁹

Nos dias atuais, o trabalho do Ministério Público como agente transformador da sociedade é exercido essencialmente por meio do inquérito civil, o qual serve de instrumento para a promoção de compromissos de ajustamento de conduta, convênios, audiências públicas e recomendações, em que o propósito primordial é a resolução de conflitos. É, na realidade, a forma pela qual o *Parquet* soluciona a questão apresentada sem necessidade de ajuizamento de ação civil pública, sendo o inquérito civil visto como instrumento de resolução de problemas e não apenas como procedimento preparatório. E este importante papel do inquérito civil – a composição de conflitos – não tem sido objeto de estudos, nem se encontra nos conceitos clássicos.

Assim, compete à essa Instituição fortalecer o controle social, promovendo o cumprimento de suas deliberações mediante inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta viáveis. Não se pode desperdiçar todo o valioso conteúdo dos debates e ideias que surgem com a não-colocação em prática daqueles olhares. É mister outorgar força cogente às decisões dos Conselhos de Saúde e esta função pode ser auxiliada pelo *Parquet* a fazer uso de meios que contemplem tais conclusões.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Assim, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social..., cit., p. 188. A autora também afirma que o inquérito civil é um procedimento informal, inexistindo rigidez no modo de sua condução, que é estabelecida pelo órgão ministerial de acordo com a lógica dos elementos coletados.

⁵⁹⁹ Neste sentido, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social..., cit., p. 188.

⁶⁰⁰ Demonstra esta circunstância, ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social..., cit., p. 192.

Além disso, é missão do inquérito civil colaborar para a mudança de cultura da sociedade, pois na medida em que esta prática se tornar comum em todo o território brasileiro, será possível alcançar a conscientização necessária do Poder Público sobre a importância de respeitar a vontade da população, expressa em programas por ela mesma construídos.

Nesse contexto, é notório que o Ministério Público possui o especial dever de atuar na salvaguarda do direito fundamental à saúde, sobretudo com a finalidade de concretização das políticas públicas destinadas a este domínio. Tal dever é reconhecido a seu favor no âmbito constitucional e no plano infraconstitucional, o que possibilita a resolução dos conflitos sanitários de forma mais eficiente, tanto com o objetivo de combater atitudes comissivas como para impedir continuidade das omissivas, especialmente por parte do Poder Público.

7 CONCLUSÃO

Um dos debates mais relevantes travados no atual Direito Constitucional concerne à vinculação das diversas funções, agentes, órgãos e atos estatais aos direitos fundamentais consagrados na Constituição vigente. No entanto, resulta evidente que esta não é uma preocupação simplesmente especulativa, nem a discussão está restrita somente ao Brasil. Importantes abordagens dessa natureza são observadas tanto em países em desenvolvimento, como em países desenvolvidos, a exemplo da Alemanha e de Portugal.

A saúde é direito humano fundamental, capaz de viabilizar a garantia da própria vida, além de corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que está inerente à personalidade do indivíduo, devendo, assim, ser plenamente assegurado e concretizado pelo Estado.

A afirmação da saúde como direito humano deve-se à consolidação do modelo de Estado Bem-Estar Social (*Welfare State*), que se fortaleceu, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, coube à Carta Magna de 1988, de forma pioneira, garantir expressamente a saúde como direito fundamental. Dessa forma, o referido direito foi introduzido no texto constitucional como direito fundamental social, em seu artigo 6º.

Analisando a trajetória da doutrina brasileira, bem como a evolução no âmbito jurisprudencial, nota-se a formação de um consenso no sentido de que o direito à saúde apresenta uma dimensão negativa, que implica em posições subjetivas impeditivas de ações contrárias ao bem jurídico protegido, como também uma dimensão positiva ou prestacional, que exige uma atuação efetiva do Estado no que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Com o objetivo de assegurar o acesso universal, igualitário e integral das ações e dos serviços prestados à população, o Constituinte originário criou o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual é organizado segundo as diretrizes da descentralização e possui direção única em cada esfera de governo. Busca-se, por meio desse sistema, priorizar as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, para promover o bem-estar físico, mental e social dos cidadãos.

Percebe-se que em outros países, a exemplo de Portugal, a Constituição também afirma a proteção da saúde como direito de todos e determina a realização de tal direito por meio de um serviço nacional, o Serviço Nacional de Saúde (SNS), o qual possui como

principais características a universalidade, a generalidade, a tendência a gratuidade e a gestão descentralizada e participada.

Todavia, o reconhecimento do direito à saúde como dever do Estado ainda não se constitui de fato em acesso aos bens e serviços no domínio do SUS. Assim, os cidadãos recorrem às instituições competentes, de forma individual ou coletiva, a fim de exigir do Estado o cumprimento de seu dever constitucional, pois do mesmo modo que a Lei Maior consagra a saúde como direito fundamental, também prevê instrumentos capazes de garantir a sua concretização.

A inobservância das regras norteadoras do SUS pode gerar graves consequências, sendo que a não resolução dos problemas identificados, em hipótese alguma, pode ser entendida como realidade imutável. Deve existir por parte dos operadores do Direito, de acordo com as suas atribuições e competências, a compreensão do dever indeclinável de agir, seja na esfera judicial ou extrajudicial, no sentido de solucionar as questões existentes.

Nesse aspecto, o Ministério Público assume um papel de destaque, na medida em que se consolidou como responsável pela efetividade das normas constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais, bem como fiscalizador dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública.

Atualmente, a missão institucional do *Parquet* brasileiro está ontologicamente relacionada à luta pela manutenção do Estado Democrático de Direito e pelo respeito à cidadania. A Lei Fundamental de 1988 ampliou consideravelmente o campo de atuação do órgão ministerial, atribuindo-lhe o dever de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dentre outras atribuições, cabe ao Ministério Público zelar pelo respeito aos direitos garantidos nessa Constituição, sobretudo aos direitos fundamentais.

O texto constitucional e os demais dispositivos legais que disciplinam as normas da Instituição estabelecem diversos instrumentos para a sua atuação. Essas ferramentas possibilitam ao *Parquet* a execução de suas atividades em juízo ou fora dele. A escolha pela utilização de uma ou de outra forma de atuação define modelos diferentes e tem consequências diversas para o trabalho. Assim, dentro do perfil institucional consagrado na Lei Maior, existem dois modelos de Ministério Público: o Ministério Público demandista, que atua perante do Poder Judiciário e o Ministério Público resolutivo, que atua extrajudicialmente.

Apesar do modelo demandista ainda prevalecer, é imprescindível que se efetive o Ministério Público resolutivo, levando-se às últimas consequências o *princípio da autonomia*

funcional, com o desenvolvimento de um trabalho permanente na proteção dos direitos massificados. Na esfera da saúde, a Instituição tem se mostrado um eficiente articulador na solução de conflitos e definição de políticas públicas, por meio de técnicas de pactuação e de negociação fundamentalmente céleres.

Para uma atuação resolutiva eficiente, é primordial que, cada vez mais, os membros do *Parquet* tenham consciência dos instrumentos de trabalho que estão ao seu dispor, tais como o inquérito civil, as recomendações, as audiências públicas e o termo de ajustamento de conduta (TAC). Manejando estas possibilidades os Promotores e Procuradores de Justiça adquirem condições de construir mudanças na realidade social.

A judicialização das demandas de saúde, em muitos casos, não tem se mostrado eficaz, uma vez que leva o Poder Judiciário a decidir politicamente sem a estrutura necessária para atuar com a lógica, o ritmo e a prática do sistema político, formulador e executor das políticas públicas. Nesse domínio, são tomadas decisões a partir do processo, que tem estrutura adversativa, o que impede a construção de alternativas negociais. Ademais, defende-se que o processo não consente o esclarecimento exaustivo das demandas referentes ao direito à saúde.

Não é recomendável, assim, que a judicialização dos problemas sanitários seja a primeira providência adotada pelos membros do Ministério Público. As falhas do processo para resolver as complexas questões sociais exigem que a Instituição escolha estratégias alternativas a fim de otimizar os resultados na busca da concretização do direito à saúde em consonância com a Constituição.

É importante lembrar que não se nega, aqui, a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, o que se verifica e deve ser realçado é o seu despreparo para a apreciação de problemas sociais fundamentais, em que, muitas vezes, os juízes extinguem os processos coletivos sem o adequado enfrentamento do mérito. Um Judiciário preparado e consciente de seu verdadeiro papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos fundamentais do corpo social.

O Ministério Público resolutivo, portanto, representa um canal para o acesso da sociedade, principalmente dos grupos mais carentes e dispersos, a uma ordem jurídica deveras mais justa. A confirmação do direito à saúde de forma mais legítima e coerente com a Constituição exige a construção de soluções compartilhadas e baseadas no diálogo entre todos os atores sociais envolvidos. Todavia, mesmo nesse contexto, a judicialização às vezes pode ser necessária, devendo ser resguardada para as circunstâncias de insucesso na utilização dos instrumentos de atuação extrajudicial.

Observa-se que o trabalho do *Parquet* para a concretização do direito à saúde se pauta, sobretudo, na fiscalização do gestor e dos prestadores de serviço. Para tanto, duas formas genéricas de atuação são utilizadas por seus membros: atuação por meio de trabalho “de gabinete” ou atuação por meio de visitas *in locci*.

A primeira forma citada diz respeito ao trabalho efetuado dentro do próprio espaço físico do Ministério Público, em que o Promotor de Justiça age de acordo com as demandas que lhe são apresentadas por jornais, ouvidorias, ou por representação social. Em qualquer uma das situações, a demanda passa por um exame de veracidade a fim da atuação do órgão ministerial não ser despropositada.

As visitas *in locci* – nos locais – têm se mostrado um método eficaz de resolução de conflitos, em que o membro do Ministério Público sai do gabinete e realiza um contato direto com a sociedade, com o propósito de conhecer as reais carências dos cidadãos. Desse modo, o Promotor passa a ser não apenas aquele que tutela o direito, mas aquele que confere diretamente o que não está sendo realizado de forma adequada.

A ideia da visita aos locais é dialogar com os próprios atores sociais, tais como gestores, usuários dos serviços e profissionais de saúde, para se chegar a formas de solucionar o problema.

Todavia, nos casos em que se torna dificultosa a conciliação dos interesses envolvidos, o órgão ministerial faz uso do Termo de Ajustamento de Conduta (TCA) e da Ação Civil Pública (ACP), os quais permitem um debate sobre o sentido de suas próprias ações.

O TAC objetiva assegurar um direito ou um serviço de saúde que se encontra insuficientemente satisfeito. É um compromisso firmado entre o *Parquet* e o gestor, em que este último se compromete em realizar as mudanças necessárias para o exercício de determinado direito.

A ACP, por sua vez, é considerada o último recurso a ser utilizado pelo Promotor de Justiça. Esse instrumento consiste em uma ação proposta pelo Ministério Público ao Poder Judiciário, para a garantia de um direito violado. Tal tipo de ação demanda mais tempo para ser solucionada. Logo, nos conflitos que envolvem o direito à saúde, a ACP não corresponde a um meio célere e eficaz.

A prática tem demonstrado que o TAC é preferível à ACP, pois mesmo que ambos responsabilizem o gestor pelos seus atos, o TAC possibilita a existência de uma previsão de quando o problema será solucionado, já que estipula um prazo; a verificação de quem o solucionará, por meio da assinatura do termo; e a determinação de como o problema será resolvido, a estabelecer medidas a serem adotadas.

Registre-se, também, a importância do órgão ministerial desenvolver um trabalho em conjunto com os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde na fiscalização das ações e serviços realizados e na construção de políticas públicas mais efetivas e condizentes com a realidade social.

Como parceiro do controle social, o Ministério Público pode utilizar as deliberações dos diversos conselhos como objeto de compromissos de ajustamento em inquéritos civis, tendo em vista a indução de políticas de saúde com execução a longo prazo, a vincular o Poder Público para além do mandato dos governos, o que possibilita o planejamento estratégico de efetivação das melhorias sociais e impede a descontinuidade dos programas públicos.

Verifica-se que o maior problema das políticas públicas de saúde é, exatamente, a falta de continuidade dos programas decorrente do entendimento equivocado do Poder Público de que tais políticas são “de governo” e não “de Estado”, como devem ser vislumbradas.

Portanto, compete à Instituição Ministerial fortalecer o controle social a partir da exigência do cumprimento das deliberações dos Conselhos mediante inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta viáveis. Não se deve desperdiçar todo o valioso conteúdo dos debates e ideias que surgem com a não-colocação em prática daqueles olhares. É necessário outorgar força cogente às decisões dos Conselhos de Saúde e essa função pode ser auxiliada pelo *Parquet* a fazer uso de meios que contemplem essas conclusões.

Nessa perspectiva, fica evidente que o Ministério Público possui o especial poder-dever de atuar na salvaguarda do direito fundamental à saúde, em especial com o objetivo de concretização das políticas públicas destinadas a este domínio. Esse dever é reconhecido a seu favor no âmbito constitucional e no plano infraconstitucional, o que viabiliza a resolução dos conflitos sanitários de forma mais eficiente, tanto com o propósito de combater atitudes comissivas como para impedir continuidade das omissivas, especialmente por parte do Poder Público.

Verifica-se, também, que a atuação resolutiva do órgão ministerial é a forma mais adequada para alcançar a efetivação do direito fundamental à saúde no contexto brasileiro.

O aperfeiçoamento dessa forma de atuação, baseada na construção de soluções dialogadas, com a participação de todos os atores sociais envolvidos e sem transigir em relação à imperatividade do direito à saúde, contribui positivamente para o êxito do trabalho do Ministério Público na tutela do referido direito.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471-6. Brasília. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>». Acesso em: 01/02/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade nº 789-MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Dj 26-02-1993. Disponível em: «[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI\(789%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI(789%20.NUME.)&base=baseAcordaos)». Acesso em: 12/01/2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.htm>». Acesso em: 01/04/2017.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 731/95. Relator: Conselheiro Alves Correia. Disponível em: «<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>». Acesso em: 01/04/2017.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. 2 ed. São Paulo: Martinari, 2015.

ALBUQUERQUE, Francisco Sales de. *et al. A face revelada dos promotores de justiça: O Ministério Público de Pernambuco na visão dos historiadores*. Recife: MPPE, 2006.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino – americana. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano *et al.* (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17 – 60.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In.: XVI Congresso Nacional do Ministério Público. *Ministério Público e justiça social: em defesa da ética e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: AMMP, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 39, fev. 1999.

_____. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

_____. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Saúde, sociedade e judiciário: estratégias de reivindicação em Portugal e no Brasil*. Lisboa: Juruá 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. O diálogo como elemento constituinte das ações do Ministério Público: uma análise sobre a eficácia das formas de atuação. In: Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AUTOGESTÃO em saúde no Brasil: 1980-2005 : história da organização e consolidação do setor. São Paulo: Unidas, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTOLLI FILHO, C. *História da saúde pública no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº. 4682, de 24 de janeiro de 1923. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=45136&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>
Acesso em: 22/02/2017.

_____. Lei Complementar nº. 40, de 14 de dezembro de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm. Acesso em: 14.04.2017.

_____. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm». Acesso em: 14. 04. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm». Acesso em: 26/09/16.

_____. Lei nº. 8080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm». Acesso em: 10/10/2016.

_____. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm». Acesso em: 10/11/2016.

_____. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. 11ª Conferência Nacional de Saúde: relatório final: O Brasil falando como quer ser tratado. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: «http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_11.pdf». Acesso em: 22/02/2017.

_____. Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm». Acesso em: 05/10/2017.

_____. Ministério da Saúde, Brasília, 2004, p. 65-66. Disponível em: «http://www.enp.fiocruz.br/portal-enp/publicacoes/saude-edireitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf». Acesso em 28-11-2016.

_____. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica: relatório final: efetivando o acesso, a qualidade e a humanização na assistência farmacêutica, com controle social. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 48. In: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/confer_nacional_de%20medicamentos.pdf. Acesso em: 28-11-2016.

_____. Resolução nº. 1931 de 24 de setembro de 2009. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 03/03/2017.

_____. Decreto-lei nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm. Acesso em: 22/02/2017.

_____. Lei Complementar nº. 141, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm». Acesso em: 14. 04. 2017.

_____. Resolução nº 453, de 10 de maio de 2012. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2012/res0453_10_05_2012.html. Acesso em : 22/02/2017.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE - SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. Boletim Epidemiológico. Vol. 47. n.8. Brasília, 2016. Disponível em: «<http://www.combateaedes.saude.gov.br/images/pdf/2016-006-Dengue-SE5.pdf>». Acesso em: 10/02/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programática*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Anotada*, 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARAPINHEIRO, Graça; CÔRTEZ, Soraya. *Conflitualidades e mudanças face a novos cenários globais: o caso dos sistemas de saúde português e brasileiro*. Revista Crítica de Ciências sociais, n. 57/58, p. 259 – 290, jun./nov., 2000.

CARAPINHEIRO, Graça; PAGE, Paula. As determinantes globais do sistema de saúde português. In: HESPANHA, P. (ORG.); CARAPINHEIRO, G. (ORG.) *Risco social e incerteza – pode o Estado social recuar mais?* Porto: Afrontamento, 2002.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público, ação civil pública e judicialização da política: perspectivas para o seu estudo*. Boletim Científico da ESMPU, Brasília, ano I, n. 3, p. 21-34, abr./jun., 2002.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso. *Lugares do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (org.). *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. *A garantia do direito social à saúde: políticas públicas x decisões judiciais*. Revista Jurídica Consulex. Medicina e Direito: o erro médico e suas implicações ético-jurídicas. Brasília, n. 299, 30 jun./2009.

DELDUQUE, Maria Célia.; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre. Bernardino. *et al.* (Org.) *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009. p. 103-111.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais*. Revista da Procuradoria-Geral da República. São Paulo, n. 29, 1988.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. rev. ampli. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Carla Amado. *Defesa da saúde pública vs. liberdade individual: casos da vida de um médico de saúde pública*. Lisboa: AAFDL, 1999.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos sociais e econômicos: direitos fundamentais sociais : uma visão crítica da realidade brasileira. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia - teoria e práxis: a função política do Ministério Público, o combate às práticas rurais antiambientais, o combate à exploração do trabalho infanto-juvenil, pacto social*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 17ª. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. *Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social*. Curitiba: Juruá, 2011.

JAPIASSU, Hilton.; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 2003.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, J. J. Almeida. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 6ª edição, Coimbra: Almedina, 2005.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (protecção da) saúde. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Lisboa. vol. 1, 2006.

LUZ, Madel Therezinha. *Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de “transição democrática” - anos 80*. Physis – Revista de Saúde Coletiva, v. 1, n. 1, 1991.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. 2ª. ed. 1ª reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ministério Público brasileiro: um novo ator político. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAGALHÃES, Rosana. Desigualdades sociais e equidade em saúde. In: *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 65-66. Disponível em: «http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-edireitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf». Acesso em: 28-11-2016.

MAGGIO, Marcelo Paulo. A resolutiva atuação do Ministério Público em prol da saúde. In: *Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

MANFREDI, Christopher P.; MAIONI, Antonia. *Courts and health policy: judicial policy making and publicly funded health care in Canada*. Journal of Health Politics, Policy and Law. Durham, v.27, n. 2, p. 213 – 241, abr. 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.); NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo horizonte: Fórum, 2008.

MARSIGLIA, Regina Maria Giffoni. *Universalização do acesso ao Sistema Único de Saúde no Brasil: desafios para a Atenção Primária à Saúde*. Caderno de Terapia Ocupacional da UFSCar. v. 20, n. 3. São Paulo, 2012. Disponível em: «<http://doi.editoracubo.com.br/10.4322/cto.2012.032>». Acesso em: 11/02/2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS, Rui. Anotação ao artigo 64º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MENDES, Eugênio Vilaça. *Os grandes dilemas do SUS*. Tomo I. Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2001.

_____. O SUS que temos e o SUS que queremos. In: Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Convergências e divergências sobre gestão e regionalização do SUS*. n. 6. Brasília: CONASS, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In.: MODESTO, Paulo (coord.); CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (coord.). *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

_____. A discricionariedade e a implementação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Manual de direito constitucional : direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed. 4 ed. rev. e actual., 2008. tomo IV.

_____. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Os novos paradigmas do Estado social*. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Guanabara, v. 2, n. 4, jul./ dez. 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Superação do modelo tradicional de resolução de conflitos e Ministério Público resolutivo . *Revista MPD Dialógico*. São Paulo, n. 49, p. 30-31, jul./2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e serviço nacional de saúde. In: SIMÕES, Jorge (Org.). *30 Anos do Serviço Nacional de Saúde: um percurso comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista*. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 15, n. 3, nov. 2014/fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE E CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Inclusão dos cidadãos nas políticas de saúde: experiências brasileiras e européas*. Brasília, 2012.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PENCHANSKY, R.; THOMAS, J. W. The concept of access: definition and relationship to consumer satisfaction. *Medical Care*, Philadelphia, v. 12, n. 2, p. 127-140, 1981.

PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública. In.: XVI Congresso Nacional do Ministério Público. *Ministério Público e justiça social: em defesa da ética e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: AMMP, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 5ª edition. Paris: Montchrestien, 1993.

PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo de (Orgs.). *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). Disponível em: «<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>». Acesso em: 02/03/2017.

PORTUGAL. *Lei de Bases da Saúde* (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de novembro). Disponível em: «<http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/politica+da+saude/enquadramento+legal/leibasessaude.htm>». Acesso em: 07 de abril de 2017.

PORTUGAL, Silvia. *Quem tem amigos tem saúde: o papel das redes sociais no acesso aos cuidados de saúde*. Comunicação apresentada no Simpósio “Família, Redes Sociais e Saúde”, na Universidade de Hamburgo, 2005. Disponível em: «<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/235.pdf>». Acesso em: 07/04/2017.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982.

PUPPO, Ligia Rivero; MONTEIRO, Paulo Henrique Nico. Considerações teóricas sobre acesso. In: ESCUDER, Maria Mercedes Loureiro (Org.); MONTEIRO, Paulo Henrique Nico (Org.); PUPPO, Ligia Rivero (Org.). *Acesso aos serviços de saúde em municípios da Baixada Santista*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2008.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editores, 2002.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Justiniano José da. Ação, reação, transação. In: MAGALHÃES JR., R. *Três panfletários do segundo reinado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Editora Valer e Associação Amazonense do Ministério Público, 1999.

_____. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. *De Jure*. Belo Horizonte, v. 14, n. 24, p. 138-176, jan./jun. 2015.

RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo: Atheneu, 2011.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: sua origem, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE - NESP. Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde. Brasília: IEC, 1994.

ROTUNNO, Angela Salton. O Ministério Público, o controle social e as políticas públicas. In: Anais do III encontro nacional do Ministério Público em defesa da saúde. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. Judicialização e juridicização da saúde no Ministério Público. In: ASENSI, Felipe Dutra (Org.); PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SALLES, Carlos Alberto. Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes (Coord.); MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 23, p. 11 – 74, 1987.

_____. *A Justiça em debate*. *Jornal O Estado de São Paulo*. São Paulo, 17 set. 2007. Disponível em : «clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=382083». Acesso em : 27/04/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. *Revista Interesse Público*. Porto Alegre, n. 12, p. 91 – 107, out./2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In.: PIOVESAN, Flávia (Org.); GARCIA, Maria (Org.). *Direitos humanos: direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O direito fundamental à proteção e promoção a saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *Revista Gestão e Controle do Tribunal de Contas de Rondônia*. Porto Velho, v. 01, n. 01, jan./jun. 2013.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgínio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TASCA, Renato. Universalidade em saúde: objetivo estratégico para a transformação dos sistemas de saúde nos países da América Latina e Caribe. In: Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS Debate – Caminhos da saúde. Brasília: CONASS, 2014.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Brasília: UnB, 1982.

TORRE, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 883 do Parlamento Europeu e do Conselho, 2004. Disponível em: « [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0883R\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0883R(01)&from=PT)». Acesso em: 15/04/2017.

_____. Diretiva 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em : « http://diretiva.min-saude.pt/wp-content/uploads/sites/2/2014/08/Directiva_2011-24.pdf». Acesso em: 15/04/2017.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. São Paulo, n. 5, maio/2013.

VALE, Luís Meneses do. *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do direito à protecção a saúde: alguns momentos fundamentais*, in *Jurisprudência Constitucional*, nº12, 2006.

VALLADÃO, Alfredo. *O Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1973.

WERNECK VIANNA, Luiz *et AL*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.