

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E ESTRATÉGIAS DE CONCRETIZAÇÃO

Luciano Moreira de Oliveira

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

*Doutorando em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza, pela Universidade de
Coimbra, Portugal*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Da proteção integral como orientação para análise dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. 2 Do direito fundamental à saúde e assistência à saúde. 3 Caminhos para a efetividade do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Expõe-se a seguir a normativa constitucional, legal e infralegal que trata do direito à saúde em geral e do público infantojuvenil em particular no ordenamento jurídico brasileiro. Iniciou-se a exposição com os antecedentes históricos que levaram à consagração da saúde como direito fundamental, bem como da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes na Constituição. Destaca-se que, em ambas as áreas – direito à saúde e doutrina da proteção integral –, a constituição inovou e transformou os modelos e conceitos que permeiam essas polí-

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 133 - 156	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

ticas públicas. Ao final, foram propostos caminhos para a concretização do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, orientados pelos preceitos da doutrina da proteção integral, realizando o ideário transformador consagrado ao longo do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Criança e adolescente. Doutrina da proteção integral. Ministério Público.

ABSTRACT

This article exposes the rules dealing with the right to health in general and the juvenile population particularly in the Brazilian legal system. It began to exhibit with the historical background that led to the consecration of health as a fundamental right, as well as the doctrine of integral protection of children and adolescents in the Constitution. It's emphasized that in both subjects – right to health and doctrine of integral protection – the Constitution innovated and transformed the models and concepts related to those policies. Finally, paths for the realization of the fundamental right to health of children and adolescents, guided by the precepts of the doctrine of integral protection were proposed, realizing the ideals enshrined transformer over constitutional text.

KEYWORDS: Fundamental rights. Right to health. Children and adolescents. Full protection doctrine. Prosecution office.

INTRODUÇÃO

Marco jurídico da redemocratização do País, a Constituição de 1988 resultou da mobilização da sociedade brasileira em torno das propostas por uma nova república que se erguesse a partir dos ideais democráticos e promovesse uma sociedade mais igualitária, assegurando a todos os brasileiros direitos fundamentais e a possibilidade de vida com dignidade.

Ainda que se trate de documento jurídico é possível constatar

que a Constituição vigente está permeada por valores que sintetizam os anseios dos diversos segmentos da sociedade brasileira por mudanças, especialmente nos campos político e social.

Nesse sentido, a leitura do art. 3º, que dispõe sobre os objetivos da República Federativa do Brasil, é especialmente esclarecedora. Ali se percebe que a ordem jurídica que se funda a partir de 1988 e o Estado brasileiro devem estar voltados para a consecução de objetivos que, uma vez atingidos, levem à transformação da realidade social, com a transposição de todos da marginalidade para a cidadania. Com efeito, a jovem democracia que se iniciava tinha como propósitos construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Eis o Estado que se propunha, tendo como norte a dignidade humana, valor maior, elevado à condição de fundamento da república e norma jurídica.

Obviamente, após anos de opressão, a constituinte apresentou-se como um momento para que a sociedade brasileira pudesse, enfim, discutir as mais essenciais questões que o afligiam.

Nessa época, não só a retomada dos direitos civis e políticos era premente. Na verdade, após o fugaz milagre econômico da década de 70, o País viu-se diante de um longo período de recessão, acompanhado, ainda, de uma inflação incontrolável e que corroía o poder de compra da população. Além disso, o surto de desenvolvimento econômico antes referido contribuiu para a ampliação das desigualdades socioeconômicas. Dele não se beneficiou enorme parcela da população, que permaneceu privada dos mais básicos direitos fundamentais, sendo vergonhosos os indicadores socioeconômicos brasileiros à época.

Desse contexto político, cultural, econômico e social é que adveio a Constituição Cidadã, adjetivo que lhe conferiu Ulisses Guimarães. Necessária essa contextualização para o fim de se compreender que várias das conquistas sociais, que hoje são direitos inquestionáveis, resultaram de longo processo de luta, discussão e debate.

No que concerne ao objeto próximo deste artigo – direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes –, pretende-se, por ora, tecer breves considerações sobre os movimentos que levaram à consagração

da doutrina da proteção integral – movimento em favor dos direitos da criança e do adolescente – e do direito fundamental à saúde como dever do Estado – movimento de reforma sanitária.

Em ambas as hipóteses é possível colher o elemento comum que permeou a Constituição de 1988: a contraposição à ordem jurídica anterior, ao modelo econômico e social adotado pelo Estado, e o desejo de transformação da realidade social por meio da efetivação de direitos fundamentais.

No que se refere à consagração da doutrina da proteção integral, é necessário destacar que a normativa Constitucional acompanhou a tendência internacional de se assegurar tutela jurídica diferenciada em prol de crianças e adolescentes, a qual lhes conferisse tratamento próprio em todas as relações mantidas com o mundo adulto, reconhecendo-os, ademais, como sujeitos de direitos. Isso porque, antes de 1988, adotava-se a doutrina da situação irregular do menor, segundo a qual só se lhe prestavam tutela jurídica própria quando em abandono ou quando praticassem condutas penalmente típicas. Percebe-se, pois, a ausência de um continuum de tratamento jurídico, tendo em vista que a disciplina assegurada era fragmentada e pontual.

A par disso, os casos de violação de direitos de crianças e adolescentes envergonhavam o País. Indicadores como a taxa de mortalidade infantil expunham as mazelas da sociedade brasileira para o mundo. A exploração do trabalho infantil e os casos de violência sexual praticados contra crianças e adolescentes exigiam que se promovesse uma radical mudança na atenção a eles dispensada pelo Estado e pela sociedade em geral.

De outro lado, no que concerne à saúde, antes da Constituição de 1988, não se tratava de um direito fundamental positivado no ordenamento jurídico. Na verdade, o acesso a serviços de saúde era de direito apenas para aqueles que integravam o mercado formal de trabalho. Para os demais, restavam a caridade de instituições filantrópicas, pontuais e nada resolutivos serviços públicos ou o pagamento direto a prestadores particulares. O modelo estatal tinha foco nas doenças, e não nas pessoas. Baseada no modelo técnico-científico, a atenção à saúde dispensada pelo Estado aos empregados era centrada em hospitais e, embora consumisse crescentes recursos públicos, pouco impacto gerava nos indicadores sociais.

Diante dessa realidade, o movimento de reforma sanitária, tendo por fundamento os ideais de medicina social e as ideias difundidas no cenário internacional, propôs a reformulação do modelo brasileiro de atenção saúde, ao defendê-la como direito fundamental a ser garantido pelo Estado a todos os brasileiros de forma integral. Buscava-se, ademais, a participação da sociedade na gestão da saúde.

Na VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, o movimento de reforma sanitária firmou as diretrizes gerais do modelo de saúde que se desejava para o Brasil. Tais propostas foram encampadas pela sociedade brasileira e resultaram em emenda popular que serviu de norte para a normativa constitucional sobre a saúde e que ainda hoje está presente na Constituição.

Esse desejo de mudança que impulsionou a sociedade brasileira na constituinte, levando-a a assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente, bem como reconhecer a saúde como direito fundamental, influenciou também os estudiosos e aplicadores do Direito brasileiro. Se, antes, as normas constitucionais eram desprestigiadas, centralizando-se o exame do ordenamento jurídico no código civil, a partir de 1988, multiplicaram-se os estudos sobre a Constituição e a aplicabilidade de suas normas, passando aquela a ter papel central.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, os ideais do novo constitucionalismo, que vinham sendo difundidos na Europa no período pós-guerras, ganharam fôlego no Brasil. Em síntese, a aplicação do Direito passou a ter como fundamento a eficácia e a imperatividade das normas constitucionais. Reconheceu-se sua superioridade normativa e axiológica, irradiadora de efeitos nos mais diversos campos e relações jurídicas. Busca-se, em verdade, tornar viva a Constituição, fazendo-a vinculante para todo o Estado e para a sociedade.

Ademais, registra-se que essa verdadeira revolução no estudo e aplicação do Direito no Brasil muito se deve, em grande parte, aos institutos e às instituições previstos pelo constituinte para a defesa da nova ordem. A Constituição de 1988 não só manteve garantias tradicionais do Direito brasileiro, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, mas ainda ampliou o objeto da ação popular, que passou a tutelar a moralidade administrativa, previu o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, assegurou a tutela jurisdicional ampla e irrestrita dos direitos fundamentais individuais e coletivos, garantiu

a utilização da ação civil pública pelo Ministério Público como instrumento de tutela de direitos fundamentais com objeto não exaustivo¹ e ampliou, significativamente, o rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Em se tratando de direitos fundamentais, as conquistas foram ainda mais representativas. Com efeito, a par da consagração de um amplo catálogo de direitos fundamentais no Título II, o art. 5º, § 2º, ainda previu uma cláusula de abertura em razão da qual os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Somado a isso, além das garantias gerais estabelecidas em favor das normas constitucionais, previu-se a aplicabilidade das normas que tratam de direitos fundamentais independentemente de intermediação legislativa (art. 5º, § 1º).

Dessa forma, é necessário que aquele conjunto de valores consagrado na Constituição e o desejo da sociedade brasileira pela transformação da realidade social sejam a luz que orienta cada operador do Direito. Impossível admitir que as conquistas obtidas a duras penas pela sociedade, mormente após se passarem mais de 25 anos desde a promulgação da Constituição permaneçam sem aplicação. Imprescindível e impostergável a efetivação dos direitos fundamentais, sendo o meio jurídico um dos campos para essa luta.

No que concerne aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a doutrina da proteção integral exige do Estado atenção ainda mais diferenciada.

A seguir tratar-se-á da doutrina que orienta o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e da normativa constitucional e legal sobre

1 A Constituição de 1988 foi responsável pela redefinição do perfil do Ministério Público no Brasil. Tradicionalmente, o Ministério Público brasileiro teve como papel primordial a aplicação do Direito Penal através do processo. Ao longo dos tempos, atribuiu-se-lhe o papel de fiscal de interesses indisponíveis de incapazes por meio da função de *custos legis* no processo civil. Contudo, a partir, em especial, da Lei n. 7347/85, o Ministério Público passou a ter a missão de defensor e promotor dos interesses sociais, o que culminou com a definição pelo constituinte de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CR/88). Assim, percebe-se ser o Ministério Público instituição vocacionada para a defesa da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. O constituinte conferiu-lhe, entre outras funções institucionais, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição (art. 129, II, III e IV, da CR/88).

o direito fundamental à saúde, além dos caminhos que podem ser adotados em prol de sua concretização.

1 DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO ORIENTAÇÃO PARA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como já dito acima, é possível constatar que o desejo de mudanças refletiu-se em variados momentos no texto da Constituição brasileira. A oposição aos anos de privação de liberdades e à estrutura social que consagrava seriíssimas desigualdades econômicas e sociais está presente ao longo da Constituição.

No que se refere ao Direito da Criança e do Adolescente, a referida afirmativa mantém sua veracidade. Nesse sentido, a consagração da doutrina da proteção integral veio em oposição ao tratamento dispensado à população infantojuvenil na ordem jurídica anterior. Isso porque, até então, crianças e adolescentes recebiam proteção reflexa, relacionada aos interesses dos adultos, orientada pelos institutos da (in)capacidade civil e do pátrio poder. A ordem jurídica lhes detinha atenção peculiar quando em situação de abandono ou quando se tratava de punição por infração às normas penais.

A partir de 1988, a doutrina da proteção integral, adotada pelo Brasil, tendo como matriz o art. 227 da Constituição, passa a conceber “um sistema no qual crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes perante a família, sociedade e Estado, direitos esses destinados a propiciarem-lhe desenvolvimento saudável e integridade”, como esclarece Garrido de Paula (2002, p. 122). Percebe-se, ademais, que o ordenamento jurídico estabelece como princípio a prioridade absoluta na efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, assegurando-lhes, pois, proteção jurídica diferenciada. Possível falar, a partir de então, em Direito da Criança e do Adolescente como um subsistema normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro, orientado por princípios próprios e destinado a assegurar proteção integral para crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente² (ECA) densifica a nor-

2 Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.

mativa constitucional, tratando de forma pormenorizada da proteção integral das crianças e adolescente. Ratificando o princípio da prioridade absoluta, o estatuto assegura às crianças e aos adolescentes a primazia de receberem proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único).

O princípio da prioridade absoluta justifica-se no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente por se tratar de interesses efêmeros, já que, conforme pontua Paulo Afonso Garrido de Paula, “a infância e a adolescência atravessam a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável” (GARRIDO DE PAULA, 2002, p. 125).

Pode-se afirmar, ademais, que o princípio da prioridade absoluta consagra o valor intrínseco das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e o valor projetivo das novas gerações. Nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa:

O valor intrínseco reside no reconhecimento de que, em qualquer etapa do seu desenvolvimento, a criança e o adolescente são seres humanos na acepção mais plena do termo. O valor projetivo, por sua vez, evoca o fato de que cada criança e cada adolescente é portador do futuro de sua família, do seu povo e da humanidade, ou seja, é deles que depende a continuação da linha da vida na espécie humana. A prioridade absoluta às novas gerações, como se vê, é uma exigência ética impostergável no marco da construção de uma vida digna para todos, ou seja, dos direitos humanos. (COSTA, 2007, p. 13)

Na aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, devem ser usados como elementos para a sua concretização os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º). Quanto a este último aspecto, reconhece-se que crianças e adolescentes “estão em um período de mudança, de alterações bio-psico-sociais e detentores de todos os direitos que têm os adultos e mais aqueles especiais ao seu ciclo de vida, à sua idade, ao seu processo de desenvolvimento” (BRASIL, 2007, p. 15).

Percebe-se, portanto, a necessidade de que o Estado destine atenção diferenciada às crianças e aos adolescentes. Nesse sentido, mister se faz a promoção de políticas públicas que possam efetivar seus direitos fundamentais, assegurando-lhes desenvolvimento sadio e harmonioso.

Na verdade, dada a gama de interesses a serem satisfeitos, é necessário que o atendimento aos interesses da criança e do adolescente norteie as variadas áreas da administração pública e oriente o agir, ademais, dos poderes legislativo, judiciário e do Ministério Público, atentando todos para a prioridade absoluta. Para tanto, estabeleceu o legislador como consequência da prioridade absoluta a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (art. 4º, parágrafo único, “d”, do ECA).

De outro lado, é necessário frisar que, constatada a violação de direitos de crianças ou adolescentes pela família, pela sociedade ou pelo Estado, deve-se operar o Direito sob o signo da doutrina da proteção integral. Assim, a aplicação das normas jurídicas deve ser orientada finalisticamente para a concretização dos direitos fundamentais e a transformação da realidade social.

Deve-se ressaltar o imprescindível dever de o Ministério Público promover as medidas necessárias, judiciais ou extrajudiciais, para a concretização do direito à saúde da população infantojuvenil, seja individual ou coletivamente, como advém, inicialmente, da conjugação dos arts. 127, *caput*, art. 129, II e III, art. 196, art. 197 e art. 227, todos da CR/88, além do art. 201, V e VIII do ECA.

Nesse contexto, necessário ainda que o processo também seja orientado finalisticamente e observe os princípios que norteiam a doutrina da proteção integral, especialmente a prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Segundo a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula:

Para a validação do direito da criança e do adolescente é mister uma tutela jurisdicional que atenda as suas particularidades, que respeite sua concepção, que realmente adote seus princípios fundamentais e que seja inclusiva, servindo de instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania. (GARRIDO DE PAULA, 2002, p. 121)

Assim, proceder-se-á à análise do direito fundamental à saúde no contexto dos direitos da criança e do adolescente, além das possibilida-

des em prol de sua concretização, orientando-se, sempre, pela doutrina da proteção integral.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ASSISTÊNCIA À SAÚDE

De forma pioneira no Brasil, a Constituição de 1988 assegurou a saúde como direito fundamental, expressamente, relacionando-a entre os direitos sociais presentes no rol do art. 6º. Embora já se pudesse extrair a tutela jurídica da saúde por meio de uma conjugação do direito à vida (art. 5º da CR/88) com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), fez-se questão de conferir-lhe previsão autônoma e, ademais, disciplina pormenorizada no âmbito da ordem social, mais precisamente no capítulo sobre a seguridade social, ao lado da previdência e da assistência social.

A previsão expressa da saúde como direito fundamental assegurou-lhe a disciplina jurídica diferenciada de que gozam os demais direitos fundamentais. Assim, como decorrência do *status* hierarquicamente superior no ordenamento jurídico (normas constitucionais), as normas que asseguram esse direito possuem eficácia impeditiva da vigência de leis e atos normativos com conteúdo contrário. Ademais, contam com aplicabilidade independentemente de intermediação legislativa (art. 5º, § 1º, da CR/88), integram rol exemplificativo de direitos (art. 5º, § 2º, da CR/88) e constituem limites materiais ao poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da CR/88). Por concretizarem os valores que inspiraram a sociedade brasileira e consagrarem o ideal transformador que norteia a Constituição, as normas que definem direitos fundamentais ainda possuem eficácia irradiante e, assim, orientam a aplicação das normas infraconstitucionais.

De outro lado, a saúde foi disciplinada no Título VIII, que dispõe sobre a ordem social, como direito de titularidade universal e dever do Estado, abrangendo, em geral, todos os entes federados³, que devem

3 O art. 23, II, da CR/88 estabelece a competência comum da união, estados, distrito federal e municípios para cuidarem da saúde, ao passo que o art. 30, VII, da CR/88 reforça o dever dos municípios ao definir como sua competência “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. No julgamento da STA 175-AGR, o STF, seguindo o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, ratificou a posição majoritária da jurisprudência em favor da *responsabilidade solidária* dos entes federados pela garantia do direito à saúde. Em Minas Gerais, a jurisprudência do TJMG já era pacífica a esse respeito. Exemplo de tal posicionamento é o seguinte aresto: “No que toca ao direito

promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Previu-se, ainda, que as ações e os serviços públicos de saúde integram um sistema único (SUS) orientado pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e participação da comunidade.

Ao dispor sobre os direitos da criança e do adolescente, a Constituição, a par de incluir no elenco a saúde, estabeleceu que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, devendo proceder à aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (art. 227, § 1º, I, da CR/88).

Em termos infraconstitucionais, destaca-se como legislação básica sobre o direito à saúde a Lei n. 8080/90⁴, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. Referida Lei dispõe com particularidade sobre o SUS, estabelecendo seus objetivos, suas atribuições, seus princípios, suas diretrizes, suas normas de organização e gestão, incluindo aquelas referentes à distribuição de competência entre os entes federados. Trata-se, também, dos serviços privados de saúde, dos recursos humanos e do financiamento.

A Lei n. 8080/90 reforça a previsão da saúde como direito fundamental e reproduz parte do art. 196 da CR/88. Enfatiza-se, ainda, que, conquanto a saúde seja direito de todos e dever do Estado, este não exclui o concernente às pessoas, família, empresas e sociedade (art. 2º).

do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. Tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. O Sistema Único de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os Municípios.” (TJMG – Apelação n. 1.0145.06.308228-6/001(1) – Rel. Des. Heloisa Combat. Julgamento em 13/11/2007. DJ, 28/3/2008).

4 Após mais de 20 (vinte) anos de vigência da Lei n. 8080/90, foi publicado o Decreto n. 7508, de 28/6/2011, para regulamentá-la. Tal instrumento normativo, além de outras providências, dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. No regulamento, trata-se da regionalização das ações e serviços de saúde, esclarecendo-se que a integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na rede de atenção à saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores (art. 20). Reforça-se, ademais, a importância da atenção primária em saúde, que deve ter o papel de ordenadora do acesso às ações e serviços públicos de saúde (art. 11).

Ao tratar do SUS, a Lei n. 8080/90, após traçar seus objetivos e suas atribuições, no art. 7º, descreveu os princípios e as diretrizes do sistema e conferiu sentido a vários deles, em especial às noções de integralidade, universalidade e resolutividade.⁵

Juntamente com a Lei n. 8080/90, a Lei n. 8142/90 é um dos principais diplomas legais que tratam do direito à saúde no Brasil, uma vez que versa sobre a participação popular na gestão do sistema, por meio das conferências e dos conselhos de saúde, e cuida das transferências intergovernamentais de recursos financeiros com previsão dos fundos de saúde.

Em se tratando de assistência farmacêutica, merece referência a Lei n. 9313/96, que assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS

5 Segundo o art. 7º da Lei n. 8080/90, estabelece-se a *universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (inc. I). Assim, para ser beneficiário das políticas de saúde nenhum requisito se faz necessário, a não ser a simples condição de humanidade. Sobre o assunto, pode-se conferir nosso trabalho anterior: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. *Boletim do Instituto de Saúde*. São Paulo, vol. 12, n. 3, dez de 2010. p. 234-239. A *integralidade* de assistência é entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (inc. II). Segundo Carlos Eduardo Aguilera Campos, os sistemas integrais de saúde deveriam atender a algumas premissas básicas, quais sejam: a primazia das ações de promoção e prevenção; a garantia de atenção nos três níveis de complexidade da assistência médica; a articulação das ações de promoção, prevenção, cura e recuperação; a abordagem integral do indivíduo e famílias. In CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2003. Finalmente, estabeleceu-se como dever das ações e dos serviços públicos de saúde a *capacidade de resolução* dos serviços em todos os níveis de assistência (inc. XII). Ainda sobre o princípio da *integralidade*, noticia-se que, em 28/4/2011, foi publicada a Lei n. 12401, com período de *vacatio legis* de 180 dias, que altera a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Referida lei dispõe que a assistência terapêutica integral de que trata o art. 6º, I, “d”, da Lei n. 8080/90 limita-se à dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, disponíveis nos elencos estabelecidos pelos gestores do SUS na respectiva esfera de competência, e a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. Caso interpretada gramaticalmente e sem contextualização, a aplicação da lei acarretará inconstitucionalidades graves, por limitar genericamente o acesso a insumos possivelmente necessários para a saúde, violando o princípio da integralidade (art. 198, II, da CR/88), bem como impedir o exame de protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e elencos estabelecidos administrativamente pelo SUS. Com isso, restam transgredidos os princípios da legalidade (art. 5º, II, da CR/88), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CR/88) e da integralidade (art. 196 e art. 198, II, ambos da CR/88). A nosso aviso, necessária se faz uma interpretação da referida lei em conformidade com a Constituição, admitindo-se que a mesma traz determinações para o gestor do SUS, tratando-se de norma geral. Assim, para a boa gestão do SUS, o administrador público deve se pautar por protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e relacionar insumos e procedimentos que são destinados à população em geral, em conformidade com planos de saúde e políticas públicas da área, garantido o devido controle social. Aliás, em voto condutor na STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, usando subsídios colhidos em audiência pública que promoveu sobre no tema no STF, afirmou a “possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.” Além disso, destacou que “a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.” Referido posicionamento parece mais consentâneo com a normativa constitucional do SUS e com a defesa da saúde como direito fundamental. Sobre esse tema, confira-se nosso artigo: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Assistência terapêutica integral: comentários à Lei 12.401/2011 e ao Decreto 7.508/2011. In.: *Saúde – Coleção Ministério Público e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a, p. 43-72.

o recebimento gratuito, por parte do SUS, de medicamentos necessários ao tratamento. Referida Lei prevê que “a padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado” (art. 1º, § 2º).

Relativamente à saúde mental, a Lei n. 10216/01 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.⁶ Em tal Lei, encontram-se discriminados os direitos desse grupo de pessoas e evidencia-se que a internação somente deve ter lugar quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º, *caput*), ficando claro que o tratamento deve visar, como finalidade permanente, à reinserção social do usuário (art. 4º, § 1º). Salienta-se que referida Lei discrimina as modalidades de internação psiquiátricas e estabelece o dever de as instituições comunicarem ao Ministério Público as internações involuntárias, em 72 (setenta e duas) horas, para controle.

Voltando os olhos para o público infantojuvenil, deve-se destacar que o ECA também dispôs sobre o tema do direito à saúde, matéria que se encontra nos arts. 7º a 14.

O Estatuto prevê que “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (art. 7º). Percebe-se, aqui, a tutela dos interesses não só das crianças e adolescentes como, ademais, do nascituro, o que evidencia a necessidade de se atentar para políticas de atenção pré-natal, ao parto e ao puerpério.

Igualmente, o art. 11 do ECA prevê a garantia de atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do SUS, assegurado o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.⁷ Para além de serviços mé-

6 Minas Gerais teve destaque no movimento de reforma psiquiátrica. Nesse sentido, a legislação estadual que versa sobre os direitos da pessoa com transtornos mentais precede a legislação federal, como se pode constatar a partir do exame da Lei estadual n. 11802, de 18/1/1995. Convém salientar, de outro lado, que o equipamento específico para a atenção à saúde de crianças e adolescentes é o Centro de Atenção Psicossocial para crianças e adolescentes – CAPSi. O CAPSi deve atender crianças e adolescentes com transtornos mentais graves e persistentes e os que fazem uso de *crack*, álcool e outras drogas. Trata-se de serviço aberto e de caráter comunitário indicado para municípios ou regiões com população acima de 150.000 (cento e cinquenta mil) (Portaria n. 3088/GM/2011). Ainda assim, municípios de menor porte devem desenvolver estratégias para atendimento de saúde mental de crianças e adolescentes por meio de núcleos de saúde mental ou do CAPS voltado para a população em geral.

7 Para um aprofundamento acerca dos cuidados de saúde voltados para crianças e adolescentes pode-se

dicos, necessário o cuidado multidisciplinar no que concerne à assistência, além do acesso a ações e serviços outros que promovam bem-estar.

Neste ponto, evidencia-se o aspecto promocional do direito à saúde, o que significa que sua garantia pelo Estado não se exaure com uma postura abstencionista, de não interferência na órbita particular, além de garantia da ordem. Surge, ao revés, um dever de conduta ativa, que impõe viabilizar as condições para a existência com dignidade e desenvolvimento sadio.

Acompanha-se, aqui, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe, em seu artigo XXV, o seguinte:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (ORGANIZAÇÃO..., 1948)

Aliás, a omissão do Estado na promoção das políticas sociais públicas para o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, com vistas a assegurar a vida e a saúde de crianças e adolescentes, permite que elas sejam promovidas pelo Poder Judiciário, em ações coletivas deflagradas pelos legitimados. Nesse passo, ressaltou o Ministro Celso de Mello na ADPF 45:

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

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

consultar a linha-guia sobre o tema publicada pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais: Disponível em http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/linha_guia/Linha_Guia-Atencao_a_Saude_da_Crianca.pdf. Acesso em 20/8/2015. O acesso dos adolescentes em conflito com a lei, em cumprimento de medidas de internação e internação provisória, às ações e serviços de saúde encontra-se disciplinado pela Portaria Interministerial n. 1426, de 14/7/2006, do Ministério da Saúde, da Secretaria Especial de Direitos Humanos e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, bem como pela Portaria 647/SAS/2008, de 11/11/2008.

impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (BRASIL, 2004)

No mesmo julgado, ressaltou-se que a pretensão deduzida deve ser razoável, o que se entende, com base na doutrina de Ana Paula Barcelos, citada na decisão, que se refere às prestações tendentes à garantia do conjunto de medidas imprescindível para a vida com dignidade, como proposto no texto do Estatuto.

Tanto do art. 196 da CR/88 como dos dispositivos infralegais que tratam do tema é possível extrair o caráter prestacional do direito à saúde, viabilizando o pleito individual ou coletivo de insumos ou procedimentos. Nesse sentido, como reconheceu, recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA 175-AGR⁸, ratificando a jurisprudência do STF⁹, há um direito subjetivo público a prestações tendentes a satisfazer a saúde das pessoas, sem caráter absoluto, entretanto, e que deve ser contextualizado diante das políticas públicas promovidas pelo Estado. Mormente quando se trata dos interesses individuais ou coletivos de crianças e adolescentes, não pode o Estado se descuidar de seus deveres, já que vigente a doutrina da proteção integral.

É relevante destacar, por fim, o suporte normativo constante do ECA para a tutela do direito à saúde da gestante, constante do art. 8º do Estatuto¹⁰. Nesse campo, deve-se alertar para a necessidade de ação

8 Eis a ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde (SUS). Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – STA 175-AGR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 17/3/2010. DJe 076, 30/4/2010).

9 Por exemplo, como citado no corpo do voto, o conhecido acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, acerca do fornecimento de medicamentos a pessoas com AIDS. (AgR-RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12/9/2000).

10 A atenção ao pré-natal, parto e puerpério foi objeto de linha-guia elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, com o objetivo de orientar condutas, definir fluxos e competências para o atendimento à gestante. Trata-se de rica orientação sobre os cuidados que devem ser dispensados à gestante e que refletirão, sem dúvida, no nascimento e desenvolvimento sadio da criança. Está disponível no site da SES/MG: http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/linha_guia/Linha_Guia-Atencao_ao_Pre-Natal_Part_e_Puerperio.pdf. Acesso em: 20 ago. 2015.

Disciplina-se o atendimento diferenciado às gestantes de risco habitual e de alto risco que, em razão das peculiaridades próprias de cada gestação, necessitam de serviços de saúde com capacidades técnicas e graus de especialização distintos.

As gestantes de risco habitual devem realizar acompanhamento pré-natal nas unidades básicas de saúde. A par da responsabilidade da usuária, sobressai a importância do protagonismo das equipes de saúde da família – nos municípios que utilizam esta estratégia para a atenção básica em saúde. Estas devem identificar e acolher as gestantes, providenciar a primeira consulta – o mais rápido possível e, no máximo, até o quarto mês de gestação – e, se for caso, encaminhá-la para o serviço de referência para acompanhamento pré-natal de alto risco. De todo modo, a atenção básica em saúde deve responsabilizar-se pelo monitoramento da saúde das

pró-ativa das equipes de atenção primária em saúde, com o objetivo de identificar as gestantes de sua área territorial e inseri-las no atendimento dispensado pelo SUS, conforme a necessidade. Imprescindível o atendimento humanizado e o fortalecimento dos vínculos entre a gestante, a equipe de saúde que a acompanha no atendimento pré-natal e aquela responsável pelo parto, a qual deve ser preferencialmente a mesma (art. 8º, § 2º, do ECA).

3 CAMINHOS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A despeito da vasta normativa constitucional, legal e infralegal sobre o direito à saúde em geral e da criança e do adolescente em particular, norteadas neste último caso pela doutrina da proteção integral, pelos princípios da prioridade absoluta e do reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a realidade ainda exibe um triste quadro de violação ao direito fundamental das crianças e dos adolescentes.

A par das situações em concreto que, por vezes, decorrem de falhas pessoais e desencontros, o exame macro das políticas de saúde aponta para os graves problemas de subfinanciamento, deficiências da gestão e do controle social.

Segundo dados da OMS (2014), as despesas privadas, em saúde, no Brasil, correspondiam a 59,7% e 54,3% da despesa total de saúde, nos anos de 2000 e 2011, respectivamente. Além disso, o investimento público em saúde correspondia a apenas 4,1% dos gastos públicos totais, em 2000, e a 8,7%, em 2011. Outro dado relevante sobre financiamento de saúde é de que a despesa pública *per capita*, em saúde, em 2008, correspondia a US\$ 474, medidos pelo conceito de paridade por poder de compra. Comparando com outros países da América do Sul no mesmo ano, os investimentos foram superiores na Argentina (US\$ 927), Chile (US\$ 716), Colômbia (US\$ 494) e Uruguai (US\$ 899). Esses dados indicam

gestantes de risco habitual e vinculá-las à maternidade de referência onde poderão ser atendidas no caso de intercorrências e quando se iniciar o trabalho de parto. Necessário, ainda, o desenvolvimento de ações educativas, buscando a conscientização da gestante para a importância do acompanhamento pré-natal e sua preparação para o parto e amamentação.

As gestantes de alto risco, assim identificadas pela atenção básica ou outra porta de entrada do SUS, devem ser direcionadas para o serviço de referência. De todo modo, o monitoramento pelo serviço de atenção básica deve permanecer, viabilizando a integralidade da atenção à saúde e evitando o fracionamento do cuidado.

o crônico subfinanciamento do setor saúde no Brasil, mesmo diante do dever constitucional de organização de um sistema nacional de saúde de acesso universal.

Embora a descentralização de serviços para o Município tenha sido prevista como princípio do SUS, a concentração de recursos em especial em poder da união traz inúmeras dificuldades para a concretização da proposta e sérias dificuldades operacionais, já que muitas são as competências municipais, mas escassos são os recursos para executá-las.

Além disso, é comum que a gestão da saúde seja permeada por interesses políticos desconectados das necessidades da população. Muitas vezes, ainda, as políticas de saúde são descontínuas, encaradas como políticas de governo, e não como políticas de Estado.

Quando se trata da defesa da infância e da juventude, o princípio da prioridade absoluta, que deveria ter aplicação transversalizada, norteador de todas as áreas de atuação do Estado em função do caráter multidisciplinar dos direitos da população infantojuvenil, não encontra como contrapartida a destinação privilegiada de recursos públicos, como estabelece o ECA (art. 4º, parágrafo único, "d"). Pior que isso, constata-se que, muitas vezes, os recursos previstos no orçamento nem sequer são executados em sua totalidade.

Diante desse quadro, é necessário, de início, ratificar a saúde como direito fundamental, bem como os princípios gerais que orientam a área no Brasil: universalidade, integralidade, igualdade (equidade), responsabilidade solidária dos entes federados e participação da comunidade. No que concerne aos interesses de crianças e adolescentes, impõe-se a defesa radical da doutrina da proteção integral e de seus princípios orientadores como a prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Em ambos os casos, trata-se de conquistas sociais que resultaram do anseio da sociedade brasileira pela transformação da realidade pela efetivação dos direitos fundamentais e garantia de vida com dignidade. Impossível admitir qualquer retrocesso, tendo em vista que, a par de contrariar os interesses sociais, é juridicamente impossível.

De outro lado, a defesa da destinação de recursos privilegiados para as políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes e do cumprimento da EC n. 29/2000 e da Lei Complementar n. 141/2012

devem ser bandeiras de toda a sociedade¹¹. A organização e execução de políticas públicas depende, intrinsecamente, da previsão e destinação dos recursos correspondentes. Além disso, necessária e possível a cobrança direta aos representantes eleitos por ocasião das audiências públicas realizadas para a discussão das leis orçamentárias (art. 48, parágrafo único, inc. I, da LC 101/2000), além da fiscalização da execução orçamentária e das políticas de saúde por ocasião das prestações de contas pelos gestores do SUS estabelecida pela Lei Complementar n. 141/2012¹².

Igualmente, é importante fortalecer a gestão do SUS, buscando-se a observância dos instrumentos legais previstos em seu favor. Para tanto, é de grande valor o disposto no art. 4º da Lei n. 8142/90, ao impor como condição para recebimento de recursos do Fundo Nacional de Saúde que Estados, Distrito Federal e Municípios contem com fundo de saúde¹³, Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com

11 A Emenda Constitucional n. 29/2000 estabeleceu um percentual mínimo de investimento de recursos próprios em ações e serviços públicos de saúde pelos entes da federação. A Lei Complementar n. 141/2012 disciplinou, em nível legal, os dispositivos da Emenda Constitucional, dispondo sobre os percentuais mínimos, os critérios de apuração, assim como medidas de transparência, fiscalização, avaliação e controle das despesas estatais em ações e serviços públicos de saúde. Lamentavelmente, a aprovação da EC 86, alterando a forma de cálculo dos percentuais mínimos a serem investidos pela União em ações e serviços públicos de saúde deverá levar a um grave recuo nos investimentos no setor.

12 Art. 36. O gestor do SUS em cada ente da Federação elaborará Relatório detalhado referente ao quadrimestre anterior, o qual conterá, no mínimo, as seguintes informações:

I - montante e fonte dos recursos aplicados no período;

II - auditorias realizadas ou em fase de execução no período e suas recomendações e determinações;

III - oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada e conveniada, cotejando esses dados com os indicadores de saúde da população em seu âmbito de atuação.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão comprovar a observância do disposto neste artigo mediante o envio de Relatório de Gestão ao respectivo Conselho de Saúde, até o dia 30 de março do ano seguinte ao da execução financeira, cabendo ao Conselho emitir parecer conclusivo sobre o cumprimento ou não das normas estatuídas nesta Lei Complementar, ao qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, sem prejuízo do disposto nos arts. 56 e 57 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º Os entes da Federação deverão encaminhar a programação anual do Plano de Saúde ao respectivo Conselho de Saúde, para aprovação antes da data de encaminhamento da lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente, à qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

§ 3º Anualmente, os entes da Federação atualizarão o cadastro no Sistema de que trata o art. 39 desta Lei Complementar, com menção às exigências deste artigo, além de indicar a data de aprovação do Relatório de Gestão pelo respectivo Conselho de Saúde.

§ 4º O Relatório de que trata o *caput* será elaborado de acordo com modelo padronizado aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, devendo-se adotar modelo simplificado para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil habitantes).

§ 5º O gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, o Relatório de que trata o *caput*.

13 Nos termos do art. 9º da Lei n. 8080/90, a direção do SUS é exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Com isso, deve-se fiscalizar se a administração do respectivo fundo de saúde é exercida pelo gestor da saúde, o que pode ocorrer em conjunto com o chefe do poder executivo, sendo indevida, ao revés, a ordenação de despesas por agentes públicos que não atuam na área da saúde, como ainda ocorre em alguns municípios brasileiros.

o Decreto n. 99.438, de 7 de agosto de 1990, plano de saúde, relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento e Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS). Em caso de não atendimento, os recursos são administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

Além do mais, o fortalecimento do controle social, por meio da efetiva participação dos conselhos na deliberação e no acompanhamento das políticas públicas é medida que não pode ser subvalorizada. Com efeito, trata-se de mecanismo de realização do ideal de democracia participativa previsto pela Constituição (art. 1º, parágrafo único). Dessa forma, pode a comunidade levar suas necessidades ao conhecimento da gestão pública e cobrar que seus anseios sejam efetivamente atendidos.

Como sabido, a história de consagração e efetividade de direitos fundamentais reflete a constante luta da sociedade por eles. Assim, o caminho para a concretização do direito à saúde da população infantojuvenil inicia-se com a afirmação dos pilares em que se sustentam a doutrina da proteção integral e o direito fundamental à saúde, passando pela exigência de sua observância pelo Estado. Para tanto, é fundamental a participação da sociedade, sobretudo de forma esclarecida, nos diversos foros disponíveis, como Conselhos, Conferências e audiências públicas, a fim de intervir nas decisões sobre a gestão da coisa pública.

De outro lado, juntamente com a imprescindível luta social pela efetividade dos direitos fundamentais, deve-se buscar avanços em favor da concretização do direito à saúde do público infantojuvenil por meio dos instrumentos e das instituições jurídicas. Nessa área, destaca-se o papel do Ministério Público, por se tratar de instituição formatada para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CR/88), tendo como funções institucionais, ainda, 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, além de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, II e III, da CR/88).

A Constituição de 1988 foi responsável por dar um novo formato ao Ministério Público brasileiro, o que já vinha acontecendo, em especial, desde o advento da Lei n. 7347/85, que conferiu ao órgão poder para a tutela de direitos coletivos por meio da ação civil pública. Com efeito, o Ministério Público ultrapassou o papel de autor da ação penal e curador de interesses de incapazes para atingir a relevante missão de defender a democracia e os interesses fundamentais.

Sobre a missão constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais, assim se manifesta Fábio Konder Comparato:

Ora, no Estado contemporâneo o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos.

A conjugação de ambas essas atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. (COMPARATO, 2003, p. 254)

Relativamente ao tema em apreço, o art. 129, II e III, da CR/88 aponta para a vocação do Ministério Público para a defesa da saúde pública – atividade reconhecida de relevância pública mesmo que seja exercida pelo particular, nos termos do art. 197 da CR/88 – e dos interesses de crianças e adolescentes, neste caso reforçada pelos dispositivos do ECA.

No exercício de sua importante missão¹⁴, deve o membro do Ministério Público, de início, prestigiar a atuação resolutiva e agir como verdadeiro agente político, negociando com os demais órgãos, poderes e setores do Estado. Assim, impõe-se a escuta da população

14 Sobre a atuação do Ministério Público na área da saúde destaca-se o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, elaborado pela Comissão Permanente de Saúde – COPEDS – do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG. Disponível em <http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7>, acesso em: 21 ago. 2014. Já tivemos a oportunidade de tratar do tema em artigo anterior. Conferir: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Atuação do Ministério Público em defesa da saúde. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, p. 465-474, jul./dez. 2007. Para um estudo sobre o perfil de atuação do Ministério Público em defesa do direito à saúde confira-se: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

por meio do regular atendimento ao público e a detida apuração dos fatos levados a seu conhecimento por meio de inquérito civil. O membro do Ministério Público deve valer-se dos instrumentos disponíveis para a correção direta e ajuste de condutas, como a recomendação e o compromisso de ajuste de conduta¹⁵. Mister, ademais, prestigiar a atuação coletiva e em favor das populações mais vulneráveis que, via de regra, são marginalizadas, privadas de seus direitos fundamentais e do acesso à Justiça.

Além disso, pode o membro do Ministério Público contribuir para o fortalecimento do controle social tanto por meio da realização de audiências públicas para auscultar e debater os problemas sociais com a população, como por meio da participação em conferências e reuniões de conselhos municipais.

De outro lado, quando necessária a atuação demandista, dispõe o membro do Ministério Público de vasto instrumental. Revela-se relevante, novamente, que se realize devida instrução em inquérito civil ou outro procedimento administrativo para se qualificar a medida adotada em juízo, contribuindo, assim, para o acerto da decisão judicial. Recomenda-se, ademais, o prestígio da ação coletiva, ainda que se tenha que atender, de imediato, a interesse urgente apresentado ao membro do Ministério Público. Salienta-se, ainda, a importância da tutela inibitória para evitar a ocorrência dos danos aos interesses tutelados, sejam eles individuais indisponíveis, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, porquanto não raro são irreparáveis *in natura* quando se trata de interesses relacionados ao direito à saúde, mormente em se tratando de crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, mesmo que disponível uma vasta normatização constitucional, legal e infralegal, é um horizonte a ser atingido.

Nessa caminhada, há que se iniciar pela reafirmação dos fundamentos da doutrina da proteção integral e do direito à saúde como direito

15 Tais instrumentos podem ser eficazmente utilizados, por exemplo, para se buscar a implementação dos instrumentos de gestão previstos no art. 4º da Lei n. 8142/90 e para assegurar observância ao disposto no art. 36, § 5º, da Lei complementar n. 141/2012.

fundamental. Após a positivação de tais conquistas, não se pode admitir passos para trás, sobretudo porque ainda há muito para se construir.

Para se evoluir em favor da efetivação do direito à saúde de crianças e adolescentes, a sociedade tem papel decisivo, já que o povo, titular de poder soberano, tem a possibilidade de exercê-lo, indireta e diretamente, e, dessa forma, cobrar que os interesses consagrados no texto constitucional sejam concretizados.

A par da luta social em prol da prioridade absoluta na promoção de políticas públicas de atenção integral à saúde da criança e do adolescente, deve-se atuar na seara jurídica, valendo-se do regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em geral e dos direitos da criança e do adolescente em particular. Nesse campo, destaca-se, ainda, o papel do Ministério Público, instituição formatada pela Constituição para a defesa dos direitos fundamentais e que deve caminhar *pari passu* com a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da summa divisio Direito Público e Direito Privado por uma summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANGELL, Marcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar., 2007.

BRASIL. CONANDA. **Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: Orientações para Criação e Funcionamento**. Brasília: CONANDA: 2007. p. 15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 12, 4 maio 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. **O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família**. Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho**. MPMG Jurídico: publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ano II – Ed. Especial. Outubro de 2007, p. 13.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética sanitária**. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 62-81.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SCOREL, Sarah. História das políticas públicas no Brasil de 1964 a 1990. In GIOVANELLA, Ligia *et. al.* (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002. p. 122.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Atuação do Ministério Público em defesa da saúde**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 9, p. 465-474, jul./dez. 2007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo**. Boletim do Instituto de Saúde. São Paulo, vol. 12, n. 3, dez de 2010. p. 234-239.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Assistência terapêutica integral: comentários à lei 12.401/2011 e ao Decreto 7.508/2011**. In.: Saúde – Coleção Ministério Público e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a, p. 43-72.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível na *Internet*: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 12 mar. 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World Health Statistics 2014*. Genebra: WHO, 2014. Disponível na *Internet*: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112738/1/9789240692671_eng.pdf> Acesso em: 12 mar. 2014.