



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

ANDRÉA MACHADO REZENDE DE MORAES

**O CONTROLE JUDICIAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
INFANTOJUVENIL**

**Goiânia
2013**

ANDRÉA MACHADO REZENDE DE MORAES

**O CONTROLE JUDICIAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
INFANTOJUVENIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Eliane Romeiro Costa

**Goiânia
2013**

ANDRÉA MACHADO REZENDE DE MORAES

**O CONTROLE JUDICIAL PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
INFANTOJUVENIL**

Dr^a. Eliane Romeiro Costa
Prof^a. Orientadora e Presidente da Banca
PUC-GO

Dr. Germano Campos Silva
Prof. Membro da Banca
PUC-GO

Dr. Elias Nazareno
Prof. Membro da Banca
UFG-GO

Dr. Gil César
Prof. Suplente
PUC-GO

À minha família.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Eliane Romeiro Costa, pela condução precisa de todo o processo de elaboração da dissertação, pela amizade, pelos ensinamentos e pelo exemplo de vocação acadêmica.

Aos diversos professores do Programa de Pós-graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, pelas lições edificantes e indispensáveis à reflexão crítica.

Ao ilustre Desembargador Itaney Francisco Campos, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelos incentivo, amparo e amizade, dedicados em anos de convivência.

Aos colegas de turma pelos ensinamento e companheirismo.

Aos funcionários da Pontifícia Universidade Católica de Goiás que indiretamente contribuíram para a realização da dissertação e à equipe da Biblioteca da PUC, pela competência e dedicação.

A todos os colegas pós-graduandos da PUC-GO pelo apoio e pelas muitas amizades que seguirão pelo caminho à frente.

O trabalho intelectual realiza-se no cotidiano das relações sociais, de trabalho e afetivas, individuais e coletivas.

Aos colegas servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pelo apoio e pela certeza de que é possível melhorar sempre no atendimento aos jurisdicionados de nosso Estado, por meio do estudo acadêmico.

À minha família, meu marido, meu pai, minha mãe e meus irmãos, pelo apoio.

À minha filha, Laura, que me abençoou e alegrou com o seu nascimento e tanto me inspirou na consecução da presente investigação.

Muito obrigada a todos.

“A palavra progresso não terá sentido enquanto houver crianças infelizes.”

Albert Einstein

RESUMO

A incorporação da proteção do direito à saúde em textos constitucionais é uma forma contemporânea de expressão do desejo de uma sociedade em ver efetivado esse direito fundamental, razão pela qual o Poder Executivo deve adotar políticas públicas a fim de garanti-la aos cidadãos brasileiros. A criança e o adolescente são merecedores de um tratamento prioritário e diferenciado, não apenas em razão da proteção constitucional, mas também diante da condição de pessoas em desenvolvimento. O estabelecimento e efetivação de políticas públicas prioritárias a esse grupo são indispensáveis para a formação da personalidade dessas pessoas e, conseqüentemente, para a realização, no futuro, de cidadãos livres e iguais. A resultante dessa interação tem levado ao estudo da possibilidade do controle judicial das políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil. O foco dessa investigação consiste em analisar, diante da necessidade de proteção do direito fundamental ao desenvolvimento do indivíduo e da família como integrantes da sociedade, a legalidade da atuação judicial no controle de políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil.

Palavras-chave: controle judicial; políticas públicas; saúde infantojuvenil.

ABSTRACT

The incorporation of the protection of the right to health in constitutional texts is a contemporary expression of the desire of the society to see effected this fundamental right, which is why the Executive should adopt public policies to guarantee it to Brazilian citizens. Children and adolescents are deserving of priority treatment and differentiated, not only because of constitutional protection, but also on the condition of people in development. The establishment and execution of public policy priorities for this group are indispensable for the formation of the personality of these people, and therefore to perform in the future of free and equal citizens. The result of this interaction has led to the study of the possibility of judicial review of public policies related to health of children and adolescents. The focus of this ressearch is to examine the legality of the judicial role in the control of public policies related to health of children and adolescents, given the need to protect the fundamental right to development of the individual and the family as members of society.

Key-words: judicial review; public policy; fundamental right; health of children and adolescents.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO SOCIAL À SAÚDE .	20
1.1. Teoria dos Direitos Fundamentais	20
1.2. Direitos Sociais	29
1.3. Direito à Saúde como direito fundamental	33
1.4. Pós-positivismo e o direito à igualdade existencial	38
1.5. Direito à saúde como mínimo existencial e dever do Estado	47
1.6. Protagonismo do Poder Judiciário na saúde e a teoria da separação dos poderes	49
1.7. Limites da atuação judicial na perspectiva de Dworkin e Habermas	53
CAPÍTULO 2 – PROTEÇÃO À SAÚDE INFANTOJUVENIL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	64
2.1. Evolução da saúde no Brasil	64
2.2. O direito à saúde nas Constituições Brasileiras	66
2.3. Incursão histórica dos direitos infantojuvenis	71
2.4. O Sistema Único de Saúde	84
2.5. Proteção Social à Saúde Infantojuvenil	97
2.5.1. Criança e adolescente e o SUS	101
CAPÍTULO 3 – CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRIORITÁRIAS RELACIONADAS À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	104
3.1. Concepções de política pública	105
3.2. Política pública e o direito à saúde	110
3.3. Prioridade de políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil	111
3.4. Instrumentos processuais disponíveis para garantir o direito à saúde infantojuvenil	124
3.5. A cláusula da reserva do possível como limite de implementação do direito à	

saúde	126
3.6. Princípio da proibição do retrocesso	128
3.7. A legitimidade do controle judicial das políticas públicas	132
3.8. O direito à saúde infantojuvenil e as Cortes Superiores	143
CONCLUSÃO	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	159
ANEXOS	169
ANEXO 1 – Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.....	170
ANEXO 2 – Resolução nº 113/2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente	189
ANEXO 3 – Anteprojeto de Lei sobre Processo Especial para o Controle e Intervenção em Políticas Públicas do Poder Judiciário, apresentado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe	202

INTRODUÇÃO

Em que pese a absoluta prioridade conferida, constitucionalmente, há mais de 25 anos, aos direitos de crianças e de adolescentes, ainda não conseguimos avançar o suficiente a ponto de termos materializadas e universalizadas a essa parcela da população as garantias básicas referentes à saúde. A situação da infância permanece marcada por avanços e retrocessos não tão animadores.

A presente dissertação tem por objetivo estudar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na materialização das políticas públicas garantidoras do direito à saúde infantojuvenil, mormente diante do tratamento referendado na Constituição Federal de 1988, que garante, com prioridade absoluta, a aplicação dos direitos infantojuvenis.

A Carta Maior de 1988 adotou, diante da condição peculiar de vulnerabilidade dos indivíduos em desenvolvimento, a teoria da proteção integral à criança e ao adolescente, visando dar a esse grupo uma proteção diferenciada, própria e especial.

A prioridade absoluta, prevista na Carta Magna deve ser considerada em relação a tudo o que envolver direitos de crianças e adolescente, ou seja, tanto em relação às políticas públicas, executadas pelo Poder Executivo, como em relação à atuação do Poder Judiciário, Legislativo ou Ministério Público nas suas esferas de atuação.

O direito dessa parcela da população à saúde está vinculado à garantia da defesa da sua personalidade, sendo este um direito humano, juntamente com a de outros direitos desta natureza que se estreitam com a própria dignidade da pessoa humana.

O problema que norteou a pesquisa foi a demonstração da legitimidade da

atuação do judiciário nas políticas públicas relacionadas à saúde da criança e do adolescente, uma vez que em um Estado Social Democrático de Direito, como é o Brasil, ao definir políticas públicas para a proteção integral de crianças e adolescentes, deve se preocupar com o desenvolvimento da personalidade dessas pessoas, para assim poder formar cidadãos livres e iguais.

Não se pode admitir a escusa do administrador público no cumprimento das políticas públicas baseado na teoria da reserva do possível, uma vez que diante da necessidade de tratamento prioritário às pessoas em desenvolvimento, a eles devem ser dispensadas políticas para garantir-lhes o mínimo legal, a existência com dignidade.

Ao se deparar com o referido problema, formularam-se as seguintes hipóteses de investigação científica: a saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal (art. 6º), razão pela qual o Poder Executivo deve adotar políticas públicas a fim de garanti-la aos cidadãos brasileiros; às crianças devem ser dispensadas políticas públicas prioritárias, não apenas em face da primazia estabelecida no art. 227 da Carta Magna, mas, também, em razão da condição de pessoas em desenvolvimento; o Poder Judiciário poderá, excepcionalmente, intervir, relativizando o princípio da separação dos poderes, a fim de garantir o mínimo existencial para o efetivo exercício dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; em contraposição a esta intenção do Poder Judiciário de tornar efetivo o direito à saúde, surge o problema da limitação orçamentária do Estado, que é o principal argumento embasador do princípio da reserva do possível.

Para o desenvolvimento dessa investigação científica, de muita valia foram as orientações do pós-positivismo jurídico, que, de acordo com Daniel Sarmiento, simboliza a superação das correntes jusnaturalista e positivista para a fundamentação e legitimação do direito justo, mormente diante das inovações trazidas pela Carta Magna de 1988, a qual sofreu consideráveis influências do movimento pós-positivista, passando a consignar na Constituição os direitos fundamentais sociais de toda criança e de todo adolescente cidadãos brasileiros.

O pós-positivismo, baseado no uso dos princípios, oferece, a fim de harmonizar legalidade com legitimidade, e reafirmar os laços éticos privilegiados entre o direito e a moralidade social, um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos.

Ademais, essa teoria admite o papel preponderante da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos, reconhece os direitos fundamentais como normas, e engloba desde o controle de constitucionalidade até as novas técnicas de interpretação jurídicas.

Diante disso, compatíveis com o presente estudo, encontram-se os estudos desenvolvidos por diversos doutrinadores, entre os quais podemos citar Alexy, em sua obra "*Teoria dos Direitos Fundamentais*", que aponta a diferenciação entre regras e princípios, enfatizando seu entendimento dos princípios como mandados de otimização, bem como as suas implicações no Estado Democrático de Direito, superando, dessa forma, a teoria positivista.

De muita valia, para a elaboração do trabalho também foram os entendimentos esposados pelo americano Ronald Dworkin, em sua obra "*Levando os direitos a sério*", em que o autor, baseando-se na apresentação de argumentos, desenvolve uma teoria do direito, visando a melhor interpretação moral possível das práticas vigentes em uma determinada comunidade, propondo uma teoria de justiça, em que todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem se fundamentar na circunstância de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, sendo irrelevantes as suas condições sociais e econômicas, ou de seus estilos de vida e de crença.

Do mesmo modo, as pontuações sobre o desenvolvimento apresentadas pelo indiano Amartya Sen foram relevantes, ao destacar em sua obra "*Desenvolvimento como liberdade*" que o desenvolvimento vai além da análise do crescimento da renda *per capita*, sendo extremamente valiosa a análise da promoção do bem-estar,

a qual deve ser norteadada pelo valor da vida humana, pelo mínimo existencial com dignidade, sendo importante o afastamento de doenças evitáveis, a redução de morte prematura, a alimentação adequada, para que assim a pessoa possa agir livremente e não ser dominada pelas circunstâncias, podendo desenvolver suas potencialidades.

Em outra obra do citado autor, *“Desigualdade reexaminada”*, ele ressalta a necessidade de se igualarem as capacidades para que uma pessoa possa alcançar seus objetivos, sendo a capacidade um tipo de liberdade. De grande contribuição foram suas anotações para este trabalho, uma vez que a saúde na população infantojuvenil é importante para a evolução da capacidade dos menores, o que implica em criar cidadãos livres.

Muito importante, ainda, na confecção dessa dissertação foram os ensinamentos do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, uma vez que em sua obra *“Direito e democracia: entre facticidade e validade”* ele busca reconstruir a autocompreensão entre pretensões normativas democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida, destacando que a legitimidade no processo democrático deve se apoiar no princípio da soberania do povo, tendo de ser compatível com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal. Assim, as tradições políticas liberais e republicanas concebem os direitos humanos como expressão de autodeterminação moral e a soberania do povo como expressão de autorrealização ética.

Para referido autor, é por meio dos discursos que se pode formar uma vontade racional, e a legitimação do direito se encontra, desta forma, em arranjos comunicativos. Ademais, o direito não é submisso à moral, encontrando-se ambos em uma relação de complementação recíproca.

Não se pode olvidar, ainda, a contribuição ao trabalho dada por juristas de renome como Info Wolfgang Sarlet, ao tecer comentários sobre a dignidade da pessoa humana, Ricardo Lobo Torres, ao discorrer sobre o mínimo existencial, Luís

Roberto Barroso, ao esclarecer características do pós-positivismo, e Maria das Graças Rua, ao discursar sobre as políticas públicas. Trata-se, portanto, de projeto de extensão que se apoia em projetos de pesquisa-ação, e a eles dá continuidade. Faz-se o entrelaçamento dos níveis do ser e do dever-ser, da extensão e da pesquisa, do Direito Constitucional e dos demais ramos do Direito.

A Constituição Federal de 1988 marcou a passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, passando a amparar, no texto constitucional, diversos direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito à saúde (artigo 6º), que é apontado como direito fundamental social oponível ao Estado brasileiro, e que deve ser garantido a todos os trabalhadores e cidadãos do Brasil.

Visando dar efetividade a esse direito, foi publicada a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre serviços e ações de saúde em todo o território nacional.

Por se encontrar inserido no Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, no texto constitucional, o direito à saúde é dotado de força normativa, razão pela qual inúmeras consequências advêm desta atribuição, sobretudo no que se refere à sua efetividade, uma vez que esse direito deve ser materializado no mundo dos fatos, e que a sua função social deve ser concretamente desempenhada, aproximando-se destarte o dever-ser normativo do dever-ser da realidade social.

Representante de uma democracia liberal contempladora da autonomia privada, Dworkin confere supremacia aos direitos fundamentais frente à soberania popular, diferindo, portanto, do posicionamento de Habermas. Para Dworkin, a Constituição resguarda certos direitos fundamentais, da mesma forma que impede interferências indevidas - fruto de eventuais procedimentos majoritários de formação da vontade política - nesse âmbito de proteção constitucional. Dessa forma, nenhuma diretriz política, nem objetivo social coletivo, podem sobrepor-se a um autêntico direito individual - direito esse não apenas jurídico, mas também moral. Os direitos individuais adquirem, pois, relevância frente aos direitos coletivos. Ao

conferir esse sentido de validade aos princípios jurídicos, Dworkin critica a função discricionária dos juízes defendida pelos positivistas, uma vez que ela não resguarda, de forma ótima, o respeito aos direitos fundamentais. Enuncia, portanto, a tese da resposta correta ao direito, mesmo nos casos difíceis - propugna que o sistema jurídico tenha uma função garantidora de direitos.

Ademais, dizer que o direito à saúde é um direito fundamental significa dizer, em primeiro lugar, que ele vincula os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e que ele não pode ser subtraído da Constituição nem por via de emenda constitucional; também implica admitir que, no exercício destes poderes e dentro dos limites da realidade, o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde. Isso é o que a doutrina jurídica costuma referir quando diz que se trata de uma “norma tipo princípio de direito fundamental”. Direitos fundamentais veiculados normas tipo princípio ordenam que os Poderes Públicos façam *todo o possível* para efetivá-los, uma vez que sua observância só se dá quando tudo aquilo que é possível, fática e juridicamente, é prestado. São, como resume Alexy, *mandamentos de otimização*.

Para cumprimento desse dever que a Constituição lhe impõe, o Estado instituiu entidades públicas, ora pertencentes à Administração direta, ora à Administração indireta, bem como criou mecanismos de cooperação entre essas entidades e entre entidades do setor privado, de modo que a execução das políticas públicas de saúde se efetive - com tratamento diferenciado às crianças, em virtude do tratamento prioritário estabelecido no Texto Maior - de modo universal e igualitário, observando as peculiaridades regionais e sociais da população a que atende.

A prioridade na defesa do direito à saúde da população infantojuvenil assume, no plano do ordenamento jurídico nacional, responsabilidades e obrigações do poder público com o cidadão, cabendo ao município onde residam os pais ou responsáveis da criança ou adolescente, como gestor do Sistema Único de Saúde –SUS-, ser o destinatário destas obrigações, devendo compensar-se com os outros níveis do

estado através de mecanismos administrativos próprios, proporcionando a infância e a juventude a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas além da destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à criança e ao adolescente.

Por fim, devemos compreender o direito da criança e do adolescente à saúde como sendo o direito ao desenvolvimento integral físico-social-moral e intelectual do seu ser, como direito da pessoa humana, sem restrições de qualquer espécie à sua potencialidade e com acesso a quaisquer tipos de serviços e programas, que promovam saúde, respeitem a existência e resguardem, assim, os direitos que ainda estão por vir.

Nesse contexto, verifica-se que a função principal do Poder Executivo é administrar o Estado, criando políticas públicas, ou seja, planos e programas de ação governamental, voltados à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

O Poder Judiciário, para atuar como fiscalizador da formulação e execução das políticas públicas, emerge no seio de uma sociedade democrática, em que se busca a efetivação dos bens sociais garantidos constitucionalmente, mas, cada vez mais, distantes do cidadão.

Não bastasse a frequente inércia ou a ingerência dos administradores em efetivar alguns dos direitos sociais previstos na Carta Magna, fazem com que haja constante apoio da opinião pública e popular às decisões judiciais que conferem a esses direitos efetividade no caso concreto.

Nesse contexto, necessário se faz a abordagem, na presente dissertação, da origem e do desenvolvimento dos direitos sociais, devendo ser analisadas as

normas previstas no ordenamento jurídico relativas ao direito à saúde, bem como o estudo acerca das políticas públicas prioritárias a serem dispensadas à saúde infantojuvenil.

Será examinada, também, a relação entre reserva do possível (Ingo Sarlet), vedação do retrocesso social (Ministro Luís Roberto Barroso e Canotilho), mínimo existencial (Ricardo Lobo Torres) e teoria da separação dos poderes (Ministro Gilmar Mendes) e a questão da legitimidade do controle judicial das políticas públicas relacionadas à saúde da criança e do adolescente, com o fim de dar efetividade às normas relativas ao direito à saúde desse grupo de pessoas.

Daí resultou o presente estudo, que apresenta no capítulo 1 um estudo relativo à proteção da saúde, realizando uma explanação acerca da teoria dos direitos fundamentais, a qual abrange os direitos sociais, para, em seguida, abordar o direito à saúde, que corresponde a um direito fundamental social, seguindo-se pela apresentação do pós-positivismo e o direito à igualdade existencial, uma vez que diante do axioma de que “todos são iguais perante a lei”, o direito das minorias deve ser resguardado. Ato contínuo, analisa-se, como limites à implementação do direito à saúde, a questão da teoria da separação dos poderes, da teoria de justiça de Dworkin e da teoria do discurso de Habermas.

No segundo capítulo é elaborada uma análise da evolução da saúde infantojuvenil no Brasil, fazendo uma abordagem acerca do direito à saúde nas Constituições Brasileiras, e uma incursão histórica dos direitos infantojuvenis, seguindo-se por uma análise do Sistema Único de Saúde e a sua atual crise, para, ao final, analisar a proteção social à saúde infantojuvenil.

O último capítulo, por sua vez, visa estabelecer considerações sobre política pública, realizando, em seguida, uma relação entre a política pública e o direito à saúde e a necessidade da prioridade de políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil. Posteriormente, é estudada a questão da legitimidade de atuação do Poder Judiciário, com considerações acerca dos instrumentos processuais aptos

para fazer garantir o direito à saúde infantojuvenil, da cláusula da reserva do possível, da proibição do retrocesso social e a legitimidade do controle judicial das políticas públicas, apontando o atual posicionamento das Cortes Superiores acerca da matéria, seguindo, naturalmente, as considerações finais sobre o tema do presente trabalho científico.

Registra-se, por fim, que a omissão na realização dos direitos fundamentais, mormente o direito à saúde das crianças e adolescentes, existentes na Constituição Federal somente servirá de estímulo na busca por alternativas reais para a resolução do problema, pois hoje se persegue o reconhecimento dos direitos que ainda são tão desrespeitados.

Ademais, como se demonstrará, a Jurisdição constitucional brasileira, no modelo atual de Estado Democrático de Direito, diante da necessidade de se efetivar o direito dessas pessoas em desenvolvimento, para a criação, no futuro, de cidadãos livres e iguais, tem importante papel na efetivação dos direitos relacionados à saúde infantojuvenil.

CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO SOCIAL À SAÚDE

O objetivo deste capítulo é discorrer sobre o direito fundamental à saúde, ao processo de desenvolvimento, razão pela qual se faz necessário, num primeiro momento, realizar uma abordagem acerca do que vêm a ser os direitos fundamentais.

O direito à saúde, como será visto, é um direito fundamental intrinsecamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, de maneira que requer dos operadores do direito a procura pela mais alta expressão do justo.

No que se refere à população infantojuvenil, denota-se que o direito à saúde está vinculado à garantia da defesa da sua personalidade, sendo este um direito humano, juntamente com a de outros direitos desta natureza que se estreitam com à própria dignidade da pessoa humana, permitindo a este grupo o desenvolvimento de sua personalidade.

Demais disso, a saúde é necessária para o mínimo existencial, ou seja, para a existência digna de uma pessoa, devendo o Estado garantir-lhe este direito, que poderá ser efetivado por meio da atuação do Poder Judiciário.

1.1. Teoria dos Direitos Fundamentais

Segundo José Afonso da Silva, a expressão mais adequada seria “direitos fundamentais do homem”, uma vez que

“além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2007, p. 176).

Ainda, de acordo com referido autor, tais direitos são caracterizados por fundamentais, por se tratarem de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, sequer sobrevive; fundamentais do homem na compreensão de que a todos, por igual, devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2007, p. 178).

Os direitos fundamentais, dessa forma, são prioritários, porque os bens da vida por eles protegidos, sem os quais não se é capaz de existir, desenvolver, ou mesmo participar plenamente da vida em sociedade, são essenciais à existência humana. Assim, não obstante a profusão de direitos existentes no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais devem ser atendidos com absoluta preferência, porque envolvem discussão acerca da dignidade do ser humano e constituem o pilar do sistema ético de referência de todo o sistema normativo.

Há de se registrar, outrossim, que, apesar desses direitos enraizarem-se no direito natural, não se esgotam nele e não se reduzem a direitos impostos pelo direito natural, uma vez que existem direitos fundamentais conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas (direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, etc.).

Os direitos fundamentais se evoluíram com o decorrer do tempo, o que torna importante o contexto histórico da época para caracterizar a evolução desses direitos, podendo-se falar, portanto, em “gerações” ou “dimensões” desses direitos (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 202), que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Essa classificação, porém, somente poderá ser admitida como critério meramente histórico. Não há, essencialmente, qualquer diferença hierárquica ou de prioridade entre as diversas gerações de direitos humanos, de tal sorte que ao Estado cumpre a realização integral e contemporânea desses direitos constitucionais.

Diante desse contexto, os direitos fundamentais surgiram com a função precípua de limitar a esfera de intervenção do Monarca nos direitos individuais dos

cidadãos.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, abrangem

os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (...). A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes (MENDES, 2013, p. 137).

Verifica-se, com isso, que os direitos à vida, à liberdade, à segurança, a não discriminação racial e liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação, locomoção e de participação política fazem parte da primeira geração e estão estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

São direitos, portanto, marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direitos de defesa, ficando esse reduzido tão somente a guardião das liberdades.

A partir da revolução industrial, em razão do surgimento das empresas fabris, que trouxeram como consequência a formação de aglomerados urbanos, ocorreram diversas mudanças na vida social e política dos países. Tais mudanças acarretaram alterações acentuadas nas relações sociais, passando a exigir do Estado, gradativamente, diversas atribuições, e a intervir mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Nesses moldes, os direitos de segunda geração, referentes à igualdade, são, de acordo com Gilmar Mendes, decorrentes do

descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade (...). O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. (MENDES, 2013, p. 137).

Os direitos de segunda geração são conhecidos por direitos sociais, uma vez que se ligam a reivindicações de justiça social. Tais direitos encontram-se consagrados no artigo 6º da Constituição e enfatizam a necessidade de efetivação dos direitos coletivos, sendo estes garantidos, também, na legislação infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente), quando legitima o direito à saúde de crianças e adolescentes (art. 7º), educação (art. 53), cultura, esporte e lazer (art. 59), citados apenas de forma exemplificativa.

Nesse ínterim, diante da crise do liberalismo, o século XX foi marcado pelo surgimento de Constituições inspiradas em ideias sociais. A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, passaram a regular, ao lado de direitos e garantias individuais, direitos de alcance nitidamente social, ocorrendo, por conseguinte, a partir da Revolução Industrial e dos movimentos de afirmação democrática, a transição do Estado liberal para o Estado social, alterando o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos (CANELA JUNIOR, 2011, p. 52-53).

Os direitos de segunda geração, assim, devem ser compreendidos como direitos de igualdade, posto que visavam reduzir material e concretamente as até então existentes desigualdades sociais e econômicas, que debilitavam a dignidade

humana, exigindo, dessa forma, atuações positivas do Estado, sob a forma de fornecimento de prestações, podendo ser denominados de direitos positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito.

No caso dos direitos de terceira geração, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, conforme leciona Gilmar Mendes

peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural” (MENDES, 2013, pp. 137/138).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, portanto, são usualmente denominados – em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal – de direitos de solidariedade ou fraternidade.

Na Constituição Federal de 1988 alguns desses direitos de terceira dimensão já foram reconhecidos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), o direito à paz mundial (art. 4º, incisos VI e VII), o direito à autodeterminação dos povos (art. 4º, inciso III) e o direito ao desenvolvimento (art. 3º, inciso II).

Cumprе destacar, mais uma vez, que a classificação desses direitos em gerações não significa que os direitos previstos num momento tenham sido superados por aqueles surgidos em instantes seguintes. O Direito de cada geração interage com o das outras, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos.

De outro lado, a história dos direitos fundamentais, como hoje concebidos, “desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2010, p. 43).

Assim, o Estado Social caracteriza-se pela superação das deficiências do Estado Liberal, cujo papel era de índole absenteísta, ou seja, atribuía liberdades ao cidadão, não interferindo na esfera particular, passando, a partir de então, a assumir o compromisso de materialização dos direitos fundamentais, assumindo forte aspecto intervencionista.

Os direitos fundamentais encontram-se inseridos no texto de uma Constituição, razão pela qual podem ser compreendidos como direitos constitucionais, vinculando, portanto, o Estado à efetivação desses direitos, surgindo deste vínculo uma situação jurídica. Decorre dessa afirmação que entre o estado e o titular dos direitos fundamentais há uma relação jurídica de direito público, na qual o cidadão é titular de um direito subjetivo, e o Estado, o sujeito desta obrigação.

Esses direitos, de acordo com J. J. Gomes Canotilho, cumprem a função de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação, cabendo, a propósito, transcrever o significado de direito de prestação social, de acordo com o referido constitucionalista português:

Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social). É claro que se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação das suas 'pretensões prestacionais' através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado) (CANOTILHO, 2000, p. 402).

A sistematização segura de uma teoria dos direitos fundamentais possibilitaria aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tomarem, no caso do Brasil, suas decisões de acordo com a prioridade de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, pois bastava analisar o texto da Carta Magna, de acordo com os anseios do povo, para verificar quais as normas de direitos fundamentais deveriam ser efetivadas com prioridade.

Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, esclarece que Friedrich Müller, com sua Teoria Estruturante do Direito, pretende fazer com que a sociedade determine a “norma jurídica”, impedindo que o texto normativo seja, no

caso do Brasil, estabelecido apenas pelos representantes do povo, os integrantes do Poder Legislativo, consoante se observa no seguinte trecho:

Os direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais. Esses 'âmbitos materiais' são transformados em 'âmbitos normativos' por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos codeterminantes da decisão jurídica" (ALEXY, 2011, p. 78).

Esses direitos possuem como núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a Constituição Federal o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões.

A dignidade da pessoa humana serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, em atenção ao respeito à vida, à liberdade e à igualdade de cada ser humano, devendo serem reconhecidas a ele prerrogativas, faculdades e instituições que a Constituição admite como imprescindíveis a uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado no pós-guerra, mormente após a barbárie do nazismo e dos fascismos, tanto no plano internacional (com a Declaração dos direitos do Homem de 1948; criação da Comissão Europeia de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos em 1950; entre outros tratados) como no plano interno (através da Constituição Federal de 1988) como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal (SARLET, 2011).

Na nossa ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana constitui um dos princípios fundamentais (CF, artigo 1º, inciso III), e foi, também elevada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (CF, artigo 170, *caput*), irradiando-se por todo o ordenamento constitucional e não apenas nos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, não podendo ser alienada nem renunciada, constituindo vetor que qualifica o ser humano como tal.

Com muita propriedade, Ingo Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2011, p. 73).

E continua:

Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na Constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes (SARLET, 2011, p. 114).

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como predicado fundamental e suprajurídico, inalienável e irrenunciável, inerente a todos os seres humanos, impondo a todos o dever de respeito e, ao Estado especificamente, o dever de protegê-la incondicionalmente através dos mecanismos jurídicos postos à disposição pela Constituição e demais leis.

Denota-se, nessa linha de compreensão, que na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir,

não haveria mais limite a ser respeitado. Como prestação imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quando objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação essa que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto (SARLET, 2011, p. 58/59).

Destarte, onde não existir respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Demais disso, Jürgen Habermas (1997) busca legitimar o direito, dentro de um Estado Democrático, por meio da teoria da ação comunicativa, pois uma norma somente se torna direito positivo quando ela obtém força através de um procedimento válido perante o direito e quando se legitima pela aceitação social. Nesse ínterim, o Estado deve assegurar a dignidade da pessoa humana, que existe antes mesmo do discurso ou da criação normativa, e, somente com a garantia da dignidade da pessoa humana como valor fundamental do Estado, ele contribuirá para a existência de cidadãos livres para discutir os fatos sociais relevantes e elevá-los a categoria de normas legítimas.

A partir do momento em que a dignidade da pessoa humana é alçada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado

Democrático de Direito, o Estado deverá garantir a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas, mormente em razão deste princípio ser um mandado de otimização existente no texto constitucional.

Nesse diapasão, em perfeita harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 adotou, no art. 1º, *caput*, a democracia como forma de governo, consagrando a soberania popular como fundamento da República Federativa do Brasil (inciso I). A república do Brasil, como corolário desta opção, assinalou que igualmente constituem seus fundamentos a cidadania (CF, art. 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III).

A proteção irrestrita dos direitos fundamentais constitui, nos termos do art. 3º da Constituição da República, objetivo do estado brasileiro.

Para atingir os seus objetivos, a Carta Magna declinou rol não exaustivo dos direitos fundamentais nos arts. 5º (direitos e garantias individuais), 6º a 11 (direitos políticos) da Constituição Federal.

A importância desses direitos foi reconhecida no Texto Maior, uma vez que lhes foi conferida a eficácia imediata (art. 5º, § 1º), ressaltando a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes o devido cumprimento, sendo ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

A simples conceituação de direitos fundamentais, como os que estão inseridos na Constituição, não é suficiente para a resolução da ausência de concretização.

1.2. Direitos Sociais

No que tange aos direitos sociais, denota-se que a Carta Maior de 1988 consagrou, de forma expressa, vasto catálogo desses direitos, incluindo-os em

capítulo próprio, o “Dos Direitos Sociais”. A primeira Carta que apresentou os direitos sociais em seu texto foi a Constituição de 1934. Segundo Gilmar Mendes (2013, p. 619) o texto “trazia um capítulo específico intitulado 'Ordem Econômica e Social' (arts. 115-147), com especial destaque aos direitos fundamentais que regem as relações trabalhistas”. As constituições seguintes seguiram a tradição de destinar um capítulo específico à ordem econômica e social – Constituição de 1937 (arts. 135-155), de 1946 (arts. 145-162), de 1967/69 (arts. 157-166).

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem – incorporados que estão à ordem constitucional positiva –, podem ser conceituados como

dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais à medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2007, p. 286-287).

De acordo com o artigo 6º da Carta Constitucional de 1988, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

A Carta Magna de 1988 especifica, ainda, o conteúdo e a forma de prestação dos direitos sociais (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), porém não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), acolhendo os direitos sociais, portanto, como autênticos direitos fundamentais.

Ao discorrer sobre esses direitos, o jurista Ramon Fagundes Botelho pondera que

A busca incessante por direitos e situações de garantia, aliada à evolução da sociedade, que passou de uma sociedade centrada no individualismo, fruto dos ideais iluministas, para uma sociedade cuja importância é o bem-estar coletivo, fez com que surgisse essa nova gama de direitos, não mais subsumidos ao critério unicamente individual, mas, sim, umbilicalmente ligados a uma noção de sociedade, ou seja, de bem-estar coletivo (2011, p. 43).

Os direitos fundamentais sociais protegem, portanto, determinantes bens da vida, cuja garantia diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Esses bens da vida, ou, do ponto de vista ético, bens soberanos, constituem um núcleo irrevogável e complementar, a ser atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado.

A propósito, o ilustre doutrinador Antônio Ferreira Cesarino Júnior, ao dissertar sobre essa categoria de direitos, pontuou

Se o cuidado pelo bem comum é preocupação de toda lei, tanto assim que é elemento constitutivo de sua definição, com mais forte razão o é das leis sociais, que visam estabelecer a paz social, auxiliando os hipossuficientes a alcançar o equilíbrio econômico, social, moral e cultural na sociedade. (...). Direito Social *lato sensu* é o conjunto de princípios e normas imperativas que têm por sujeito os grupos e os membros dos grupos, têm por fim a adaptação da forma jurídica (leis, códigos), à realidade social e visa (atuação), nesta adaptação, à colaboração de todos ao bem comum (1963, p. 58-59).

Os direitos sociais, assim, estabelecem em favor dos titulares uma prestação que normalmente fica a cargo dos poderes públicos obrigados constitucionalmente. Esses direitos são considerados direitos de crédito, por outorgarem aos titulares um título para exigir essa prestação de quem quer que esteja obrigado, conforme competência definida na Constituição.

Botelho, ao citar Canotilho, destaca que

o problema atual dos direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) ou direitos a prestações em sentido estrito (*Leistungsrechten im engeren Sinn*) – na esteira do pensamento de Canotilho – está em 'levarmos a sério o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente (BOTELHO, 2011, p. 63)

Os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, necessitam de uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo, em um quadro de prioridades, opções políticas que obrigam a escassez dos recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a vinculação ao próprio princípio democrático.

Deve-se, porém, sempre que possível, resguardar o espaço mínimo de discricionariedade legislativa para a conformação das prestações fáticas essenciais, oriundas dessa obrigatoriedade em implementar, principalmente na área da saúde, políticas públicas sociais.

No que tange à aplicabilidade das normas relativas aos direitos sociais, como observado em momento anterior, verifica-se que o § 1º do artigo 5º da Carta Magna dispõe que, não tendo sido efetuada qualquer diferenciação entre os direitos fundamentais clássicos e os direitos sociais, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O comando contido no art. 5º, § 1º, da Constituição da República é absolutamente claro: as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. A afirmação do constituinte originário revela que no plano interno a eficácia dos direitos fundamentais é plena (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 59).

Dessa forma, tem-se que as normas que definem direitos fundamentais sociais são normas de caráter impositivo, e, não, meramente programático.

A despeito de serem, contudo, diretamente aplicáveis, isso não os torna exigíveis subjetivamente, ou seja, apesar da possibilidade de aplicação imediata, o quanto de eficácia que cada direito fundamental social poderá desencadear dependerá frequentemente de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.

Há de se destacar, de outro lado, que a efetivação dos direitos de caráter social vincula-se à existência de recursos econômicos, razão pela qual Gilmar Mendes pondera que

em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibiliza e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização de resultados (MENDES, 2013, p. 608).

Nesse contexto, deflui-se que os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito e visam concretizar, na busca de melhores e adequadas condições de vida, a perspectiva de uma igualdade substancial e social, possuindo aplicação imediata.

1.3. Direito à Saúde como Direito Fundamental

Com relação ao direito social à saúde, observa-se que, com a criação da Organização das Nações Unidas, esse direito encontrou guarida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na terceira sessão ordinária da Organização das Nações Unidas, realizada em Paris (SILVA, 2007). Em seu artigo XXV, a Declaração estabelece que:

1. 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.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Dessa forma, a saúde passou a ser reconhecida internacionalmente como um direito fundamental.

A Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) reafirma, em seu art. 2º, a natureza de direito fundamental da saúde, ao afirmar que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Quanto ao conceito de saúde, a médica infectologista Nanci Figueirôa Rezende aponta que ele se baseia no direito humano fundamental e permite às pessoas aumentar o controle sobre sua saúde e seus determinantes, mobilizando-se individual e coletivamente (2010, p. 222).

A citada autora pondera, ainda, que

a primeira definição de saúde como um conceito positivo e não como conceito negativo de ausência de doença veio da mais clássica definição de saúde pública em 1920, por Charles-Edwards Amory Winslow (citado por ROUQUAYROL; ALMEIDA FILHO, 2003): “Saúde Pública é a ciência e a arte de prevenir doenças e incapacidades, prolongar a vida e desenvolver a saúde física e mental, através de esforços organizados da comunidade para o saneamento do meio ambiente, o controle de infecções na comunidade, a educação dos indivíduos nos princípios da higiene pessoal e a organização de serviços médicos e paramédicos para o diagnóstico precoce e o tratamento precoce de doenças e o aperfeiçoamento da máquina social que irá assegurar a cada indivíduo, dentro da comunidade, um padrão de vida adequado à manutenção da saúde. (...)”. Em 1946, Sigerist (citado por NUNES, 1992), um historiador médico suíço que vivia nos Estados Unidos, definiu as quatro tarefas essenciais da medicina: promoção de saúde, prevenção de doenças, tratamento dos doentes e reabilitação, e afirmou que saúde se promove proporcionando condições de vida decentes, boas condições de trabalho, educação, cultura física e repouso e lazer. Ainda, em 1946, na sua constituição (OMS, 1946), a Organização Mundial da Saúde conceituou saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Determina ainda que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social e que a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança. Essa definição de saúde introduziu a noção de bem-estar e qualidade de vida como necessário para a saúde (REZENDE, 2010, p. 223-224).

O direito à saúde encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 (art. 6º), tratando-se de um direito social fundamental, não podendo ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios,

objetivos e programas, visando à realização dos fins sociais do Estado, devendo essa norma ser autoaplicável, diante do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna.

A expressão saúde, em sentido técnico, pode ser compreendida, grosso modo, como bem-estar físico, mental e social, uma vez que nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90), “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”. De outro lado o direito à saúde, em sentido subjetivo, seria o direito ao bem-estar individual.

Cumprido destacar a respeito do bem-estar que o economista indiano Amartya Sen pondera que

o bem-estar de uma pessoa pode ser concebido em termos da qualidade (a “bem-dade” [*well-ness*], por assim dizer) do “estado” da pessoa [*the person's being*]. Viver pode ser visto como consistindo num conjunto de “funcionamentos” inter-relacionados, que compreendem estados e ações [*beings and doings*]. A realização de uma pessoa pode ser concebida, sob esse aspecto, como o vetor de seus funcionamentos. Os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares como estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante. A asserção é de que os funcionamentos são constitutivos do “estado” [*being*] de uma pessoa, e uma avaliação do bem-estar tem de assumir a forma de uma apreciação desses elementos constituintes.

Relacionada intimamente com a noção de funcionamentos, está a noção de capacidade para realizar funcionamentos [*capability to function*]. Ela representa as várias combinações de funcionamentos (estados e ações) que uma pessoa pode realizar. A capacidade é, portanto, um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro. (...).

É fácil ver que o bem-estar de uma pessoa deve ser inteiramente dependente da natureza do seu estado, quer dizer, dos funcionamentos realizados (SEN, 2012, p. 79-80).

A afirmação do direito à saúde, no art. 6º da Constituição, de acordo com os juristas Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes,

não significa o reconhecimento de que qualquer tipo de direito subjetivo possa ser dele extraído. (...). No entanto, regra geral, o desdobramento de

cada um dos três aspectos desse direito dependerá da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. De outro lado, o Poder Judiciário poderá e deverá intervir nas situações de negação de eficácia ao mínimo necessário à saúde, ou seja, poderá estimular os outros Poderes a agirem a fim de concretizar minimamente o direito à saúde em qualquer um de seus três sentidos. Isso ocorrerá, sobretudo, em situações de omissão indevida na formulação e concretização de políticas de saúde, bem como no cometimento de vícios de legalidade e moralidade no exercício dessas funções – sempre a depender das peculiaridades do caso concreto, tal como bem evidenciou Barroso. (2010, p. 85)

O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90 dispõe ser dever do Estado garantir a saúde por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A prevenção e o tratamento são determinados no art. 5º da Lei nº 8.080/90, quando define como objetivo do Sistema Único de Saúde a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Luís Roberto Barroso pontua que

qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2009, p. 85).

Essa obrigação se estende aos serviços privados de saúde, nos moldes do art. 20 da Lei nº 8.080/90, ao determinar que “os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde”.

O art. 6º inclui o campo de atuação do SUS, entre outros, a vigilância, a saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico, a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde, a vigilância nutricional e a orientação alimentar, a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho e o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; e no art. 19-I foi estabelecido, ainda por lei, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar com procedimentos de equipe multidisciplinar que atuará nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora.

Nos documentos da Organização Mundial da Saúde do qual o Brasil é signatário, existe, evidenciando a importância de se atuar nos seus múltiplos determinantes, que vão muito além da biologia humana, um novo entendimento do conceito de saúde. Tal conceito está presente no art. 3º da Lei nº 8.080/90 ao enunciar que, entre outros, “a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes”, “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

Demais disso, atualmente, existem – para a promoção da saúde – diversas conceituações disponíveis, as quais segundo a autora Nanci Figueirôa Rezende

podem ser reunidas em dois grandes grupos. No primeiro deles, a promoção da saúde consiste nas atividades dirigidas à transformação dos comportamentos dos indivíduos, focando nos seus estilos de vida e localizando-os nos seios das famílias e, no máximo, no ambiente das culturas da comunidade em que se encontram (...). O que, entretanto, vem caracterizar a promoção da saúde, modernamente, é a constatação do papel protagonista dos determinantes gerais sobre as condições de saúde, que inclui um padrão adequado de alimentação e nutrição e de habitação e saneamento; boas condições de trabalho; oportunidades de educação ao longo de toda a vida; ambiente físico limpo; apoio social para famílias e indivíduos; estilo de vida responsável; e um espectro adequado de cuidados de saúde (BUSS, 2000). Segundo a Organização Mundial de Saúde, em 1988 a promoção da saúde representa um processo social e político, não somente a biologia, incluindo ações direcionadas ao fortalecimento das capacidades e habilidades dos indivíduos, mas também ações direcionadas a mudanças das condições sociais, ambientais e econômicas para minimizar seu impacto na saúde individual e pública (WHO, 1998). A

Associação Brasileira de Saúde conceitua promoção de saúde como “qualquer combinação de atitudes de natureza política, legislativa, educacional, social, organizacional, jurídica, administrativa, financeira, ambiental, sanitária, comportamental, clínica etc. direcionada para hábitos e condições de vida que vise melhorar ou preservar a saúde das pessoas” (REZENDE, 2010, p. 231-232).

Nesse diapasão, a promoção de saúde deve ser realizada por meio de medidas de ordem geral, como moradia, educação, alimentação adequada, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, transporte, lazer, educação em todos os níveis e acesso aos bens e serviços necessários.

1.4. Pós-positivismo e o direito à igualdade existencial

O grande marco histórico do Estado Moderno foi a Revolução Francesa, que ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1.789, e que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inaugurou uma nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais (SARMENTO, 2009).

Os ideias iluministas representaram uma reação à opressão e à arbitrariedade, efeitos de uma excessiva concentração do poder, do antigo regime absolutista. Um novo padrão de ética foi sustentado pelos iluministas, a fim de que os direitos humanos pudessem ser ampliados e assegurados, mediante atos solenes de reconhecimento (CANELA JUNIOR, 2011, p. 31)

O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1.789) estabelecia que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”

Verifica-se, destarte, que, de acordo com esse dispositivo, passam a ser núcleos essenciais das Constituições Modernas a separação de poderes e os direitos fundamentais.

Antes da Segunda Guerra Mundial, contudo, de acordo com Daniel Sarmento

(2009, p. 34), prevalecia na Europa Ocidental “uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica”, tratando a lei publicada pelo parlamento como a principal fonte do Direito, não atribuindo força normativa às constituições, as quais “eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos”.

O esforço iluminista, porém, não foi suficiente para aplacar o poder arbitrário. O novo imperialismo europeu, atrelado às disputas territoriais e por mercados internacionais, contribuiu para a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que causou a morte de cerca de dez milhões de pessoas. A Liga das Nações, organização internacional criada para assegurar a paz mundial, não conseguiu atingir seu objetivo, sendo dissolvida em 1942 (CANELA JUNIOR, 2011, p. 31)

Eduardo Cambi ressalta que

Sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, na Europa, devendo ser salientadas a Lei Fundamental de Bonn de 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). Com a derrota dos regimes totalitários (nazifascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em suas manifestações políticas, econômicas, intelectuais etc (CAMBI, 2011, p. 33).

Como reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, foi aprovada, em 1948, sob o pálio da liberdade, da igualdade e da fraternidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resgatando-se, assim, os ideais da Revolução Francesa. Essa Declaração representou, sob uma ótica universalista, a conjugação da vontade de várias soberanias. Os direitos humanos, por conseguinte, resultam, nesta quadra da história, da convergência de vontade das nações, com a expressa aceitação de sua validade jurídica em âmbito mundial (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 35).

A institucionalização dos direitos humanos, em Constituições escritas e

rígidas, objetiva conferir-lhes proteção máxima em nível dos Estados. Uma vez inseridos nas Constituições, os direitos humanos, dotados de pretensão universalista e de dimensão fundadora das comunidades humanas, assumem a forma de direitos fundamentais, constitucionalmente positivados e juridicamente garantidos. Os direitos fundamentais, portanto, são os direitos humanos constitucionalizados e, agregados à Constituição, assumem uma posição de alta relevância no sistema de direitos subjetivos.

A decadência, portanto, do positivismo jurídico está associada, historicamente, à derrocada dos regimes autoritários (fascismo e nazismo), os quais eram indiferentes aos valores éticos, bastando a aplicação da lei em sentido formal, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo, legitimando a conduta dos ditadores com a mera subsunção da lei ao caso concreto, conforme observou Cambi, *in verbis*:

Gustavo Zagrebelsky ilustra como Hitler se apoderou da lei para tornar legítima sua conduta criminosa: 'a 30.06.1934, dia fatídico para o nazismo, desatacamentos especiais da SS e da *Goring-Polizei*, com a participação directa de Hitler, procederam à eliminação do comandante e dos quadros da SA, as *Sturmabteilungen* de Ernst Rohm, que se tinham tornado perigosos concorrentes na condução da 'revolução nacional-socialista'. Foi um massacre terrível, uma autêntica chacina, e Hitler reivindicou o respectivo mérito perante um *Reichstag* agradecido e comovido, a 13 de julho, autoproclamando-se juiz supremo (*oherster Gerichtsherr*) do povo alemão: 'Se alguém me censurar e me perguntar por que é que não recorri aos tribunais regulares, posso dizer apenas isto: nessa hora era responsável pelo destino do povo alemão e era portanto o seu juiz supremo'. Por seu lado, o Gabinete do Reich, a 3 de julho, com um decreto de uma só frase retirou a essa acção qualquer carácter ilegal, confundindo direito e lei, legitimidade e legalidade: 'As medidas adoptadas a 30 de junho (...) a fim de truncar os ataques dos traidores são acções legítimas de autodefesa do Estado'. Vemos aqui um caso de paroxismo legislativo que transforma o delito em direito supremo (CAMBI, 2011, pp. 134/135).

Destarte, diante da perspectiva de que as maiorias políticas podem mancomunar-se com a barbárie, como se verificou no trecho acima no nazismo alemão, as novas constituições buscaram fortalecer a jurisdição constitucional, criando mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais inclusive em face do legislador.

Daniel Sarmento, no artigo "*O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*" destaca, inclusive, que

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2009, p. 36).

O pós-positivismo está voltado, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, à realização do Estado Democrático de Direito. Este é um novo modelo que marcou a superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas. Ele promove a reaproximação do direito com a moral, buscando, em um certo momento e lugar, a concretização dos valores compartilhados por toda a comunidade, a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento de poder.

Esse modelo possibilita a conjugação de regras e de princípios. Cumpre destacar que as regras se diferenciam dos princípios, uma vez que estas se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Ao passo que, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Estes, de acordo com Alexy, são "mandados de otimização", ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível cuja medida de aplicação deve ser definida, pelo julgador, em cada situação de aplicação (ALEXY, 2011, p. 90).

De outro lado, constatam-se que as regras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios, por ponderação, que é uma técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas tradicionais de hermenêutica.

Cumpra transcrever, a propósito, elucidativa lição acerca da teoria principiológica trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 958-959).

A característica marcante, portanto, desse pós-positivismo é a onipresença da Constituição, a qual passa a conter denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares.

Nas palavras de Walber de Moura Agra

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008, p. 31).

O Estado, dessa forma, passou a ser concebido como Estado Democrático de Direito, em que se tem uma releitura dos direitos fundamentais reconhecidos no Estado Liberal e no Estado Social, passando a igualdade a ser vista como o respeito às diferenças, à pluralidade, devendo o Estado atuar de forma a reduzir as desigualdades sociais e a assegurar que as minorias tenham os seus direitos respeitados.

Habermas, a propósito, destaca que, do ponto de vista normativo, não pode existir Estado de Direito se o mesmo não for democrático, admitindo como princípio da igualdade a possibilidade de todos os cidadãos participarem do discurso político. Assim, reconhece a fundamentalidade do princípio da igualdade quando formula, de maneira abstrata, as categorias de direitos que geram o código jurídico, relacionadas ao sujeito de direito, dentre as quais ressalta: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.” (HABERMAS, 1997, p. 159).

A partir da *Teoria do Discurso*, embasado no princípio do discurso, o autor alemão reconhece como legítimas somente as regulamentações que respeitam a compatibilização “dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos” (HABERMAS, 1997, p. 160).

A inclusão das minorias, uma vez que as crianças e adolescentes são pessoas que necessitam de uma proteção especial, em Habermas, se torna possível a partir do reconhecimento da igualdade de participação de todos nos discursos políticos, pois, somente participando, as minorias poderão reivindicar em quais aspectos pretendem ver-se incluídas e respeitadas a pluralidade.

O direito à saúde dessa parte da população deve ser garantido como forma de inclusão dessa parcela no discurso político, a fim de que eles possam desenvolver-se com liberdade e igualdade.

Habermas, na obra “A inclusão do outro”, adverte ainda que

a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas. O problema das minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos

grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias (HABERMAS, 2002, p. 166).

Diante disso, o princípio da igualdade, a partir do contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendido como o reconhecimento e tratamento com igual dignidade (consideração e respeito) a todos os cidadãos, com respeito aos direitos fundamentais, de forma a possibilitar que esses indivíduos participem da vida política e jurídica da sociedade, com plena consciência de que são partes fundamentais desta.

Outro traço marcante do pós-positivismo é o seu foco no Poder Judiciário, razão pela qual o seu grande protagonista passou a ser o juiz, a quem incumbe a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

No contexto brasileiro, verifica-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, os reflexos das alterações constitucionais ocorridas na Europa foram sentidas no nosso país, pois, a partir daí, ocorreu a transição para o Estado Democrático de Direito, o qual é solidário e promove a inclusão social, não colocando obstáculos à realização dos direitos das minorias.

A Constituição da República de 1988 determina, no artigo 1º que

A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Resta evidente que os fundamentos do Estado Democrático de Direito, nesse sentido, estão centralizados no exercício da cidadania que se consubstancia na atribuição de liberdades e na tutela da dignidade da pessoa humana. Além disso, o artigo 3º informa que

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse diapasão, a Constituição passa a ser um instrumento normativo que visa a transformação da realidade, apontando para realização dos Direitos Fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos –, aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV), incorporando um caráter de garantia da ordem jurídica e social.

Ademais, reforçou o papel do Poder Judiciário, porquanto consagrou a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, inciso XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e fortalecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Diante desse contexto, o jurista Daniel Sarmento destaca que com esse novo modelo ingressaram, no Brasil, valiosas teorias jurídicas, ponderando que

Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides, bem como do livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Também deve ser salientada a ampla penetração, no âmbito de algumas pós-graduações em Direito, a partir de meados dos anos 90, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas. E ainda merece destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro linguístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma) (SARMENTO, 2009, p. 46).

Referido doutrinador aponta, como características centrais deste novo paradigma, a

valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição (SARMENTO, 2009, p. 49).

O jurista Eduardo Moreira (2008, p. 38-39) também arrola as principais características desse novo pensamento, as quais podem ser assim referidas: a) invasão da Constituição em todos os campos jurídicos e nos diversos planos estatal nacionais; b) proeminência do Poder Judiciário, como consequência do vínculo entre o direito real e pragmático com a nova proposta teórica; c) revisão completa da teoria da interpretação, da teoria da norma e da teoria das fontes, ampliando-se o papel da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica; d) ênfase nos direitos fundamentais e na força normativa dos princípios e, via de consequência, na força normativa do próprio texto constitucional; e) uso da ponderação para a solução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais; e, f) utilização do raciocínio jurídico não só no domínio de aplicação judicial, mas também no âmbito das opções legislativas e das políticas públicas.

Impende ressaltar que, segundo Robert Alexy (2011), enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios opostos, que incidem na espécie e que igualmente buscam a prevalência de suas potencialidades, e pelas regras que, de algum modo, excepcionam o princípio que se pretende aplicar. Os princípios encerram mandados de otimização, que convivem harmonicamente e que, em caso de conflito, um deles será preponderante ao outro.

Finalmente, pode-se inferir que o pós-positivismo surge “a partir dos textos das Constituições analíticas e de cunho democrático, que, além de aberto e axiológico, abarca em seu conteúdo vários ramos do direito” (COSTA, 2011, p. 89), emergindo, daí, o fenômeno da constitucionalização do direito. Com esse novo

paradigma, o direito assume o papel de transformador da realidade social. Ele visa superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir, para que a lei viesse a ser a expressão jurídica, o processo legislativo. Essa abertura do sistema constitucional exige um novo raciocínio jurídico, de maior justificação, não sendo suficiente argumentar com a autoridade do órgão de que emana a regra, sendo imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas.

1.5. Direito à Saúde como mínimo existencial e dever do Estado

O direito à saúde indiscutivelmente relaciona-se, de forma direta, com o direito à vida. Conforme foi destacado anteriormente, a saúde pode estar ligada ao bem-estar físico, mental e social, e não apenas à ausência de doenças ou enfermidades. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por sua vez, englobou no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários.

Diante disso, falam-se em medidas de saúde preventiva e medidas de saúde curativa, sendo que a sua compreensão estaria relacionada à noção de mínimo existencial.

A formulação do conceito de mínimo existencial, de acordo com Ramon Fagundes Botelho (2011, p. 86), teve origem na Corte Constitucional Alemã, que extraiu o direito a um mínimo de existência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física.

Referido autor pontua que

Em doutrina, o primeiro autor a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, no início da década de cinquenta, considerou que o 'princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também, um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada' (BOTELHO, 2011, p. 87).

Constata-se, dessa forma, que inexistente um conteúdo fixo do Direito sobre o mínimo para uma existência condigna, e que tal conteúdo só poderá ser delimitado diante de um caso concreto, o qual poderá variar de um país para outro, de uma cidade para outra, como se pode verificar no Brasil com as diferenças regionais entre os Estados do Sul e do Norte.

Torres (2009, p. 8; 13) entende que “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Para esse doutrinador, o mínimo existencial carece de conteúdo específico, correspondendo a qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc), considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial.

Citado jurista (2009, p. 17), a propósito, elenca as formas de proteção ao mínimo existencial: a) pela entrega gratuita de prestações de serviço público específico e divisível, como prestação jurisdicional aos desfavorecidos, educação fundamental, saúde pública etc.; b) pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades; c) pela entrega de bens públicos (remédios, alimentos, vestuário etc.), independentemente de qualquer pagamento, sobretudo em casos de calamidade pública ou no âmbito de programas de assistência aos hipossuficientes (bolsa família, merenda escolar, bolsa escola etc.).

O direito ao mínimo existencial, portanto, corresponde a prestações (recursos, bens e serviços), cujas despesas respectivas são cobertas com a arrecadação de impostos, tributos de natureza não-contraprestacional, porquanto oferecidos de forma gratuita aos economicamente desfavorecidos.

O mínimo existencial, para Ruth Costa (2011, p. 98-99), é representado

Pelo núcleo essencial tanto dos direitos sociais quanto do princípio da dignidade humana, formando, assim, os enfoques social e individual do

aludido direito, bem como por estar ele fundamentado nos princípios da liberdade e da igualdade. Infere-se, ademais, que não se focaliza o mínimo existencial tão somente na preocupação da preservação da própria vida humana, o que parece por demais evidente, mas cuida também de preservar uma sobrevivência que atenda aos padrões elementares e desejáveis da dignidade.

Há de se considerar, contudo, em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, os direitos fundamentais e o mínimo existencial têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência de pessoas miseráveis.

1.6. Protagonismo do Poder Judiciário na Saúde e a Teoria da Separação dos Poderes

Inicialmente, cumpre destacar que a teoria da separação dos poderes, de acordo com Canela Junior (2011, p. 67), foi criada por Montesquieu, que condicionava a liberdade dos cidadãos à divisão das funções do Estado. Segundo o prestigiado teórico político, a reunião de tais poderes na mão de uma pessoa permite o surgimento de leis tirânicas, exequíveis igualmente de forma tirânica.

Elucidativa, a propósito, é a lição de Botelho, *in verbis*:

Apesar de ter adquirido consagração com a obra clássica de Montesquieu, a origem da teoria da separação dos poderes tem antecedentes mais antigos. Já Aristóteles, na 'Política', defendia a ideia de que a concentração do poder político nas mãos de um só homem, 'sujeito a todas as possíveis desordens e afeições da mente humana', era inconveniente e, com tal aviso, distinguia as funções do Estado em deliberante, executiva e judiciária (BOTELHO, 2011, p. 121).

A transição entre o Estado liberal e o Estado social¹ promove, quanto à

1

Para Paulo Bonavides: "Houve copiosas resistências à aceitação da expressão *Estado social*, particularmente quando ela foi introduzida em nosso País. Nunca li na literatura jurídica brasileira referência a esse Estado, antes da aparição do trabalho intitulado *Do Estado liberal ao Estado social*, de minha autoria, publicado em 1958, ao conquistar uma cátedra de Direito na Universidade Federal do Ceará. Expus e defendi naquele ensejo a tese de uma nova forma de organização para as instituições básicas da sociedade (...). Toda ordem econômica e social das

concepção de Estado e de sua finalidade, alteração substancial. No Estado liberal, o objetivo do princípio da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. Por sua vez, no Estado social, esse objetivo permanece, mas a ele é acrescentado, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos, o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta pró-ativa.

Na Constituição de 1988, a “separação de poderes” está logo no artigo 2º, sob o título dos princípios fundamentais, e constitui uma das quatro cláusulas pétreas do ordenamento jurídico brasileiro (art. 60, parágrafo 4º, inciso III).

A noção liberal de separação dos Poderes ou funções do Estado já não subsiste, tendo em vista as novas exigências a que o Estado deve satisfazer, e a nova configuração do poder, bem como suas inter-relações.

As funções públicas encontram-se, atualmente, vinculadas aos compromissos afirmados pela sociedade, predominantemente expressos na Constituição.

Exige-se, assim, um Judiciário não intervencionista, mas que, contudo, ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração pública se distanciar da programaticidade principiológica da Constituição.

A partir da compreensão de uma Teoria da Constituição adequada ao modelo brasileiro, em que a Constituição é considerada em seu efeito vinculativo e dirigente, rompe-se com a visão objetificada do princípio da separação de poderes. Denota-se que se deve buscar um sentido do princípio que vise, por meio da separação de

Constituições contemporâneas revela, todavia, de modo confessado ou implícito, como já se tem sobejamente observado, um certo grau de adesão ao princípio da estatalidade social. Mas tudo de acordo com os limites postos à intervenção do Estado na sobredita ordem” (2010, p. 381-382).

funções, ao controle do poder, mas, acima de tudo, que objetive, com vistas à materialização dos preceitos constitucionais, a cooperação harmoniosa dos poderes.

Assim, em face do compromisso inerente à noção do Estado Democrático de Direito, o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido como um meio de realização e nunca como um entrave metafísico para a realização dos direitos fundamentais sociais, devendo, portanto, evoluir a clássica noção de separação de poderes.

Certamente o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo na realização do direito social da saúde, porém é o de dirimir conflitos nos termos da Constituição Federal e das leis do país.

Todo ato que cause uma lesão a direito fundamental estará, pois, sujeito a controle, uma vez que a atuação estatal vincula-se à Constituição. As lesões, por outro lado, podem decorrer de conduta comissiva ou omissiva do Estado, gerando, como consequência, a obrigação de realizar prestações negativas ou positivas.

O direito à saúde não é um direito que deva ser compreendido individualmente, mas deve sê-lo de maneira a agradar ao bem comum, às efetivas e reais condições de possibilidade para uma existência de todos em sociedade.

A ausência ou insuficiência de garantias jurídicas, para a concretização dos direitos fundamentais, não implica reduzi-los a meras exortações ao poder público. Os direitos econômicos, sociais e culturais dependem, para realizarem-se, em grande medida, de ações governamentais e de políticas públicas. A omissão ou a ação deficiente do Estado não retira, todavia, a juridicidade nem a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. A essência dos direitos subjetivos não é, pois, a sua realização forçada, mas a devida atribuição a cada pessoa dos bens da vida que lhe pertencem: a todos os seres humanos devem ser atribuídas condições sociais de vida digna. As garantias para a concreta e coativa efetivação desses direitos são extremamente relevantes, mas a sua inexistência não nega os direitos subjetivos,

transformando-os em meros lembretes. O grande desafio do tempo presente é, não obstante, a construção de técnicas jurídicas capazes de promover a realização desses direitos fundamentais.

Existindo políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas individuais ou coletivas, identificar quais as razões que a Administração agiu ou se omitiu, verificando se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. Ressalte-se que não cabe ao judiciário formular, por vontade própria e de ofício, políticas sociais e econômicas na área da saúde.

A intervenção do Poder Judiciário na área da saúde vem sendo alvo de várias críticas, tanto contrárias, quanto favoráveis à sua atuação. O próprio Ministro Gilmar Mendes destaca que

Assim, ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. Nesse sentido, registre-se, *v.g.*, o denominado problema da 'judicialização do direito à saúde'. Esse ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias (MENDES, 2013, p. 608).

São inevitáveis, no caso de análise desses direitos sociais, os juízos de ponderação, diante desse contexto de colisão entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Alexy, a propósito, constata a necessidade de um modelo que leve em consideração os argumentos favoráveis e desfavoráveis aos direitos sociais, nos seguintes moldes:

Considerados os argumentos contrários e favoráveis aos direitos

fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (...). De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2011, p. 511-512)

Diante desse contexto, verificado que a saúde é um direito fundamental social, previsto constitucionalmente na Carta Maior de 1988, a atuação do Poder Judiciário se justifica, dependendo das especificidades que circundam o caso concreto, diante da viabilidade de redução do risco de doenças e outros agravos – a exemplo de tratamentos medicamentosos, transplante de órgãos, ações de vigilância sanitária –, bem como ações e omissões, sobretudo preventivas de endemias e epidemias, na medida em que isso se mostrar necessário para a preservação e salvaguarda das condições mínimas de saúde das pessoas.

A propósito, essas condições mínimas de existência digna, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado como norteador da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), devem ser observadas pelos administradores, não sendo admissível a mera alegação de insuficiência de recursos, como argumento apto a desautorizar a intervenção judiciária na implementação do direito social à saúde.

1.7. Limites da atuação judicial na perspectiva de Dworkin e Habermas

Os ensinamentos do americano Ronald Dworkin assumem grande importância para os constitucionalistas contemporâneos, uma vez que trazem à baila uma discussão tradicionalmente contornada pela dogmática positivista, consistente no paralelo entre Direito e Moral.

Vários juristas buscam na justificação e racionalização do processo de decisão dos juízes um elemento de manutenção dos princípios da democracia. A propósito, Eduardo Appio (2012, p. 32) cita como exemplo o alemão Robert Alexy, que “enuncia, já no início de uma de suas obras, a importância da discussão acerca dos processos de racionalização na tomada de decisões dos juízes”.

Dworkin defende, a partir do direito de cada cidadão a um tratamento justo e isonômico, uma concepção substancial do princípio democrático. De acordo com este autor, existe uma distinção entre as concepções majoritárias e a constitucional da democracia, cabendo destacar que

No primeiro caso, não se aceita que uma posição contramajoritária dos juízes possa prevalecer, a partir de uma leitura moral da Constituição. Já a partir de uma concepção constitucional da democracia, os juízes estão autorizados a limitar a vontade das maiorias parlamentares através do controle de constitucionalidade, sempre que não forem observadas ‘condições democráticas’, ou seja, sempre que o processo legislativo deixar de tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração (APPIO, 2012, p. 32).

A igualdade admitida por Dworkin é a igualdade instrumental de acesso a bens e serviços prestados pelo Estado.

Dworkin (2010) apresenta ainda diferenças entre princípios e políticas, visando demonstrar, a partir dos princípios, os quais deverão guiar os juízes em suas tomadas de decisões, a existência de uma unidade intrínseca inerente ao Direito. Nessas circunstâncias, os julgadores estarão vinculados a uma ordem moral superior, já que suas decisões deverão ser fundamentadas em princípios, não em estratégias políticas.

A propósito, Dworkin destaca que

os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...). Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política.

(...).

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, (...), são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas. (DWORKIN, 2010, p. 129-132).

Ademais, conforme adverte Eduardo Appio (2012, p. 34), “o Direito como integridade insiste na observância dos precedentes já existentes sobre o tema, na fundamentação das decisões (vertical), bem como na manutenção dos mesmos fundamentos nas decisões futuras (horizontal)”.

Destarte, as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios são compatíveis com os princípios democráticos. Os princípios, para o autor, representam a dimensão da moralidade.

Os argumentos de princípio, na concepção de Dworkin, seriam aqueles destinados a estabelecer um direito individual, ao passo que os argumentos de *policy* destinar-se-iam a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios seriam proposições que descreveriam direitos, enquanto as políticas afirmar-se-iam como proposições que descreveriam objetivos (DWORKIN, 2010, p. 141). Exatamente por prescreverem direitos, isto é, objetivos políticos individualizados, os princípios gozariam de certo peso contra as metas coletivas em geral, podendo ser limitados apenas por outros princípios ou por metas coletivas de urgência especial.

Ronald Dworkin rejeita, portanto, uma concepção jusnaturalista do Direito, uma vez que sustenta que a toda pretensão jurídica corresponde uma ideia original, não havendo espaço para uma criação discricionária do juiz (APPIO, 2012, p. 34).

Assim, as decisões judiciais devem ser proferidas em estrita observância de princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento jurídico, sob pena de serem ilegítimas ao afrontarem o sistema representativo sobre o qual se

baseia a democracia, gozando os juízes de uma prática interpretativa, na qual se combinam princípios e determinações de objetivos políticos do legislador.

Ronald Dworkin (2000, p. 27) argumenta que

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está na mão do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere (...) devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder (...) (DWORKIN, 2000, p. 27)

É cediço que tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, os grupos empresariais exercem grande influência no processo de definição de políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, excluindo, na maioria das vezes, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal. Eduardo Appio acrescenta ainda que

Em artigo publicado em jornal de grande circulação no Brasil, Dworkin refere que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas sim, um instrumento viável, e que se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana (...). No caso brasileiro, a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre uma crítica mais intensa pela sociedade e pelos membros dos demais Poderes, os quais, tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – cada vez mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade. Dworkin irá sustentar que a atividade judicial se funda num peculiar tipo de argumento, de natureza principiológica, o qual deve prevalecer em relação aos argumentos de natureza política. Neste sentido, estabelece uma distinção entre as decisões políticas de capital importância para a presente tese, qual seja, entre questões sensíveis à eleição e questões insensíveis à eleição, concluindo que as questões de política são sensíveis à eleição (e à vontade da maioria), enquanto que as questões de princípio não são sensíveis à eleição, permitindo, portanto, a intervenção reguladora dos juízes. (...). Nesta concepção substancial de democracia, os juízes possuem uma grande importância, pois será através da interpretação judicial dos princípios constitucionais que o espaço destinado a cada um dos órgãos do Estado será fixado (APPIO, 2012, p. 36-37).

Denota-se, portanto, que, diante da concepção substancial de Dworkin sobre a democracia, o processo de formulação das políticas públicas é uma questão sensível à eleição, razão pela qual se admite o protagonismo judicial.

A teoria do direito como integridade deve reproduzir, assim, a ideia de coerência e congruência em relação a certos princípios de retidão moral como a equidade, a justiça e o devido processo legislativo.

A jurisdição constitucional, portanto, pode, em nome do povo, corrigir os atos inconstitucionais praticados pelos seus representantes políticos. Quando assim age, não se volta contra o povo, mas para protegê-lo contra as ações e as omissões inconstitucionais dos seus governantes.

Neste sentido, expõe Ronald Dworkin:

Se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele. Mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação específica anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação. O ponto está, certamente, no fato de que se o dever tivesse sido criado por lei, o réu teria tomado conhecimento desse dever de maneira muito mais explícita, e seria razoável esperar que organizasse seus negócios de forma a precaver-se contra as consequências do cumprimento do dever. Mas um argumento de princípio nos leva a considerar, sob uma nova luz, a reivindicação do réu de que é injusto surpreendê-lo com a decisão. Se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio da publicação em uma lei. Por outro lado, se a reivindicação de o demandante for duvidosa, o tribunal deverá, até certo ponto, surpreender qualquer uma das partes com sua decisão. Se o tribunal decidir que, pesadas as razões de ambas as partes, o argumento do demandante é o mais forte, também terá decidido que, comparadas com a da parte contrária, as expectativas do demandante eram mais justificadas. O tribunal pode, sem dúvida, equivocar-se ao extrair essa conclusão; mas essa possibilidade não é uma consequência da originalidade de seu argumento, pois não há nenhuma razão para supormos que um tribunal tolhido pela exigência de que suas decisões não sejam originais venha a cometer menos erros de princípio do que um tribunal que não seja submetido a semelhante embaraço (DWORKIN, 2010, p. 134-135).

A legitimidade do Judiciário, nesses moldes, ao tutelar os direitos fundamentais e, inclusive, ao formular, ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido

substancial cabendo aos juízes a tutela constitucional dos direitos fundamentais.

Por sua vez, Habermas desenvolveu a teoria da ação comunicativa, a qual se funda, basicamente, na tentativa de solução de um problema de ordem política, qual seja, a legitimidade da ordem jurídica e os conflitos entre facticidade e validade, a partir de uma perspectiva sociológica (APPIO, 2012, p. 37), baseando-se na concepção de Kant sobre as diferenças entre a moralidade e a legalidade, buscando, com isso, explicitar, a partir de uma legitimidade buscada no consenso, a vinculação dos cidadãos ao Direito.

A propósito, Habermas ressalta que

Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. (...). A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca. (...). Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação (1997, p. 141).

Referido doutrinador ressalta, ademais, que a moral atua no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, ao passo que o direito reporta-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação harmoniosa numa formação discursiva da opinião e da vontade. Habermas acrescenta, ainda, que

O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos da ação. No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais (1997, p. 150).

Diante desse contexto, observa-se que a análise de Habermas está focada na consideração de que será com o surgimento da modernidade que irá ocorrer uma modificação da consciência moral, sendo que, existindo nova dimensão da moral

institucionalizada ou convencional, ela se revelará fundamental para a especificidade de um novo direito.

Para isso, Habermas socorre-se de uma teoria, na qual todos os membros da comunidade jurídica são considerados sujeitos capazes de entendimento e, portanto, de comunicação, por meio da qual será possível a obtenção de consensos acerca da legitimidade das normas positivadas. A teoria da ação comunicativa vai buscar nos espaços paraestatais a formulação de políticas baseadas na deliberação e no consenso dos cidadãos, havendo, destarte, uma maior participação dos cidadãos. A legitimidade das normas jurídicas, obtida a partir da efetiva participação dos cidadãos, é que irá garantir sua validade.

Referida teoria apresenta uma alternativa ao positivismo jurídico e ao seu projeto de uma validade formal e absoluta, bem como a uma retórica de valores individualmente considerados, a partir da aplicação da regra de precedência condicionada, como proposta por Alexy.

Assim, o objetivo da teoria sustentada por Habermas é garantir as condições do processo democrático, eis que não admite a Constituição como uma ordem prévia de valores a serem descobertos pelos juízes, mas sim como o espaço para um amplo debate por meio do qual os próprios cidadãos irão definir o destino da comunidade (APPIO, 2012, p. 41).

Jürgen Habermas critica a concepção de Constituição como uma ordem jurídica global e concreta destinada a impor, *a priori*, uma determinada forma de vida à sociedade. Em razão disso, a Constituição deveria impor apenas procedimentos políticos para que os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, pudessem perseguir, cooperativamente, o projeto de produzir decisões justas (CAMBI, 2011, p. 283).

Verifica-se, destarte, que Habermas adotou uma concepção procedimentalista da democracia, ampliando, nesses moldes, de forma sensível, a necessidade de

observância pelos juízes das políticas públicas formuladas pela própria sociedade, o que corresponde a uma concepção pluralista da sociedade atual.

Habermas, inclusive, pontua que

a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva de fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfiados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado (1997, p. 239).

De acordo com Appio (2012, p. 41-42), no contexto brasileiro, é admitida a concepção de Habermas, porquanto

O caráter procedimental da jurisdição no Brasil impõe limitações à atividade judicial, caso se considere a democracia representativa – através da lei votada pelos representantes da nação – como a única e exclusiva alternativa. Contudo, uma interpretação aberta da Constituição brasileira de 1988 permite vislumbrar uma série de possibilidades distintas de superação dos modelos tradicionais de democracia representativa, de molde a incluir no debate constitucional atores sociais até então confinados aos guetos criados pela ciência do Direito e seus mitos dogmáticos.

A tese sustentada por Habermas parece adequada com a formulação de políticas públicas, pois, a partir dos procedimentos de fixação de um consenso possível que envolva os cidadãos diretamente afetados pela ação dos governantes, confere amparo à atuação judicial.

Cambi (2011, p. 284) destaca inclusive que “a teoria do consenso de Habermas está fundamentada na concordância potencial de todos como condição

da verdade”. A verdade jurídica é construída em um processo do qual participa o intérprete, não sendo demonstrada, mas legitimada mediante um processo de justificação.

Habermas funda, portanto, sua teoria no princípio da universalização, apoiando-se na situação ideal do discurso, na qual todos os participantes têm iguais direitos e não há, na busca de normas que possam ser aceitas por todos, nenhum elemento de coerção, respeitando às necessidades de cada indivíduo. Cito, por oportuno, o seguinte trecho de sua obra:

Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação. (...). Por isso as interpretações de casos singulares que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras (1997, p. 284-285).

Verifica-se, assim, que tanto Dworkin, que parte de um paradigma liberal, quanto Habermas, com o seu pensamento crítico, consideram a importância da soberania popular para a democracia, ou seja, a uma ideia que remonta à concepção de ‘vontade geral’. Habermas acredita que a intervenção judicial na formulação das políticas públicas se revela possível, já que as instâncias de democracia participativa legitimariam a intervenção positiva dos juízes. Dworkin chega ao mesmo resultado, mas através de via oposta, ou seja, considerando que numa democracia constitucional os juízes estão habilitados a expressar a única resposta correta, a partir da tradição, ou seja, do Direito como integridade.

Conclui-se, à luz da concepção procedimental sustentada por Habermas, que a formulação de políticas públicas será um processo operacionalizado a partir das escolhas da própria sociedade, prevalecendo os instrumentos de participação popular, tais como os conselhos deliberativos de políticas públicas.

Assim, quanto à possibilidade do protagonismo judicial, o entendimento dessas duas correntes contrapostas, (a corrente procedimentalista, ancorada, principalmente, nas ideias de Habermas, e a corrente substancialista, que busca sustentação no pensamento jurídico e político de Dworkin), podem ser assim resumidos:

No entendimento da corrente procedimentalista, o juízo de constitucionalidade de políticas públicas acaba por dificultar o exercício da cidadania participativa, favorecendo a desagregação social e o individualismo. O cidadão, colocando-se na posição de simples sujeito de direitos, assume uma posição passiva perante o Estado, uma espécie de cidadão-cliente, frente ao Judiciário de serviços.

A corrente substancialista, por seu turno, defende que o Estado constitucional exige uma redefinição do papel do Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado das leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais e a progressiva marcha da sociedade para um ideal de justiça substancial.

A judicialização das políticas públicas encontra seu fundamento na supremacia da Constituição, norma de caráter fundamental e superior a todos os poderes estatais. Ao efetuar o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, o Judiciário acaba por desempenhar sua função precípua, qual seja garantir a prevalência da Constituição.

Há que se refutar, ainda, o argumento da corrente procedimentalista, para a qual a justiciabilidade do Poder Público acaba por tolher a democracia participativa, transformando os cidadãos em clientes do Estado paternalista. Em verdade, o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem o implemento de ações governamentais à efetivação dos direitos sociais.

Neste sentido, deve ser salientada a acertada lição de Robert Alexy:

Uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem-fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto, e, nesse sentido, ser uma ordem-moldura. De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura. Isso é possível se ela, em primeiro lugar, obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, estabelece uma moldura; em segundo, faculta outras coisas, ou seja, aceita discricionariedades; e, em terceiro, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma constituição. A questão é saber se esse postulado pode ser satisfeito quando se pressupõe que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios (ALEXY, 2011, p. 584).

Embora Habermas admita que uma democracia procedimental – por meio dos mecanismos de democracia participativa, por exemplo – dependa de uma base social na qual os direitos iguais dos cidadãos conseguiram eficácia social, não se pode desprezar a importância da legitimidade do processo coletivo de formulação das políticas públicas no Brasil. Essa legitimidade, buscada por Robert Alexy em uma fundamentação racional das decisões judiciais, e por Ronald Dworkin em princípios morais, talvez esteja mais próxima do que se imagina, desde que se compreenda que o processo de decisão judicial não se resume a um ato isolado do juiz que, enclausurado em seu gabinete, decide qual é a política pública mais conforme à Constituição.

Demais disso, em matéria de direitos fundamentais sociais, deve-se buscar que o legislador não revogue (no todo ou em parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram um direito social constitucionalmente consagrado, como o é o direito à saúde.

Com isso, as pessoas poderão se desenvolver de forma livre e igual, uma vez que, identificando as minorias, necessitadas de um tratamento diferenciado, a atuação dos Poderes Públicos deverá buscar reduzir essas desigualdades.

No capítulo seguinte será abordada, tanto em seu contexto histórico, como nas Constituições do país, a evolução do direito à saúde infantojuvenil no Brasil.

CAPÍTULO 2. PROTEÇÃO À SAÚDE INFANTOJUVENIL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O objetivo do presente capítulo é apresentar a evolução da saúde, num contexto histórico, bem como nas Constituições Brasileiras, a fim de demonstrar que estudar a saúde sob a nova ótica conferida pela Constituição é de extrema relevância, traçando-se os limites e possibilidades da concretização judicial desse direito, com apoio na teoria dos direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida no Brasil e em outros países.

Será realizada, também, uma abordagem histórica da evolução da saúde infantojuvenil no nosso país, mormente em razão do menosprezo com a situação do menor nos tempos remotos, os quais ficavam sujeitos à Roda dos Expostos, aos Asilos, e apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, eles passaram a ser sujeitos de direitos, aos quais devem ser dispensados absoluta prioridade de tratamento, para poderem se desenvolver e se tornarem cidadãos com liberdade e igualdade de direitos.

De suma importância, ainda, a explanação acerca do Sistema Único de Saúde, que disponibiliza ações e serviços públicos de saúde a essas pessoas em desenvolvimento, às quais é garantido o atendimento integral e prioritário.

Destaque-se, a propósito, que dois anos após a publicação do Texto Maior de 1988, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990) reafirmando a defesa a essa parcela da população, considerando o atendimento a esses sujeitos como parte integrante das políticas sociais.

2.1. Evolução da Saúde no Brasil

Realizando uma retrospectiva histórica acerca da saúde em nosso país, o advogado José Lima Santana expôs que

a administração colonial portuguesa não se voltou para a relação explícita entre saúde e sociedade. Somente com a vinda da família real, no início do século XIX, seriam criadas as Academias médico-cirúrgicas, no Rio de Janeiro e na Bahia, depois transformadas nas duas primeiras escolas de medicina do país. Não se pode deixar de aludir à Carta Imperial de 1824, que repetia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, em França, cujo art. 23 qualificava os 'socorros públicos' como 'dívida sagrada'. Na Carta outorgada por Pedro I fazia-se menção à proteção social, no art. 179, inciso XXXI: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civil, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...). XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos (SANTANA, 2010, p. 50)

Esclarece, ainda, referido jurista:

nos aludidos socorros públicos incluía-se, claro, a assistência social. E nela estaria, por certo, a saúde. Contudo, a Lei Maior do Império, apesar de colocar a proteção social como um dos direitos humanos, não estabelecia o requisito basilar da exigibilidade. O liberalismo dominante impunha restrições descabidas. Em torno de 1829, foi criada a Junta de Higiene Pública, transformada, em 1851, em Junta Central de Higiene Pública. Porém, as atividades de saúde pública continuaram limitadas (SANTANA, 2010, p. 50-51).

Corroborando essa vertente, o mestre Ramon Fagundes Botelho (2011, p. 149) esclarece que o curso da saúde pública no Brasil iniciou-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa, ocasião em que eram implementadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. Referido jurista pontuou que “apenas entre 1870 e 1930 o estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo 'campanhista'”, o qual teve importante destaque “no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro”.

Destarte, no ano de 1923, foi editado o Decreto-Legislativo nº 4.682, conhecido como Lei Eloi Chaves, o qual assegurava o marco inicial na constituição do Sistema de Saúde, dentro do Sistema Previdenciário ali instituído. Verifica-se, assim, que a saúde foi estruturada como assistência médica vinculada ao mundo do trabalho e, por conseguinte, à Previdência Social (SANTANA, 2010).

Durante a aplicação do modelo campanhista, inexistiam ações públicas curativas, sendo que, somente a partir da década de 30, ocorreu a estruturação básica do sistema público de saúde, que passou a realizar também ações curativas, criando-se o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs). Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência (BOTELHO, 2011,p. 149).

Durante o regime militar, esses Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, ao qual se vinculavam o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, ocorrendo, a partir de então, uma importante modificação, porquanto todo trabalhador urbano que possuísse carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. Porém, grande parte da população brasileira, por não compor o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, da caridade pública (BOTELHO, 2011).

A partir da Constituição Federal de 1988, com a redemocratização, o art. 196 passou a dispor que a saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, além de instituir o “*acesso universal e recuperação*”. Com isso, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.

2.2. O direito à saúde nas Constituições Brasileiras

O fenômeno da constitucionalização é assinalado por Canotilho como a incorporação de direitos em normas formalmente básicas, com a subtração do seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário, tendo, como consequência mais notória, a proteção dos direitos fundamentais mediante o “controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores

destes direitos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas” (2000, p. 78).

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão.

A Constituição do Império (1824), de acordo com Gilmar Mendes (2013, p. 622), “fazia referência à garantia de socorros públicos (art. 179, XXXI)”.

Discorrendo, ainda, sobre a evolução histórica do direito à saúde nas Constituições brasileiras, o doutor Antonio Gelis Filho ressaltou que:

A Constituição de 1891, a primeira do período republicano, apresentava um feitiço extremamente liberal, sem qualquer previsão em relação à saúde. (...). A Constituição de 1934, promulgada já durante o período da ditadura Vargas, foi a primeira Constituição brasileira a contemplar com mais profundidade os temas sociais. Seu artigo 10 estabelece a competência para cuidar da saúde, sem que, entretanto tenha sido discutido o alcance dessa cobertura. (...). O artigo 121 introduz uma tradição de nosso direito constitucional: a explicitação da saúde como um direito ligado ao trabalho. (...). Já o artigo 138 introduz uma noção estranha à nossa realidade, a da eugenia como política de Estado. (...). No artigo 140, cristaliza-se a preocupação com o combate das endemias nacionais. (...). A Constituição de 1937 definiu o chamado “Estado Novo”. Virtualmente fechando ainda mais a ditadura que vivia o país, a Constituição de 1937 restringiu bastante a presença da saúde, regulando competências do poder de legislar sobre o assunto e prevendo proteção à saúde do trabalhador. (...). A Constituição de 1946 instituiu o regime que viria a ser conhecido como “República Populista”. Em relação à saúde, manteve sua discussão constitucional limitada à divisão de competências e proteção à saúde do trabalhador. Uma inovação foi a discussão da saúde em um contexto tributário. (...). A Constituição de 1967 seria modificada inteiramente pela emenda 1/69. (...). A par do binômio divisão de competências referente à saúde do trabalhador, a constituição prevê a assistência à saúde dos ex-combatentes da segunda guerra mundial e remete a um plano nacional de saúde que nunca seria implementado (GELIS FILHO, 2005, p. 56-62).

Por sua vez, a Constituição de 1988, contrariamente às anteriores, discute a saúde em muitos pontos distintos, sendo rica em dispositivos sobre a saúde em geral. A primeira referência aparece no artigo sexto, no qual a saúde é definida como sendo um direito social, fazendo menção específica, e pela primeira vez, à saúde infantil e, como nas outras constituições, de forma geral:

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

E continua no seu artigo 196:

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

Constata-se, destarte, que a saúde é um direito garantido a todos, independentemente de raça, sexo, credo, origem e outras possíveis discriminações fáticas ou jurídicas. Verifica-se, destarte, que se trata de um direito tanto individual quanto coletivo de proteção à saúde. A propósito, o ministro Gilmar Mendes ressalta que

a dimensão individual foi destacada pelo Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE n. 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que 'a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente', impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que 'a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)', legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço (2013, p. 622-623).

De outro lado, denota-se a existência de incumbência fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo esta uma competência comum, nos termos do artigo 23, inciso II, da CF/88, devendo desenvolver políticas públicas que tenham por fim a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais, e aos Municípios as suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, II, CF), e cooperação técnica e financeira com o auxílio da União e dos Estados (art. 30, VII, CF).

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, no artigo 22, inciso XXIII, dá

competência legislativa privativa à União para legislar sobre seguridade social, que se compõe da previdência social, da assistência social e da proteção e defesa da saúde. Já no artigo 24, inciso XII da Constituição Federal de 1988, se dá à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre a matéria.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIII - seguridade social;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

XV – proteção à infância e à juventude;

A Carta Magna admite, ainda, por conta de razões de gestão de recursos destinados à saúde, nos moldes do art. 34, inciso VII, alínea “e”, a intervenção da União nos Estados, e dos Estados nos Municípios.

Do mesmo modo, o município, por dotar de autonomia, fica também sujeito à intervenção, caso não aplique o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento dos serviços públicos de saúde (art. 35, inciso III, CF/88).

A Constituição admite, ainda, exceções ao princípio geral da proibição da acumulação de cargos públicos para profissionais de saúde, ao dispor

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

Por sua vez, o artigo 167, inciso IV, do Texto Maior de 1988 apresenta uma primeira norma tributária com referência à saúde, vedando “a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a (...) destinação de recursos

para as ações e serviços públicos de saúde”. Os recursos vinculados a finalidades específicas como saúde, por exemplo, serão utilizados, exclusivamente, para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Os artigos 194 e 195 da Constituição Federal apresentam alguns princípios gerais da seguridade social, que engloba saúde, previdência social e assistência social.

O legislador ordinário determinou, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/90).

No artigo 197, a Carta Magna estabelece o *modus operandi* da atuação do Estado, atribuindo aos termos da lei o modo de sua regulamentação, fiscalização e controle, admitida sua execução de forma direta (ou seja, pelo Poder Público) ou através de terceiros (pela iniciativa privada, na forma do artigo 199 da Constituição Federal):

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

O artigo 199, por sua vez, regula a participação da iniciativa privada e do capital estrangeiro, bem como prevê uma legislação sobre transplantes, proibindo sua comercialização.

O Poder Público é o responsável pelas ações e serviços de saúde, distinguindo-se da assistência à saúde pela iniciativa privada, que poderão participar de forma complementar Sistema Único de Saúde, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

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

Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados, quanto às condições para seu funcionamento, os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema único.

Após haver disposto sobre a saúde na seção anterior, a Constituição volta a tratar do assunto na seção sobre Comunicação, em que está prevista a necessidade de advertência sobre malefícios que possam decorrer do uso de determinada substância:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Preocupou-se aqui o legislador no direito fundamental à saúde dos seres humanos ao expor os malefícios que determinados produtos podem causar.

2.3. Incursão histórica dos direitos infantojuvenis

O Estatuto da Criança e do Adolescente abre a fase da garantia de direitos às crianças e aos adolescentes, que devem ser incluídos e não discriminados, tratados como cidadãos, pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito.

De acordo com Ardigó (2009, p. 48),

na época da colonização do Brasil, muitas doenças afligiam e dizimavam as crianças, como o sarampo, a varíola, verminoses, dermatoses e sarna, além da infecção chamada 'mal-de-sete-dias', resultante da inflamação do umbigo

do recém-nascido. Foi assim que, como historia Ariés (1984), para abrandar esse convívio com tantas mortes inocentes no seio das famílias, a Igreja Católica, na busca de compensação e explicação para essa tragédia, utilizou a associação medieval europeia de crianças com os anjos, na criação da figura do filho que, ao morrer, puro e inocente, tornava-se um anjinho do Senhor que ia para o céu.

A primeira manifestação de proteção legal à infância aconteceu, no Brasil, em 1823, quando foi divulgada uma das primeiras leis da Constituinte, na qual se deliberava, visando proteger a gestação da escrava, que, do terceiro mês da gestação até o nascimento do filho, executaria apenas trabalhos domésticos. Depois do nascimento da criança, teria trinta dias de repouso; transcorrido esse tempo, trabalharia perto do rebento até que este atingisse um ano de idade (ARDIGÓ, 2009, p. 51).

Em 1901 foi fundado o Instituto de Proteção e Assistência à Infância do Rio de Janeiro, por Moncorvo Filho, dando início ao exame médico das nutrizes, uma vez que

Por observações próprias e também por influência da medicina europeia, difundia-se entre os médicos brasileiros a ideia da mortalidade infantil associada ao aleitamento mercenário – para o qual se ofereciam mulheres brancas e negras, nacionais e estrangeiras. Passaram então a reivindicar uma regulamentação sobre a matéria (RIZZINI, 2011, p. 180).

Em 12 de outubro de 1927, foi promulgado, por meio do Decreto 17.943-A, o primeiro Código de Menores do país, também conhecido por Código Mello Mattos, por meio do qual o Estado se torna oficialmente responsável pela assistência aos menores desassistidos (ARDIGÓ, 2009).

A Constituição de 1934 – ao proibir o trabalho aos menores de quatorze anos, trabalho noturno aos menores de dezesseis anos e aos menores de dezoito anos de idade foi vedado o trabalho insalubre – deu à criança e ao adolescente amparo constitucional. Ademais, a maternidade e a infância passaram a receber assistência (ARDIGÓ, 2009).

A Constituição de 1937 garantiu acesso ao ensino público gratuito àqueles

que o necessitassem (ARDIGÓ, 2009).

Em 1940, foi publicado o Decreto-lei nº 2.024, que fixou as bases da organização da proteção à maternidade, à infância e à adolescência no país, determinando a criação de um órgão federal, subordinado ao Ministério da Educação e Saúde, para coordenar as atividades relativas à nova política: o Departamento Nacional da Criança, ao qual competia estudar e divulgar o “problema social da maternidade, da infância e da adolescência” (art. 5º), e conceder auxílio federal aos Estados e subvenção às instituições de caráter privado para a manutenção e desenvolvimento de serviços dirigidos a esta população, bem como fiscalizar a execução dos mesmos (RIZZINI, 2011, p. 270).

Com a Constituição de 1946, foi imposto ao Estado o dever de proteger e assistir a maternidade, infância e adolescência, proibindo o trabalho noturno aos menores de dezoito anos (ARDIGÓ, 2009).

No plano internacional, a garantia dos direitos das crianças e adolescentes foi representada pela reunião das Nações Unidas, que, com a finalidade de garantir a universalização dos direitos humanos infantojuvenis, fundados na dignidade, no valor do ser humano e na busca do progresso social e de melhores condições de vida com liberdade ampla, proclamou algumas convenções sobre os direitos das crianças.

Em Genebra, no ano de 1924, e, em seguida, na Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, foi proclamada a necessidade de proteção especial para às crianças, sendo a estas proporcionadas, por lei e por outros meios, oportunidades e facilidades, tudo com o objetivo de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, sempre com a garantia plena de liberdade e dignidade, conforme se verifica no princípio 2º da declaração universal dos direitos da criança (ONU, 1959) *in litteris*:

Direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Com a proclamação das declarações de direitos das crianças por parte das Nações Unidas de 1959, ficou clara a necessidade de proteção especial para o gozo por parte desses sujeitos dos direitos e das liberdades, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, principalmente em razão da imaturidade física e mental, que termina por dificultar a luta para materialização dos direitos fundamentais.

Em 1984, foi criado, no Brasil, o Programa de Atenção Integral à Saúde da Criança (PAISC), que, de acordo com a tese de doutorado apresentada pela enfermeira Francisca Georgina Macêdo de Sousa (2008, p. 62), envolvia cinco ações básicas, que poderiam ser assim relacionadas:

acompanhamento sistemático do crescimento e do desenvolvimento; estímulo ao aleitamento materno e orientação alimentar para o desmame; assistência e controle das infecções respiratórias agudas; controle das doenças diarreicas, e controle de doenças preveníveis por imunização. As ações nele preconizadas haviam sido propostas no sentido de atender aos agravos mais frequentes e importantes das crianças na faixa etária de zero a cinco anos de idade. O programa apresentava diretrizes para o atendimento da população infantil nos serviços de saúde em todos os níveis do governo federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1984). Assim, o PAISC foi concebido com o objetivo de promover a saúde integral da criança, melhorar a qualidade do atendimento e aumentar a cobertura dos serviços de saúde respondendo ao desafio de enfrentar os fatores condicionantes e determinantes da morbimortalidade infantil no país. (BRASIL, 1986).

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, ao adotar a doutrina da proteção integral, inovou na proteção à criança e ao adolescente, consoante se verifica no disposto no artigo 227, abaixo transcrito:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão (grifado).

A proteção integral pode ser definida como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

No ano seguinte, foi realizada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), aprovada, em 20 de novembro de 1989, pela Assembleia Geral da ONU, do qual o Brasil foi signatário. Referida Convenção estabelecia como direito da criança a proteção contra tudo que a ameace, sendo consagrados os seguintes direitos:

A Convenção define como criança qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade (artigo 1), cujos 'melhores interesses' devem ser considerados em todas as situações (artigo 3). Protege os direitos da criança à sobrevivência e ao pleno desenvolvimento (artigo 6), e suas determinações envolvem o direito da criança ao melhor padrão de saúde possível (artigo 24), de expressar seus pontos de vista (artigo 12) e de receber informações (artigo 13). A criança tem o direito de ser registrada imediatamente após o nascimento, e de ter um nome e uma nacionalidade (artigo 7), tem o direito de brincar (artigo 31) e de receber proteção contra todas as formas de exploração sexual e de abuso sexual (artigo 34) (ARDIGÓ, 2009, p. 65)

Apresentadas as linhas gerais acerca dos direitos infantojuvenis, é imperioso frisar que as diferenças biológicas entre crianças, adolescentes e adultos justificam e legitimam desigualdades, surgindo, dessa forma, a necessidade de defesa dos direitos dessas minorias, pessoas em desenvolvimento, inclusive com direitos tutelados constitucionalmente com prioridade absoluta.

Nesse contexto, com a evolução dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, estes deixaram progressivamente de ser objetos de direitos, passando a sujeitos de direitos com proteção especial, sendo a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, no plano internacional, e a Constituição Federal de 1988, no plano nacional, símbolos de mudança efetiva de posicionamento, como foi muito bem demonstrado por Hermes Siedler da Conceição Júnior e João Hélio Ferreira Pes, em artigo intitulado "Os Direitos das Crianças e Adolescentes no Contexto Histórico dos Direitos Humanos":

O reconhecimento de cada criança e adolescente como sujeito de direito, deixando de ser objeto de direito, podendo invocar todos os direitos humanos de proteção que tocam a um adulto e outros direitos próprios das pessoas que estão nessa condição, somente ocorreu num período muito recente, tendo como marco internacional, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, e como marco jurídico interno, a Constituição de 1988, sendo que esta ao incluir conteúdo de proteção às crianças teve uma influência das discussões preparatórias da citada Convenção, ocorridas na esfera internacional (PES, 2010, p. 35)

Ressalto, porém, que, decorridos mais de vinte e cinco anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda é necessário enfatizar que os direitos das crianças e adolescentes são considerados fundamentais, uma vez que são garantidos na Constituição, que é a carta de compromissos firmados pelo Constituinte, servindo, portanto, de referencial ao aplicador do direito.

Quanto às garantias constitucionais relativas aos direitos infantojuvenis, importa destacar que, além dos direitos garantidos especificamente no referido artigo 227, em que existe a previsão relativa à proteção integral, bem como a prioridade absoluta, que deve ser garantida às crianças e aos adolescentes, o constituinte em artigos espalhados pela constituição estabeleceu a existência de vários outros direitos fundamentais infantojuvenis, a seguir transcritos, de forma exemplificativa: a) educação em creches para crianças com até cinco anos de idade (arts. 7º, XXV, e 208, IV); b) segurança no trabalho (art. 7º, XXXIII); c) assistência social (art. 203, I, e II); d) priorização na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º), inclusive com a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde materno-infantil, e criação de programas de prevenção e atendimento especializado aos portadores de deficiência física, sensorial ou mental, buscando ao máximo a integração do adolescente ao trabalho, bem como a convivência e facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos (art. 227, § 1º, I e II).

Saliente-se, outrossim, que o legislador infraconstitucional, visando positivar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, complementou as normas constitucionais relativas aos direitos infantojuvenis, ao estabelecer direitos

fundamentais, gerais e especiais, bem como direitos sociais, econômicos e culturais, ao estatuir o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.096/90), garantindo, assim a “proteção integral à criança e adolescente”, deixando bem claro que os pequenos são “pessoas em condições peculiares de desenvolvimento” e “sujeitos de direitos”, necessitando de uma proteção diferenciada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

Ao comentar a criação desta norma, Irene Rizzini e Francisco Pilotti destacaram que

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de julho de 1990, revoga o Código de Menores de 1979 e a lei de criação da FUNABEM, trazendo detalhadamente os direitos da criança e do adolescente já em forma de diretrizes gerais para uma política nessa área. Adota expressamente em seu artigo 1º a *Doutrina da Proteção Integral* que reconhece a criança e o adolescente como cidadãos; garante a efetivação dos direitos da criança e do adolescente; estabelece uma articulação do Estado com a sociedade na operacionalização da política para infância com a criação dos Conselhos de Direitos, dos Conselhos Tutelares e dos Fundos geridos por esses conselhos; descentraliza a política através da criação desses conselhos em níveis estadual e municipal, estabelecendo que em cada município haverá no mínimo, um conselho tutelar, composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local, de acordo com a lei municipal; garante à criança a mais absoluta prioridade no acesso às políticas sociais; estabelece medidas de prevenção, uma política especial de atendimento, um acesso digno à Justiça com a obrigatoriedade do contraditório. O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) é consoante à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20/11/1989 (RIZZINI, PILOTTI, 2011, p. 81)

Com a promulgação do ECA, as crianças e os adolescentes passaram a ser denominados sujeitos de direito, cidadãos.

Diante disso, passou-se a respeitar essas pessoas em fase distinta de desenvolvimento, as quais não se podia atribuir o mesmo tratamento dispensado a um adulto, sob pena de não se garantir a equidade.

O ECA é constituído de dois livros. O primeiro diz respeito à parte geral,

contendo títulos que versam sobre a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais. O segundo refere-se à parte especial, e nele estão inseridos os artigos que abordam as políticas de atendimento, as medidas de proteção, prática do ato infracional, responsabilidades dos pais ou responsáveis e o Conselho Tutelar, entre outras.

O segundo artigo da Lei define a criança como sendo a pessoa com até doze anos incompletos. O adolescente passou a ser definido como pessoa que possua idade entre doze e dezoito anos.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral. Acrescenta, ainda, que aos menores são asseguradas facilidades e oportunidades, as quais lhes propiciem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Isso, em condições de liberdade e dignidade.

Inadmissível, portanto, é o tratamento de forma indigna dispensado à criança e ao adolescente, o que poderá ser considerado como crime, conforme os artigos 228 e seguintes do ECA.

O preceito contido no artigo 4º do ECA apenas repete o que está disposto no artigo 227 da Constituição Federal, ou seja, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, vários direitos, como a saúde, por exemplo.

Constata-se, destarte, que não compete apenas à família, à comunidade e ao Estado, mas também à sociedade, envidar esforços no sentido de que seja dada ao menor a proteção integral, caracterizando, portanto, o princípio da cooperação.

O parágrafo único do artigo 4º do Estatuto esclarece as formas em que a garantia da prioridade é considerada. Assim, as crianças e os adolescentes

possuem preferência em receber proteção e socorro em qualquer circunstância; precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder; primazia na formação e execução das políticas sociais básicas e destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e juventude.

É claro que a norma não é suficiente para que o melhor se concretize. Os recursos destinados devem ser adequadamente empregados, bem como deve ser realizada uma fiscalização para a correta aplicação deles.

O artigo 6º do ECA ressalta a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, ou seja, são sujeitos especiais de direito. Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em defesa do direito à vida e à saúde, preceitua várias medidas de caráter preventivo, além de políticas sociais públicas que permitam o nascimento sadio.

Assim, assegura-se à gestante o atendimento pré e perinatal pelo Sistema Único de Saúde, com atendimento médico adequado. O mesmo médico deve acompanhar fase pré-natal (art. 8º do ECA).

Também, na defesa do direito à vida e à saúde, o Estatuto preceitua normas que atingem os responsáveis pelos estabelecimentos hospitalares, sempre no sentido de propiciar à criança e ao adolescente a proteção integral, estabelecendo em seu artigo 10 o dever de:

- I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;
- II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;
- III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;
- IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;
- V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

O descumprimento de quaisquer dos deveres tratados no artigo 10 são tipificados, nos termos dos artigos 228 e 229 do ECA, como delito.

O artigo 11, por sua vez, garante a toda criança e adolescente um tratamento igualitário, independentemente de sua condição social. Ademais, aos portadores de deficiência será dispensado atendimento especializado, de acordo com suas necessidades. Referida norma tem sua origem no artigo 23, n. I, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

No caso de internação da criança e do adolescente, os hospitais deverão proporcionar condições para que um dos pais possa permanecer com o paciente, nos moldes do disposto no artigo 12. Certamente que a presença de um deles contribuirá para uma recuperação mais célere, além de ter um caráter de fiscalização.

Referente aos maus-tratos sofridos pelos menores, o artigo 13 do ECA preceitua que, nos casos de suspeita ou confirmação de sua ocorrência, o Conselho Tutelar deve ser comunicado, sem prejuízo de outras providências legais.

É evidente que em tais situações a autoridade policial ou o Ministério Público também deve ser informado.

A depender das circunstâncias, os pais podem ser suspensos ou destituídos do pátrio poder. O tutor e o guardião podem também ser destituídos de suas autoridades. Além do mais, o infrator estará sujeito a sanções penais. O artigo 232 do Estatuto trata do delito de submissão da criança ou do adolescente, sob sua vigilância, a vexame ou a constrangimento, com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Verifica-se, destarte, que o ECA, em consonância com a Constituição Federal, tratou, de forma sistemática, das garantias dos direitos fundamentais, tutelando o direito à vida e à saúde (arts. 7º ao 14); à liberdade, ao respeito e à dignidade

humana (arts. 15 a 18); à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52); à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59); à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69), com a ressalva de que, em razão do caráter exemplificativo estabelecido no ECA, é possível a disciplina de outros direitos fundamentais das crianças e adolescentes em diplomas legais diversos.

As garantias – como direitos fundamentais das crianças e adolescentes – estabelecidas no Estatuto são frutos da doutrina da proteção integral, adotada pela legislação infraconstitucional, com base no princípio da prioridade absoluta prevista na Constituição Federal (art. 227), fortalecido no Brasil com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), por meio do Decreto nº 678/1992, ao estabelecer em seu artigo 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição (...) requer”.

Impende destacar que, em 2005, o Ministério da Saúde apresentou a “Agenda de Compromissos com a Saúde Integral da Criança e a Redução da Mortalidade Infantil”, cujo objetivo era apoiar a organização de uma rede única integrada de assistência à criança, identificando as principais diretrizes a serem seguidas pelas instâncias estaduais e municipais (FRIAS; MULLACHERY; GIULIANI; 2009, p. 93).

De acordo com Frias, Mullachery e Giuliani (2009, p. 93), os principais eixos das linhas de cuidado na Agenda abrangem:

o nascimento saudável (anticocepção e concepção, prevenção, diagnóstico e tratamento das DST/Aids, saúde dos adolescentes, atenção pré-natal, parto e puerpério e urgência, emergência materna e neonatal); as crianças menores de um ano (cuidados com o recém-nascido – RN, acompanhamento do RN de risco, triagem neonatal, aleitamento materno, saúde em instituições de educação infantil e atenção às doenças prevalentes) e as de 1 a 6 anos e 7 a 10 anos (saúde em instituições de educação e atenção às doenças prevalentes).

Citados autores destacam que, em 2008, foi lançado pelo Ministério da Saúde o programa “Mais Saúde: Direito de Todos”, sendo que no eixo “Promoção da Saúde” uma das medidas voltadas para as crianças foi a implantação da política “Brasileirinhos Saudáveis: primeiros passos para o desenvolvimento nacional”, que

prevê ações de promoção e monitoramento para gestantes e crianças de zero a cinco anos.

Denota-se, com isso, que chegamos ao século XXI com as crianças e adolescentes tendo seus direitos legalmente reconhecidos, o que não indica que todos esses direitos estejam sendo traduzidos em práticas sociais de acolhimento respeitoso para com esses sujeitos, justificando a continuidade de luta pela implantação e implementação de políticas públicas que consigam retirar as crianças e os adolescentes de situações como essas que serão apresentadas.

A taxa de mortalidade de crianças de 0 a 6 anos de idade, no Brasil em 2008, relacionada a afecções originadas no período perinatal corresponde a 47,2% (CIESPI, 2010), o que demonstra ainda a necessidade de acompanhamento de gestante.

De outro lado, de acordo com informações contidas na cartilha: Saúde da Criança – Materiais informativos, desenvolvida pelo Ministério da Saúde (2007), as causas externas (acidentes e violência) representaram 13,7% do total de óbitos por causas definidas, em 2006, correspondendo a 124.935 mortes, ou seja, a terceira maior causa de mortalidade na população infantojuvenil geral.

Nesse diapasão, essas causas externas se apresentam como a primeira causa entre os adolescentes e crianças a partir de um ano de idade (BRASIL, 2007, p. 11).

Conforme, ainda, dados da referida cartilha, as principais causas de óbito entre crianças de 0 a 9 anos, em 2006, abrangem os acidentes de transporte (31,5%), afogamentos (22,7%) e os riscos à respiração (16,5%), aparecendo as agressões (violências) como a quarta causa de mortalidade (BRASIL, 2007, p. 11).

Segundo, ainda, essa pesquisa, na faixa etária de 10 a 19 anos de idade, as violências correspondem a 52,9% dos óbitos, seguidas pelos acidentes de

transporte (25,9%) e afogamentos (9,0%), sendo que na faixa de 10 a 14 anos, as principais causas de óbitos foram os acidentes de transportes (35,9%) e nos adolescentes de 15 a 19 anos, as mortes decorrentes de violência correspondem a 58,7% (BRASIL, 2007, p. 12).

Mister é ressaltar que, em 2006, o Ministério da Saúde implantou em vinte e sete municípios brasileiros, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Módulo de Vigilância de Violências e Acidentes (VIVA), a partir da ficha de notificação de violência doméstica, sexual e outras violências (BRASIL, 2007, p. 12).

Assim, no período de 2006 a 2007, dados coletados pelo VIVA indicaram que a violência sexual foi a principal causa de atendimentos nos serviços de referência de violências (Ministério da Saúde, 2007, p. 12), tanto entre crianças de 0 a 9 anos, quanto na faixa etária de 10 a 19 anos.

Nesse contexto, observa-se a necessidade de políticas públicas para a prevenção desses acidentes de transporte, não sendo necessária tão somente a exigência de cadeiras de segurança no transporte de crianças.

Cumprir destacar, por fim, que, no último 2 de agosto (2.8.2013), o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, por meio da sala virtual de imprensa de sítio, noticiou que a mortalidade infantil caiu, em 1980, de 69,1%, para 16,7% em 2010, representando um declínio nos níveis de mortalidade infantil de 75,8% nos últimos 30 (trinta) anos.

O IBGE atribuiu essa queda a diversos fatores, dos quais destacam-se:

o aumento da escolaridade feminina, a elevação do percentual de domicílios com saneamento básico adequado (esgotamento sanitário, água potável e coleta de lixo), a diminuição da desnutrição infanto-juvenil e um maior acesso da população aos serviços de saúde, proporcionando uma relativa melhoria na qualidade do atendimento pré-natal e durante os primeiros anos de vida dos nascidos vivos. Também são notáveis as ações diretamente realizadas no intuito de reduzir a mortalidade infantil: campanhas de vacinação em massa, atenção ao pré-natal, incentivo ao aleitamento materno, entre outras (IBGE, 2013).

Constata-se, destarte, que as políticas públicas que vêm sendo adotadas têm surtido efeito, porquanto reduziram a taxa de mortalidade infantil, porém, ainda há muito a ser feito, a fim de resguardar os direitos dessas pessoas em desenvolvimento.

2.4. O Sistema Único de Saúde (SUS):

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 198, os princípios gerais do Sistema Único de Saúde, inclusive com previsão de vinculação de receitas, estatuidando que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

A direção do SUS, de acordo com o inciso I do artigo 198 da Constituição Federal, é única, sendo exercida em cada esfera do governo, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde e órgão equivalente; e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Passados dois anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde – SUS – foi regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, visando alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo, sob qualquer pretexto, proibidas cobranças de dinheiro.

O Sistema Único de Saúde – SUS, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde

é também um direito coletivo.

O Sistema Único de Saúde, nos termos do supracitado artigo, implica ações e serviços de instituições e órgãos públicos federais, estaduais e municipais da Administração Direta e Indireta e das Fundações mantidas pelo Poder Público, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito coletivo, de outro.

Compete ao Sistema Único de Saúde – SUS, entre outras atribuições (art. 200 da Constituição Federal de 1988):

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

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

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

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Verifica-se, assim, que, além de determinar a instituição de um sistema único e integrado de saúde, o constituinte estabeleceu, de forma ampla, as suas atribuições, adotando, segundo o critério da subsidiariedade, uma rede regionalizada e hierarquizada, como forma de melhor concretizar esse direito social.

A descentralização é um dos pontos mais importante do SUS, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região seriam mantidos, motivo pelo qual é importante a municipalização do financiamento e a conseqüente diminuição

centralizadora.

O financiamento do SUS está previsto no § 1º do art. 198 da Constituição Federal, que dispõe que esse financiamento será viabilizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes. O artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

A Emenda Constitucional n. 29/2000 procurou, ao estabelecer recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, dar um norte ao assunto; alterou a redação do artigo 34, VII, e, admitindo a possibilidade a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências (...) nas ações e serviços públicos de saúde”. Do mesmo modo, passou a admitir a intervenção dos Estados nos seus Municípios, e da União nos Municípios localizados em Território Federal (art. 35, III).

Referida Emenda determinou também o financiamento da saúde por meio de cada ente federativo, todavia remeteu a uma lei complementar a regulamentação dos percentuais, dos critérios de rateio e das normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Diante desse contexto, foi editada a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, a qual dispõe que, anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (art. 5º, *caput*). Os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, alínea *a* do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 6º), enquanto Municípios e Distrito

Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea *b* do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 8º).

Nos termos do art. 12 da citada Lei Complementar, os recursos, para serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde da União, serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde. O rateio dos recursos da União será transferido diretamente aos respectivos fundos de saúde dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde (art. 17), ao passo que o rateio dos recursos dos Estados transferidos aos Municípios seguirá o critério de necessidade de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais (art. 19).

Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos definidos na Lei, não podem ser computadas “despesas relacionadas com outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população” (art. 2º, III). O artigo 4º exclui do cálculo das despesas com saúde, por exemplo, o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde (inciso I), programas de merenda escolar (inciso IV), ações de saneamento básico (inciso V), limpeza urbana e remoção de resíduos (inciso VI), ações de assistência social (inciso VIII), obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde etc.

Assim, do ponto de vista do financiamento do SUS, denota-se que um modelo efetivo somente será alcançado mediante distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados.

Os princípios e diretrizes do SUS foram estabelecidos no artigo 3º da Lei

Orgânica da Saúde nº 8.080 de 1990, quais sejam:

a) Universalização do direito à saúde, que corresponde à garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema, garantido por uma rede de serviços hierarquizada e com tecnologia apropriada para cada nível. Todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades, até o limite que o Sistema pode oferecer para todos;

b) Descentralização com direção única para o sistema, isto é, a redistribuição das responsabilidades quanto às ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo (União, estados, municípios e Distrito Federal), partindo do pressuposto de que quanto mais perto o gestor estiver dos problemas de uma comunidade, mais chance terá de acertar na resolução dos mesmos;

c) Integralidade da atenção à saúde;

d) Participação popular visando ao controle social, ou seja, a garantia constitucional de que a população, por meio de suas entidades representativas, pode participar do processo de formulação das políticas e de controle de sua execução.

Constata-se, assim, que o Sistema Único de Saúde organiza, de acordo com os graus de complexidade, os serviços de saúde de forma hierarquizada pressupondo que todo atendimento prestado ao usuário seja universal, gratuito, de qualidade, resolutivo e sob controle da população.

Como objetivos do SUS, a Lei nº 8.080/90 define: a) a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; b) a formulação de políticas de saúde; c) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Como atribuições do SUS, ainda, a Lei nº 8.080/90 aponta: a) atuar na promoção de saúde com ações de: vigilância epidemiológica; vigilância sanitária; saúde do trabalhador; saúde ambiental; vigilância nutricional; fiscalização de produtos; atenção primária; b) atuar na assistência médica propriamente dita com o uso de recursos tecnológicos mais apropriados, na política de saúde e hemoderivados, e na política de medicamentos.

Buscou-se, ainda, definir na Lei nº 8.080/90 o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS atribuiu-se a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, no art. 17, atribui as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

Nesse diapasão, constata-se que Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Assim, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema.

Impende destacar que as relações entre as esferas do governo federal, estadual e municipal, para a gestão do SUS, foram disciplinadas pelas Normas Operacionais, as quais são instituídas por meio de portarias ministeriais. Tais normas

definiram as competências de cada esfera de governo e as condições necessárias para que estados e municípios pudessem assumir as novas atribuições no processo de implantação do SUS.

Demais disso, os critérios para que estados e municípios se habilitassem a receber repasses de recursos do Fundo Nacional de Saúde para seus respectivos fundos de saúde foram definidos pelas Normas Operacionais, condicionando a habilitação às condições de gestão definidas nas Normas Operacionais ao cumprimento de uma série de requisitos e ao compromisso de assumir um conjunto de responsabilidades referentes à gestão do sistema de saúde.

Já foram publicadas as seguintes Normas Operacionais Básicas: NOB-SUS 01/91, NOB-SUS 01/92, NOB-SUS 01/93 e NOB-SUS 01/96. Em 2001, foi publicada a primeira Norma Operacional da Assistência a Saúde (NOAS-SUS 01/01), que foi revista e publicada em 2002, como Norma Operacional da Assistência à Saúde 2002 (NOAS-SUS 01/02).

As Normas Operacionais Básicas foram instrumentos utilizados para a definição de estratégias e movimentos tático-operacionais que reorientavam, a partir da avaliação periódica de sua implantação e desempenho, a operacionalidade do Sistema Único de Saúde.

A Norma Operacional Básica do SUS 01/91 (NOB-SUS 01/91) foi editada pela Resolução do Inamps n. 258, de 7 de janeiro de 1991, e reeditada com alterações pela Resolução do Inamps n. 273, de 17 de julho de 1991, possuindo como principais pontos: a) equiparação de prestadores públicos e privados, no que se refere à modalidade de financiamento, que passou a ser, em ambos os casos, por pagamento pela produção de serviços; b) centralização da gestão do SUS em nível federal (Inamps); c) estabelecimento do instrumento convenial como a forma de transferência de recursos do Inamps para os estados, Distrito Federal e municípios; d) instituição da Unidade de Cobertura Ambulatorial (UCA), destinada a reajustar os valores a serem repassados aos estados, Distrito Federal e municípios. A cobertura

ambulatorial anual era obtida da multiplicação do valor da UCA pela população de cada unidade da federação; e) modificação do sistema de pagamento aos prestadores de serviços (entidades filantrópicas, hospitais universitários, entidades contratadas e conveniadas) com a implantação do Sistema de Informações Ambulatoriais do SUS (SIA/SUS); e f) consideração como “municipalizados” dentro do SUS os municípios que atendessem os seguintes requisitos básicos: f.1) criação dos Conselhos Municipais de Saúde; f.2) criação do Fundo Municipal de Saúde; f.3) Plano Municipal de Saúde aprovado pelos respectivos Conselhos; f.4) Programação e Orçamento da Saúde (PROS) como detalhamento do Plano de Saúde; f.5) contrapartida de recursos para a saúde do seu orçamento; f.6) constituição de Comissão de Elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS) com o prazo de dois anos para a sua implantação (BRASIL, 2011, p. 53-54).

A Norma Operacional Básica 01/92, aprovada por meio da Portaria n. 234, de 7 de fevereiro de 1992, do Secretário Nacional de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde e Presidente do Inamps, tinha como objetivos: normatizar a assistência à saúde no SUS, estimular a implantação, o desenvolvimento e o funcionamento do sistema e dar forma concreta e instrumentos operacionais à efetivação dos preceitos constitucionais da saúde (BRASIL, 2011, p. 54).

Os principais pontos da NOB 01/92 foram: a) planejamento; b) financiamento da assistência à saúde no SUS; c) estímulo à “municipalização” do SUS e às ações de saúde coletiva; d) investimentos na Rede; e) sistemas de informação; f) controle e avaliação; g) processo de municipalização para repasse de recursos e h) produtividade e qualidade (BRASIL, 2011, p. 54).

Por meio dessa Norma, foi criado o Pró-Saúde, caracterizado como um programa que tinha como principal objetivo a reorganização dos serviços de saúde com a participação das três esferas de governo (BRASIL, 2011, p. 54).

A Norma Operacional Básica do SUS 01/93 (NOB-SUS 01/93) foi editada pela Portaria GM/MS n. 545, de 20 de maio de 1993, tendo formalizado os princípios

aprovados na 9ª Conferência Nacional de Saúde – realizada em 1992 com o tema central “a municipalização é o caminho” – e desencadeou um amplo processo de municipalização da gestão com habilitação dos municípios nas condições de gestão criadas (incipiente, parcial e semiplena) (BRASIL, 2011, p. 55).

A Norma Operacional Básica de 1996 refere-se, dentre outros aspectos, ao reordenamento do modelo de atenção à saúde, como incorporação do modelo epidemiológico ao modelo clínico e ao desenvolvimento de ações no campo da assistência (ambulatorial, hospitalar e domiciliar), das intervenções ambientais (vigilância e saneamento) e das políticas externas do setor de saúde (emprego, habitação, educação e lazer, entre outros).

A NOB-SUS 01/96 foi editada em 5 de novembro de 1996, por meio da Portaria GM/ MS n. 2.203, sendo que vários aspectos deveriam ser imediatamente regulamentados para viabilizar sua implantação, como, por exemplo, os requisitos e instrumentos para habilitação, implantação de nova tabela do SIA/SUS, o valor do Piso Assistencial Básico (PAB), o Fator de Ajuste, a Programação Pactuada e Integrada (PPI), o Cartão SUS, a Vigilância Sanitária, as Ações de Epidemiologia e Controle de Doenças e a data do início de repasse automático fundo a fundo do PAB (BRASIL, 2011, p. 57).

Em dezembro de 1996, diante da substituição do ministro Adib Jatene pelo ministro Carlos Albuquerque, houve, entretanto, uma reorientação na condução do Ministério da Saúde e uma rediscussão sobre alguns conceitos contidos na versão original da NOB-SUS 01/96, principalmente em relação ao PAB e ao financiamento necessário para a sua implementação (BRASIL, 2011, p. 57).

A Instrução Normativa 01/97 do Ministério da Saúde, editada em 15 de maio de 1997, regulamentou o processo, os fluxos, requisitos e instrumentos de comprovação para estados e municípios habilitarem-se às novas condições de gestão da NOB-SUS 01/96. Em dezembro de 1997 e janeiro de 1998, o Ministério da Saúde publicou um conjunto de portarias regulamentando a implantação da NOB-

SUS 01/96 (BRASIL, 2011, p. 58).

Por sua vez, a Lei Complementar à Lei Orgânica da Saúde (nº 8.142/1990) demarca o estabelecimento das regras para a realização das conferências de saúde, as quais têm por função definir as diretrizes gerais para a política de saúde; bem como a regulamentação dos conselhos de saúde nacional, estaduais e municipais, definido o caráter permanente e deliberativo desses fóruns, a representação paritária e o papel de formulador e controlador da execução da política de saúde; e, ainda, a definição das regras de repasse dos recursos financeiros da União para os estados e municípios, que deveriam ter fundo de saúde, conselho de saúde, plano de saúde, relatório de gestão e contrapartida de recursos do respectivo orçamento.

O exercício e a participação da iniciativa privada na saúde são previstos por lei, de forma complementar, que pode ser efetuada por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda a população de uma determinada região.

Tanto a rede pública como a privada acabam por formar, para melhor adequação às particularidades locais, uma rede regional, concretizando, com isso, diretrizes da própria Organização Mundial de Saúde, e observando um conjunto de princípios que regem o sistema – integralidade, igualdade e participação da comunidade.

O artigo 199 da Constituição Federal, que estabelece as condições em que a assistência à saúde será prestada pela iniciativa privada, dispõe que:

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

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

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

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

O Sistema Único de Saúde, portanto, não é composto somente por serviços públicos, sendo integrado, como dito acima, por uma ampla rede de serviços privados, principalmente hospitais e unidades de diagnose e terapia, que são remunerados por meio dos recursos públicos destinados à saúde. As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao poder público sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos da lei, a serem executados diretamente ou por terceiros, inclusive pessoa física ou jurídica de direito privado.

Constata-se, destarte, que o Sistema Único de Saúde é destinado a todos os cidadãos, sendo financiado com recursos arrecadados por meio de impostos e contribuições sociais pagos pela população, e compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal.

Importante é trazer à baila algumas ponderações acerca do Sistema Único de Assistência Social, em razão de sua ligação com a saúde, uma vez que, de acordo com o artigo 194 da Carta Maior “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Assim, nos termos do artigo 203 da Constituição Federal de 1988, a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessite, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) o amparo às crianças e adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme

dispuser a lei.

Verifica-se, destarte, que a assistência social foi garantida como política pública de direito do cidadão, cabendo ao Estado fazer frente a esse direito.

A assistência social foi amparada pela Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993), passando, a partir de então, a compor, juntamente com a saúde e a previdência, a política de seguridade social.

Cumprê destacar que, no artigo 1º, a referida lei dispôs que

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Assim, a assistência social é um direito do cidadão e dever do Estado, e suas ações fazem parte da Política de Seguridade Social não contributiva (contribuições especiais), visando à garantia de direitos e de condições de vida dignas.

A LOAS define a política de assistência social e os seus objetivos, estabelecendo princípios e diretrizes, como universalização e igualdade de acesso, descentralização e participação.

Em 22 de setembro de 2004, foi instituída, pelo Conselho Nacional de Assistência Social, a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, com o objetivo de incorporar as demandas presentes na sociedade brasileira no que tange à responsabilidade política, visando tornar claras suas diretrizes na efetivação de assistência social como direito de cidadania e responsabilidade do Estado.

No ano de 2005, foi instituído, por meio da NOB/SUAS/2005, o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, descentralizado e participativo, que tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social, sendo requisito essencial para efetivação da assistência social como política pública

(BRASIL, 2005). Ele foi criado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Impende destacar que o Sistema Único de Saúde, de acordo com o previsto no artigo 198 da Constituição Brasileira, como vimos, teria a função de oferecer, com a participação da comunidade, e com a direção única em cada esfera do governo, atendimento integral à população. Dessa forma, introduziu-se um sistema de abrangência universal, com o atendimento gratuito e acesso amplo, conforme as necessidades.

Diante, porém, da limitada capacidade do Estado de fazer frente às demandas relacionadas à área da saúde, este intenta transferir obrigações para os cidadãos e para os empregadores que podem arcar com planos privados de saúde, o que esgota a oferta do financiamento público do SUS.

A propósito, o economista indiano Amartya Sen, em seu livro “Desenvolvimento como liberdade” destacou, *in litteris*:

Contudo, apesar dessas vantagens, a decisão de direcionar as políticas para o combate das deficiências de capacidade e não para as de renda não elimina, por si mesma, a necessidade de julgar a pobreza econômica dos potenciais beneficiários, uma vez que existe também a questão de como as provisões públicas devem ser distribuídas. Há ainda o problema de cobrar pelos serviços públicos segundo o potencial para pagar por eles, o que traria de volta a necessidade de aquilatar a renda do potencial beneficiário (2010, p. 178).

Verifica-se, ademais, um cenário nacional no qual as áreas de excelência do setor público estão, aos poucos, sendo sucateadas e perdendo competência e qualidade. As áreas de expansão do setor privado encontram, diante desse contexto, um potencial de crescimento com baixa capacidade de regulação e fiscalização do Estado. Assim, a mercantilização promoverá uma segmentação baseada no nível de rendimento dos usuários dos sistemas, com a complementação de recursos públicos sem a correspondente qualidade na prestação dos serviços “públicos” oferecidos, uma vez que a utilização desses serviços dependerá de um contrato, no qual o seu uso estará restrito ao pagamento prévio.

Nesse contexto, apesar de o Estado ter tido uma inclinação privatizante, atribuindo à iniciativa privada delegações na área da saúde, referida situação não aliviou e nem aliviará a crise na utilização de serviços de saúde, conforme muito bem observa a autora Ana Maria Costa (2013):

O grande desafio será questionar esse constructo, baseado nas certezas das preferências pela privatização, em um contexto de subfinanciamento do SUS. O sonho de o Brasil garantir a igualdade de acesso em saúde para todos que precisam, em qualquer lugar, a qualquer hora, só irá adiante se os fundos ganharem aportes significativos, passando a financiar apenas serviços, equipamentos e redes, públicos e privados, porém absolutamente incluídos e deliberadamente universais.

Assim, necessária se faz uma reforma do modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, bem como a criação de uma política de pessoal adequada, com a consequente superação do subfinanciamento da saúde como se vê hoje.

Registre-se, ademais, que visando melhorar o atendimento aos usuários deste Sistema, o governo lançou o “Programa Mais Médicos”, que prevê investimentos em infraestrutura dos hospitais e unidades de saúde, além de levar mais médicos para regiões onde há escassez ou inexistem estes profissionais, cujas vagas serão oferecidas prioritariamente a médicos brasileiros, interessados em atuar nessas regiões, e, não sendo preenchidas todas as vagas, serão aceitas as candidaturas de estrangeiros. Referido programa deu origem à Lei nº 12.871, sancionada em 22 de outubro de 2013 e publicada no dia seguinte no Diário Oficial.

2.5. Proteção Social à Saúde Infantojuvenil

A Convenção dos Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, servindo de fonte de inspiração ao legislador nacional na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990.

Referida Convenção é composta por 54 artigos divididos em três partes e precedida de um preâmbulo. Ela define o conceito de criança e estabelece parâmetros de orientação e atuação política de seus Estados-partes para a consecução dos princípios nela estabelecidos, visando ao desenvolvimento individual e social saudável da infância, tendo em vista ser este o momento principal da formação do caráter e da personalidade humana.

A norma em questão atribuiu elevada importância à unidade familiar como suporte para o crescimento social e emocional, harmônico e saudável da criança deferindo aos pais ou a outras pessoas encarregadas a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança (art. 27, item 2), cabendo ao Estado-parte, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotar medidas apropriadas necessárias a ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionando assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

Ao conceituar criança, o artigo 1º da Convenção estabelece como sendo o ser humano menor de 18 anos de idade, ressalvando aos Estados-partes a possibilidade de fixarem, por meio de lei, limites menores para a maioridade.

No Direito brasileiro, a maioridade civil e penal é, nos termos dos artigos 5º do Código Civil e 27 do Código Penal, atingida ao 18 anos de idade. Sem embargo, a cidadania poderá ser exercitada a partir dos 16 anos, com o direito facultativo ao voto, sendo este obrigatório a partir dos 18 anos, nos moldes do art. 14, § 1º, I e II, alínea “c”, da Constituição Federal. Lado outro, o Estatuto da Criança e do Adolescente divide a infância em duas fases, como vimos, considerando criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade.

No artigo 2º, a Convenção passa a discorrer sobre os direitos fundamentais

da criança, é dizer, direito à vida (art. 6º), à integridade física e moral (art. 19), à privacidade e à honra (art.16), à imagem, à igualdade, à liberdade (art. 37), o direito de expressão (arts. 12 e 13), de manifestação de pensamento (art. 14), sem distinção de qualquer natureza (raça, cor, sexo, língua, religião, convicções filosóficas ou políticas origem étnica ou social etc), estabelecendo diretrizes para adoção e efetivação de medidas que garantam esses direitos por parte dos Estados convencionados, objetivando garantir a proteção das crianças contra qualquer forma de discriminação ou punição injusta. Para tanto, nos termos do artigo 4º, os Estados-partes deverão tomar todas as medidas administrativas, legislativas para a implementação dos direitos reconhecidos na Convenção e, especialmente com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, deverão tomar tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

O artigo 3º da Convenção estabelece que todas as medidas relativas à criança, tomadas pelas instituições públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgão legislativos, terão como meta atender aos interesses superiores da criança.

Um dos primeiros direitos do ser humano é o de ter assegurada sua identidade. É nesse sentido que a Convenção prevê, em seu artigo 7º, o direito de a criança ser registrada imediatamente após seu nascimento, garantindo, assim, seu direito ao nome e à nacionalidade.

Prevê a Convenção, ainda, a tomada de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas pelos Estados-partes para proteger suas crianças contra todas as formas de violência, abuso, maus-tratos ou exploração, quando estiverem sob a guarda de qualquer pessoa responsável por ela, cabendo aos Estados o estabelecimento de programas sociais que proporcionem uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado (art. 19).

Seguindo as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 24

da Convenção dos Direitos da Criança estabelece que a criança tem o direito de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Para o fim de garantir a plena aplicação desse direito, a Convenção determina que os Estados-Partes deverão adotar, em especial, as seguintes medidas:

- a) reduzir a mortalidade infantil ;
- b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados de saúde;
- c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
- d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
- e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;
- f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.

A Convenção determina, ainda, que os Estados signatários deverão adotar todas as medidas necessárias e eficazes para abolir práticas tradicionais que prejudiquem a saúde da criança.

Em seu artigo 25 ficou estabelecido que os Estados-Partes devem garantir o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

Em que pese ser o Brasil signatário da Convenção, comprometendo-se a envidar esforços para cumprir os dispositivos nela inseridos, é de se notar a insuficiência de uma atuação pragmática e de resultados para alcançar as metas almejadas pelo referido instrumento internacional, haja vista a falta de uma política sócioeconômica direcionada à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia e ao planejamento familiar, entre outras prioridades nacionais.

Daí a importância do trabalho realizado pelas Organizações não Governamentais, bem como por grupo de estudos jurídicos, como o Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado e muitas outras entidades de proteção dos Direitos Humanos, na divulgação dos textos das Convenções e Tratados internacionais sobre Direitos Humanos, chamando a atenção do país para o cumprimento dos ideais e das metas de que é compromissário.

2.5.1. Criança e adolescente e o SUS

O artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente em sua redação original previa que a criança e o adolescente tinham assegurado o atendimento médico. A Lei nº 11.185/2005, contudo, alterou expressamente o dispositivo, fazendo constar que as pessoas em desenvolvimento são credoras de atendimento integral, por intermédio do Sistema Único de Saúde, ficando garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação de sua saúde, não limitado, portanto, ao aspecto médico.

Como já vimos, o artigo 198 da Constituição Federal dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade.

A partir dessas diretrizes, é que foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, por meio das Leis Orgânicas de Saúde 8.080/90 e 8.142/90.

O artigo 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, determina que o SUS deverá promover programas de assistência médica e odontológica para a prevenção de enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, além de capitanear campanhas de educação sanitária para os pais, educadores e alunos.

Essa, portanto, é uma medida que se alinha aos ditames da Convenção dos Direitos da Criança, bem como da Constituição Federal.

O parágrafo único do artigo 14 determina ser, nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias, obrigatória a vacinação das crianças. Assim, com o objetivo de satisfazer essa determinação imposta aos órgãos públicos é permitida a discriminação positiva, garantindo-se prioridade na vacinação de crianças e adolescentes nos casos de epidemias de doenças que atinjam toda a população, como ocorre, por exemplo, na preferência imposta para a vacinação contra a Gripe, neste ano de 2013.

Diante do exposto, denota-se que, com o decorrer dos anos, a saúde no Brasil evoluiu, passando esta a ser direito de todos e dever do Estado, direito esse que deverá ser 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.

De outra sorte, as crianças e adolescentes passaram a ter os seus direitos legalmente reconhecidos, mormente após a Constituição Federal de 1988, ocasião em que o constituinte originário demonstrou a preocupação com o direito à saúde da criança e do adolescente, passando a adotar a doutrina da proteção integral, devendo ser dado a esse grupo, diante da condição de pessoas em desenvolvimento, tratamento prioritário, para que assim possam se tornar, no futuro, cidadãos livres e iguais.

Ressalte-se, outrossim, que a garantia dessa proteção integral não afastou dessa parcela da população os males decorrentes da falta de amparo, uma vez que ainda hoje vários direitos dos menores não são efetivados, razão pela qual, em algumas situações, a única solução cabível é a solicitação de apoio judicial, provocando a intervenção do Poder Judiciário em determinadas políticas públicas.

No capítulo seguinte será abordada a questão das políticas públicas, destacando-se o tratamento prioritário que deve ser operado à saúde infantojuvenil, diante de sua importância destacada pelo nosso atual ordenamento jurídico, sobretudo, pela Constituição Federal em seu artigo 227, bem como a possibilidade de intervenção do judiciário na implementação das políticas públicas relacionadas à saúde desse grupo, uma vez que, diante do tratamento prioritário dispensado às crianças e adolescentes no país, o Estado não deve se omitir na realização desse direito social fundamental.

CAPÍTULO 3. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PRIORITÁRIAS RELACIONADAS À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O objetivo do presente capítulo é demonstrar que o Poder Judiciário não pode interferir, ilimitadamente, em assuntos de natureza política, uma vez que o impacto econômico no orçamento do Estado inviabiliza o exercício da atividade jurisdicional, não instrumentalizada para análise dessa magnitude. Ultimamente, temos assistido, contudo, um completo desrespeito dos entes públicos em relação aos direitos constitucionais dos cidadãos, fatos que têm causado, na sociedade, extrema miséria e incontida violência, o que justifica essa intervenção.

A admissão do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário alterou o antigo paradigma da atuação subsidiária do juiz em relação ao legislador. Ao se permitir a análise, pelo Judiciário, da compatibilidade entre as leis e a Constituição, todos os atos praticados pelas demais formas de expressão do poder estatal sujeitaram-se ao crivo da jurisdição.

A lesão aos direitos fundamentais constitui afronta aos objetivos do Estado brasileiro, inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Se a igualdade substancial, matriz do referido art. 3º, somente puder ser alcançada com a satisfação dos direitos fundamentais - sobretudo dos direitos sociais -, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na promoção de políticas públicas destinadas à respectiva satisfação espontânea gerará dano à sociedade, reparável por meio do protagonismo judiciário.

Demais disso, o cumprimento do direito à saúde infantojuvenil representa uma exigência com grau máximo de eficácia, nos termos do que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, pelo que, admite-se a busca pela efetivação de políticas públicas pertinentes provocando-se a jurisdição, por meio dos instrumentos processuais disponíveis.

3.1. Concepções de políticas públicas

Nos dias atuais, o interesse jurídico pelas políticas públicas vem, diante do contexto em que vivemos, se agigantando, porquanto vivenciamos cada vez mais a intervenção do judiciário nas escolhas realizadas pelos autores das políticas, mormente porque com o nosso Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade, o Poder Executivo passou a deter maiores atribuições.

Primeiramente, necessário se faz tecer maiores esclarecimentos do que vem a ser política. A propósito, colaciona-se o seguinte conceito apresentado por Dworkin, quando denomina política como

aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas) (DWORKIN, 2010, p. 36).

A distinção de Dworkin (2010) entre *policy* e *principle* se revela importante nesse contexto, uma vez que as políticas públicas tradicionalmente são formuladas e executadas pelo Poder Executivo a partir de critérios de oportunidade e conveniência. Embora Ronald Dworkin admita a possibilidade de uma combinação entre os argumentos de política e os argumentos de princípios, ele sustenta que estes é que devem prevalecer nos *hard cases*, quando então os juízes se deparam com uma situação nova, em relação a qual terão de criar o Direito para o caso concreto.

Com o fim de facilitar mais ainda a compreensão do tema políticas públicas, faz-se interessante transcrever a definição formulada por Maria Paula Dallari Bucci, em artigo intitulado “O conceito de política pública em direito”:

a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica

dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

A autora continua conceituando como:

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006, p. 39).

Como se percebe, o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de “ações”, “programas” ou “atividades” públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Diante desse contexto, as políticas públicas podem ser compreendidas como ações realizadas pela Administração Pública com o objetivo de dar efetividade aos direitos consagrados pela Constituição Federal, já que, como visto, com o surgimento do Estado Social, inaugurado no início do século XX, o interesse pelo tema cresceu, mormente, em razão da necessidade de resultados ligados aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Importante trazer à baila o majestoso ensinamento acerca de políticas públicas desenvolvido por Maria das Graças Rua, *in verbis*:

As políticas públicas – *policies* –, por sua vez, são *outputs*, resultantes da atividade política – *politics*: compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido, é necessário distinguir política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha, entre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, e expressa – em maior ou menor grau – uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis. Assim, embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública (RUA, 1998, p. 232)

As políticas públicas, desse modo, resultam das atividades políticas, envolvendo mais de uma decisão política, porquanto requerem várias ações estratégicas destinadas a implementar os objetivos desejados. Elas resultam de decisões e ações do poder público.

Política pública, portanto, pode ser entendida como o meio pelo qual o Estado, através de seus atores políticos, que podem ser individuais ou coletivos, bem como públicos (ex.: gestores públicos, parlamentares) ou privados (ex.: consumidores, empresários, mídia), toma decisões coletivas, visando concretizar direitos reconhecidos pelo Estado aos cidadãos e às coletividades.

As políticas públicas partem de um ideal de justiça distributiva, cuja finalidade é assegurar um tratamento igual aos cidadãos iguais, e desigual aos desiguais.

A formulação de políticas públicas, portanto, cabe aos poderes legislativo e executivo, uma vez que essas opções se constituem em decorrência da democracia representativa e, por vezes, da participativa.

De acordo com Graça Rua (1998, p. 258), é necessário ressaltar ainda que uma política pode simplesmente não chegar a ser implementada, seja pela reação de interesses contrariados, seja por reação ou omissão até mesmo dos possíveis beneficiários, ou, alternativamente, pode ter apenas algumas de suas partes implementadas; pode ter partes implementadas contraditoriamente à decisão e seus objetivos; pode ter partes executadas de maneira diversa, embora não contrária, do que foi previsto; pode ter partes realizadas contraditoriamente entre si, e muitas outras coisas podem ocorrer, gerando resultados absolutamente distintos daquilo que se pretendia com a decisão. Essa variedade de resultados decorre do fato de que a implementação, segundo a mesma autora, é um processo interativo e continuado de tomada de decisões por numerosos e pequenos grupos envolvidos com a política, os quais apresentam reações efetivas ou potenciais à decisão.

Como prossegue, portanto, Rua (1998, p. 258), a implementação deve ser vista sob uma perspectiva interativa, na qual as ações individuais em pontos estratégicos influenciam consideravelmente os resultados obtidos. Assim o é, porque, na realidade, o que existe não é um processo acabado, mas sim um contínuo movimento de interação entre uma política em mudança, uma estrutura de relações de grande complexidade e um modo exterior não apenas complexo. É um processo dotado de uma dinâmica cada vez mais acelerada.

Há de se observar, contudo, que as políticas públicas são estabelecidas através de normas-princípios, ou seja, a maioria dos preceitos que versam sobre políticas públicas não são estabelecidos por regras, mas se valem da técnica dos princípios, constituindo-se, conforme orienta Alexy (2011), em autênticos “mandados de otimização”, que irão direcionar as escolhas dos meios e instrumentos (atividades públicas) para a consecução dos fins estatais.

Por outro lado, não há como ignorar a questão da limitação dos recursos públicos, razão pela qual não há falar em absoluta liberdade no manuseio de verbas públicas, devendo ser dada preferência à efetivação de políticas públicas que visem à aplicação progressiva dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se faz necessária, dentro de parâmetros preestabelecidos, a fiscalização da destinação dos recursos e da execução orçamentária.

Deve ser adotada, dessa forma, a política de ponderação de interesses na consecução de políticas públicas, porquanto deve ser buscada a efetivação de políticas relacionadas aos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição.

Cumprido ressaltar, por fim, que o constituinte estabeleceu inúmeras normas de cunho social que indicam as ações prioritárias do Estado, notadamente no que tange aos direitos prestacionais. Nessa seara, as políticas públicas, no Brasil, encontram-se plenamente vinculadas aos ditames da Constituição Federal. Nenhuma política pública será válida se estiver em desacordo com os ideais do constituinte de 1988, ou se ameaçar a efetividade das normas constitucionais sob o pretexto de não haver

exigência objetiva de atendimento aos seus ditames.

Destaca-se, a propósito, a seguinte ponderação feita por Ana Paula de Barcellos:

Nesse sentido, a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido. Assim, além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano (2007, p. 53).

Demais disso, sabemos que os direitos sociais, ou seja, aqueles que exigem uma ação estatal para que sejam garantidos, são os que mais sofrem com a falta de efetividade.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, os objetivos das políticas públicas devem guardar, necessariamente, alguma espécie de vinculação às prescrições constitucionais. Assim, tanto poderão estar expressamente previstos no texto da Carta como, a partir deste, o legislador ordinário poderá prevêê-los; o fato é que devem estar legitimados de alguma forma pelo direito posto.

No Brasil, observa-se que as políticas públicas são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal e tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal. Entre esses objetivos, destaca-se a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para igualdade substancial: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).

Uma política será pública, portanto, se atender aos objetivos do estado brasileiro.

As políticas públicas constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos.

3.2. Política pública e o direito à saúde

Sobre o direito à saúde, especificamente, é possível afirmar que o seu tratamento constitucional está calcado sob duas características principais, quais sejam: a sua inclusão como direito fundamental e o estabelecimento das regras gerais e dos princípios que devem conduzir as políticas públicas nessa área.

Nesse contexto, as políticas públicas relacionadas à saúde devem ter por objetivo não apenas o tratamento das doenças, porém, mais amplamente, a redução do risco de doenças e outros agravos, através de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o almejado estado de saúde de todos, de modo universal e igualitário.

Diante disso, Rezende (2010, p. 233-234) destaca que o sistema de saúde não pode ser o

único responsável pela promoção de saúde. Devemos criar uma infraestrutura do ponto de vista político, jurídico, educacional, social e econômico para tal realização. A esse respeito é importante mencionar algumas ações dentro do Marco Normativo Brasileiro que podem proporcionar o desenvolvimento de ações em promoção de saúde que são: a Política Nacional de Promoção da Saúde (BRASIL, 2006b), a Política Nacional de Atenção Básica (BRASIL 2006c) e a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares no SUS (BRASIL, 2006d). Com a noção de que saúde não é somente uma política social, mas parte integrante do desenvolvimento, e com bem-estar e melhores condições de vida, o Ministério da Saúde lançou o “Mais Saúde – Direitos de Todos – 2008-2011” (BRASIL, 2010), com foco no crescimento, no bem-estar e na melhoria das condições da população.

O processo de descentralização da saúde no Brasil possibilitou uma maior aplicabilidade das ações locais, favoreceu o surgimento de experiências exitosas nos diversos níveis de atenção, por meio dos processos de regionalização (responsabilidade dos serviços de saúde, nos seus vários níveis de atenção, em

relação ao seu território de abrangência) e integração da rede (diferenciação dos vários níveis de atenção à saúde que compõem o sistema, com cada nível oferecendo uma gama de procedimentos e apresentando um conjunto de recursos tecnológicos capazes de atender a uma dada população). Essas ações são, no entanto, operadas com valorização excessiva dos procedimentos normativos, que tentam organizar o fluxo das pessoas através do sistema, ocasionando um enrijecimento da atenção à saúde.

Há de se reconhecer, portanto, a necessidade de garantia ao acesso das pessoas em todos os níveis de complexidade do sistema, criando espaços de construção de práticas alternativas ao modelo dominante (excludente e curativista) para possibilitar ações humanizadas e acolhedoras junto aos usuários com um grau relativo de resolubilidade na cadeia do sistema de saúde, ou seja, legitimá-lo como prática solidária.

3.3. Prioridade de políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil

O direito à saúde, como visto, é um direito fundamental social. Diante disso, ele se materializa por meio de prestações positivas do Estado, que, valendo-se de políticas públicas, deve fornecer condições mínimas para que os indivíduos alcancem uma vida digna e representativa de justiça social.

As condutas descritas na Constituição Federal, tendentes à realização dos direitos fundamentais sociais, constituem as chamadas políticas públicas e são direcionadas pelos núcleos constitucionais de irradiação daqueles direitos. Os núcleos de irradiação, entretanto, estão vinculados aos objetivos do Estado, consignados no art. 3º da Constituição Federal.

Os núcleos constitucionais de irradiação contêm, contudo, normas que vinculam os agentes públicos a condutas ativas. É o caso do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que estabelece o dever de o Estado dispensar proteção integral e prioritária às crianças e aos adolescentes. Dentro do âmbito de proteção

integral à criança e ao adolescente, o § 1º, do art. 227 da Constituição Federal estabelece que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde.

Por força da irradiação contida no núcleo constitucional (CF, art. 227), editou-se a Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Os direitos fundamentais sociais à vida e à saúde foram reiterados no art. 7º do ECA, com comando infraconstitucional de que políticas sociais públicas deverão permitir, em condições dignas de existência, o desenvolvimento sadio e harmonioso dessas pessoas em desenvolvimento.

O Estatuto tem por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, levando-se em conta aspectos físicos, mentais, culturais e espirituais.

O direito fundamental social à saúde está assegurado no art. 6º da Constituição Federal e foi reiterado no art. 7º do ECA. O núcleo constitucional de irradiação, materialização no art. 227, *caput*, e seu § 1º, produziu os efeitos legislativos esperados, consoante inferência que se faz da leitura do art. 11, § 1º, do referido Estatuto. Do ponto de vista formal, o direito fundamental social foi assegurado e existem possibilidades jurídicas de irradiação no plano material.

Para a satisfação espontânea do direito fundamental social das crianças e dos adolescentes, é, entretanto, necessário que os agentes públicos, por meio de políticas públicas específicas, promovam os atos materiais necessários para a promoção, prevenção e recuperação da saúde das crianças e dos adolescentes, devendo ser promovidos diversos atos legislativos e administrativos de ampla complexidade, constitutivos de políticas públicas destinadas à satisfação dos bens da vida previstos no art.6º da Constituição da República e no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O cumprimento dos direitos sociais relativos a pessoas em desenvolvimento

representa uma exigência com grau máximo de eficácia, pelo que se admite a busca pela efetivação de políticas públicas pertinentes provocando-se a jurisdição.

Somente quando a prioridade absoluta garantida às crianças e aos adolescentes na Constituição Federal estiver materializada nas leis orçamentárias, é que poderá se pensar em efetivação das políticas públicas infantojuvenis.

Demais disso, há de se ressaltar que, ao se falar em políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes, deve-se lembrar do conteúdo do parágrafo único do artigo 4º, alíneas *c* e *d*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece 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.

Com muita propriedade, ao comentar citado dispositivo, Dalmo de Abreu Dallari destaca que

essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. A partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência. Assim, também, a tradicional desculpa de 'falta de verba' para a criação e manutenção de serviços não poderá mais ser invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes (2008, p. 47).

A garantia de prioridade compreende:: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.15).

Cumprido considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente detalhou algumas das políticas públicas relativas a crianças e adolescentes como, por

exemplo, o dever de fornecimento gratuito de medicamentos e próteses (art. 11, § 2º), e o direito que as pessoas em desenvolvimento têm de permanecer acompanhadas de seus pais ou responsáveis no caso de internações (art. 12).

Ressalto, de outro lado, que o ECA estabeleceu, no artigo 86, que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que no artigo 87 do Estatuto foram definidas as linhas de ação da política de atendimento, dando ênfase aos seguintes setores:

- I – políticas sociais básicas;
- II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente;
- VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;
- VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Destaque-se, outrossim, que, nos termos do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a política de atendimento deve observar a municipalização do atendimento; criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa, bem como a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente.

Dessa forma, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes à garantia, proteção e defesa devem necessariamente ser efetivados por meio de políticas públicas, com a destinação de recursos de forma específica, por meio de um orçamento voltado para a concretização desses direitos, que contemplará o Fundo da Infância e Adolescência (FIA) que deve ser tratado com prioridade absoluta. Assim, ao elaborar as leis orçamentárias, o Chefe do Executivo deverá ponderar os valores objeto de defesa constitucional e encaminhar ao Legislativo os projetos de lei de modo a efetivar os direitos infantojuvenis, sob pena de não o fazendo, os vícios serem corrigidos pelo Poder Legislativo ou mesmo por meio da intervenção do judiciário.

A previsão legal de criação do Fundo da Infância e Adolescência, nos diferentes níveis de governo, conforme visto, foi estabelecida no artigo 88, inciso IV, do Estatuto da Criança e Adolescente, que define como política de atendimento infantojuvenil a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, o que facilita a aplicação dos recursos aos fins especificamente destinados, não se confundindo com outras receitas.

De acordo com os dizeres de Marcus Vinícius Pereira Júnior, em que pese tenham sido criadas as formas de aplicação e controle dos recursos financeiros destinados à aplicação em políticas públicas que visam efetivar os direitos infantojuvenis,

a realidade prática no Brasil está muito aquém das expectativas das crianças e adolescentes, eis que a maioria dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, principalmente os municipais, não exerce o importante papel de gerir o FIA de forma efetiva, o que certamente será modificado com a apropriação do conhecimento necessário por parte de toda a população e, principalmente, por parte dos cidadãos que em efetiva demonstração do dever cívico de servir à coletividade, decidem integrar os Conselhos de Direitos das Crianças e Adolescentes (PEREIRA JÚNIOR, 2012, pp. 65/66).

Demais disso, nos termos do artigo 88 do ECA, é necessária a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança

Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional, sendo de fundamental importância a mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade na definição e execução das políticas públicas garantidoras dos direitos das crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegura, portanto, o atendimento médico à criança e ao adolescente por meio do Sistema Único de Saúde, e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Desse modo, o direito passa a ser concebido de uma forma mais ampla, na medida em que abrange a proteção, a promoção e a recuperação da saúde.

Nesse contexto, alguns princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) expressam uma relação direta com a política de atendimento à infância e à adolescência determinada pelo Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA).

A garantia do direito à Saúde remete à efetivação da política de atendimento à infância e à adolescência, conforme as diretrizes estabelecidas pelo ECA. A efetivação do direito à saúde pressupõe, não obstante, a articulação de uma rede regionalizada e descentralizada dos serviços de saúde, os quais devem ser regidos pelos princípios de universalidade, integralidade e igualdade, conforme previsto na legislação do SUS.

A efetivação dos princípios da universalidade e igualdade perpassa a implantação de uma política descentralizada e articulada, cujo modelo se encontra delineado pela legislação do SUS e do Estatuto. Por consequência, esse modelo descentralizado sinaliza a importância da integração operacional de diversos órgãos para a efetivação do atendimento integral e prioritário da criança e do adolescente.

Com a implantação das Normas Operacionais Básicas do SUS NOB-SUS 91

e das NOB-SUS 93 e 96, cujo principal objetivo era promover a integração de ações entre as três esferas de governo, desencadeou-se um processo intenso de descentralização, transferindo, principalmente para os municípios, um conjunto de responsabilidades e recursos para a operacionalização do SUS.

O Estatuto da Criança e do Adolescente reserva capítulo próprio ao direito à saúde, que deve ser garantido por meio do SUS, prioritariamente: “atendimento médico, farmacêutico e outros recursos para tratamento e reabilitação; promoção de programas de assistência médica e odontológica para a prevenção dos agravos do segmento infante-juvenil; vacinação obrigatória; permanência dos pais ou responsáveis junto com a criança e o adolescente em casos de internação.” (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 32).

Em seu conteúdo, o ECA estabelece novas diretrizes para ações públicas de atendimento à infância e à juventude, com diretrizes similares às do SUS: descentralização e municipalização do atendimento; controle social e participação da comunidade por meio de Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares; manutenção de recursos específicos por intermédio dos fundos municipais, estaduais e nacionais ligados aos respectivos Conselhos de Defesa; integração operacional de diversos órgãos para agilidade do atendimento (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 33).

Outra questão que deve ser analisada no âmbito legal do direito à saúde de adolescentes refere-se à questão da hospitalização. De acordo com a lei, os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente. Por meio desse pressuposto legal, a hospitalização sobressai como uma questão de direito e justiça social.

A questão da violência doméstica e dos maus-tratos também está presente no âmbito legal e encontra-se inserida no capítulo “Do Direito à Vida e à Saúde”. Sobre isso, cabe destacar que os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra

criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Os maus-tratos manifestam-se nas formas de violência física, sexual, psicológica ou podem ser por ação ou omissão, e, nesses casos, se caracterizam como negligência. O Estatuto considera maus-tratos um problema de saúde pública e determina, de forma inovadora, a obrigatoriedade de comunicação dos casos suspeitos ao Conselho Tutelar.

No caso de maus-tratos no meio familiar, cabe aos profissionais de saúde fazer a notificação e recomendar ao Conselho Tutelar o atendimento e o aconselhamento dos pais ou responsáveis, e, diante da confirmação, a tomada de providências legais. A confirmação, na maioria dos casos, é feita por exame especial hospitalar ou médico privado.

Cumprido destacar que a notificação dos maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes é, por lei federal, obrigatória, e essa obrigatoriedade se estende a todo o território nacional.

Com base na análise dos marcos legais – Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 e Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8.069/90 –, podem-se pontuar algumas reflexões importantes.

Em primeiro lugar, observa-se que a descentralização política e administrativa (ênfase na atuação dos municípios) e a participação da sociedade na formulação de políticas aparecem como traços comuns dessas legislações. Nesse sentido, a intersectorialidade das políticas que compõem o sistema de proteção social é defendida como condição essencial para uma melhor articulação institucional e o desenvolvimento de programas e ações que promovam a garantia e efetivação do atendimento integral à infância e adolescência.

Outra questão que merece reflexão: o direito da infância e da juventude

constitui um arcabouço jurídico que contém princípios e dispositivos. Esses dispositivos são aplicáveis às situações concernentes aos bens e interesses daquelas pessoas que se acham em condição peculiar de desenvolvimento. A essas pessoas, por se encontrarem em condição peculiar de desenvolvimento, a ordem jurídica oferece um conjunto de dispositivos e cuidados próprios da Doutrina da Proteção Integral.

Ainda que estejam definidos os direitos humanos fundamentais da infância e juventude brasileiras, verifica-se, no entanto, que no cotidiano esses direitos estão longe de ser garantidos. O direito constitucional à saúde, a asserção de “prioridade absoluta” pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os avanços preconizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e a legislação de saúde ainda não alcançaram de forma efetiva essa parcela populacional.

De acordo com a autora Francisca Georgina Macêdo de Sousa, atualmente, a Organização Mundial de Saúde – OMS,

na perspectiva da Atenção Integral à Saúde da Criança, e para a organização da assistência, aponta como estratégia as Linhas de Cuidado. Coloca-se, assim, como possibilidade para a superação da desarticulação entre os diversos níveis de atenção em saúde e a possibilidade para o cuidado integral. Nessa perspectiva, a Atenção Integral à Saúde da Criança organiza-se em três principais eixos, quais sejam: nascimento saudável, atenção à criança menor de um ano, atenção à criança de 1 a 6 anos e de 7 a 10 anos. (BRASIL, 2004a). Tais eixos compreendem ações que vão da anticoncepção à concepção, à atenção ao parto e ao puerpério, passando pelos cuidados com o recém-nascido (acompanhamento do crescimento e desenvolvimento, triagem neonatal, aleitamento materno, doenças prevalentes da infância e saúde coletiva em instituições de educação infantil). As linhas estratégicas de intervenção da Atenção à Saúde da Criança explicitam o conceito de integralidade por meio da oferta de ações educativas, promocionais, preventivas, de diagnóstico e de recuperação da saúde. É, portanto, uma importante contribuição, como política pública inovadora e abrangente, tanto em suas concepções como nas ações propostas, em virtude de defender a integralidade com grande mobilização social de agentes e de instituições diversas. (BRASIL, 2004a). (SOUSA, 2008, p. 66).

Demais disso, Frias, Mullachery e Giuliani, destacam entre as políticas, programas e ações que dispõem de instrumentos normativos ou legislação específicos com repercussões na saúde infantil, os seguintes:

a implantação do Alojamento Conjunto, a Iniciativa Hospital Amigo da Criança, os Bancos de Leite Humano, as Normas para comercialização de alimentos infantis, a Triage Neonatal, o Projeto Nascer – relacionado à transmissão vertical da sífilis/HIV, as Unidades de Cuidados Intensivos e Intermediários Neonatais, a distribuição da Caderneta de Saúde da Criança a todas as crianças nascidas em território brasileiro, a vigilância ao óbito infantil e fetal, a Rede Norte-Nordeste de Saúde Perinatal, a Rede Amamenta Brasil, entre outras (2009, p. 93).

Referidos autores (2009, p. 95-97) apresentaram, ainda, a seguinte tabela, listando algumas regulamentações importantes para a atenção à Saúde da Criança, a seguir transcrita:

ANO	TEMA	LEGISLAÇÃO	DEFINIÇÕES
1973	Imunização	Lei nº 6.259	Institui o sistema nacional de vigilância epidemiológica e imunização estabelecendo normas técnicas referentes à notificação de doenças e funcionamento do programa de imunização.
1977	Imunização	Portaria MS nº 452	Define vacinas obrigatórias para menores de um ano (contra tuberculose, poliomielite, difteria, tétano e coqueluche)
1982	Alojamento conjunto	Portaria nº 18 do Inamps/MS	Obrigatoriedade do alojamento conjunto
1986	Alojamento conjunto	Portaria do Ministério da Educação – MEC	Obrigatoriedade do alojamento conjunto em hospitais universitários
1988	Norma de comercialização dos substitutos do leite materno	Aprovação, pelo Conselho Nacional de Saúde, da norma para comercialização de alimentos para lactentes (Resolução nº 5)	Código Internacional de Comercialização de substitutos do Leite Materno.
1988	Constituição Federal	Promulgação da Constituição	Assegura a licença-maternidade e paternidade (120 e 5 dias, respectivamente).
1988	Banco de Leite Humano	Portaria MS nº 322	Regula a instalação e funcionamento dos Bancos de Leite Humanos.
1990	Norma de comercialização dos substitutos do leite materno	Aprovação do código de defesa do consumidor	Artigos da Norma de comercialização de alimentos para lactentes.
1990	Estatuto	Lei Federal nº 8.069	Aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente.
1992	Norma de comercialização dos substitutos do leite materno	Aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde, do novo texto da norma para	Item específico sobre o uso de bicos e mamadeiras.

		comercialização de alimentos para lactentes (Resolução nº 31)	
1992	Norma de comercialização dos substitutos do leite materno	Acordo mundial entre a Unicef e a OMS, com a associação internacional de fabricantes de alimentos	Cessar o fornecimento gratuito ou a baixo custo de leites artificiais a maternidade e hospitais.
1993	Alojamento conjunto	Portaria GM/MS nº 1.016	Aprova as normas básicas para implantação do alojamento conjunto.
1994	Norma de comercialização dos substitutos do leite materno	Publicado Parecer nº 62/94 da consultoria jurídica do Ministério da Saúde	Redefine as penalidades para as infrações à Norma.
1994	Hospital amigo da criança	Portaria MS nº 1113	Assegura que o pagamento de 10% a mais sobre a assistência ao parto.
1994	Hospital amigo da criança	Portaria SAS/MS nº 155	Estabelece diretrizes e normas do hospital amigo da criança.
1994	Atendimento ao recém-nascido	Portaria SAS/MS nº 96	Define o atendimento ao recém-nascido na sala de parto quanto ao pagamento do pediatra e neonatologista.
1994	Triagem neonatal	Portaria GM/MS nº 146	Indica aos Conselhos de Saúde que desenvolvam política para realização dos screening neonatal para diagnóstico precoce da fenilcetonúria e do hipotireoidismo congênito, para o alojamento conjunto e utilização do cartão da criança a partir do nascimento.
1996	Transmissão vertical e aleitamento materno	Portaria GM/MS nº 2415	Determina medidas para prevenção da contaminação pelo HIV por intermédio do aleitamento materno.
1998	Gestação de Alto Risco	Portaria GM/MS nº 3016	Institui o Programa de Apoio à implantação dos Sistemas Estaduais de Referência Hospitalar para atendimento à gestante de alto risco.
1998	Unidade de Terapia Intensiva	Portaria GM/MS nº 3432	Estabelece critérios de classificação entre as diferentes Unidades de Terapia Intensiva.
1999	Cuidados intermediários neonatais	Portaria GM nº 1091	Cria a unidade de cuidados intermediários neonatal no âmbito do SUS para atendimento ao recém-nascido de médio risco.
2000	Humanização no Pré-natal e nascimento	Portaria GM/MS nº 569, 570, 571 e 572	Institui o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento – PHPN e os componentes, Incentivo à Assistência Pré-Natal, Organização, Regulação e Investimentos na área de Assistência Obstétrica e Neonatal, sistemática de pagamento a assistência ao parto e garantia da presença de pediatra na sala de parto.

2000	Atendimento ao recém-nascido	Portaria GM nº 072	Inclui na tabela de procedimentos de Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde (SIH/SUS) o atendimento ao recém-nascido de baixo peso.
2000	Método mãe-canguru	Portaria GM/MS nº 693	Aprova a norma de orientação para a implantação do Método Mãe Canguru.
2001	Triagem neonatal	Portaria MS nº 822	Cria o Programa Nacional de Triagem Neonatal.
2001	Maus Tratos contra criança	Portaria MS nº 1968	Dispõe sobre a comunicação de casos suspeitos de maus tratos contra criança.
2002	Banco de Leite Humano	Portaria GM/MS nº 698	Define a estrutura e as normas de atuação e funcionamento dos Bancos de Leite Humano.
2002	Transmissão vertical do HIV e sífilis	Portaria GM/MS nº 2104	Institui no âmbito do SUS o Projeto Nascer Maternidades.
2002	Registro civil de nascimento	Portaria GM/MS nº 938	Inclui na tabela de procedimentos do SIH/SUS o incentivo ao registro civil de nascimento.
2002	Triagem neonatal	Portaria GM/MS nº 1069	Define mecanismos de ampliação do acesso dos portadores triados no programa de Triagem Neonatal ao tratamento e acompanhamento das doenças diagnosticadas.
2002	Gestação de alto risco	Portaria GM/MS nº 1343	Inclui na tabela de procedimento do SIH/SUS atendimento da gestante de alto risco em hospitais de referência.
2003	Urgências	Portaria GM/MS nº 1863	Institui a Política de Atenção às Urgências.
2003	Urgências	Portaria GM/MS nº 1864	Institui o componente Pré-hospitalar Móvel da Política Nacional de Atenção às Urgências (SAMU).
2003	Aleitamento materno	Portaria GM/MS nº 1893	Institui 1º de outubro como o Dia Nacional de Doação do Leite Humano.
2003	Transmissão vertical	Portaria GM/MS nº 1930	Qualifica estados para o recebimento de recursos adicionais para disponibilização da fórmula infantil às crianças expostas ao HIV verticalmente.
2004	Ações Intersetoriais	Portaria Interministerial nº 2509	Dispõe sobre atribuições e normas de ofertas de ações de saúde aos beneficiários do Programa Bolsa Família.
2004	Hospital amigo da criança	Portaria SAS/MS nº 756	Estabelece normas para habilitação do hospital amigo da criança.
2004	Saúde Auditiva	Portaria GM/MS nº 2073	Institui a Política Nacional de Atenção Auditiva.
2004	Saúde Auditiva	Portaria SAS/MS nº 587 e 589	Normatiza a organização e implantação das Redes estaduais de Atenção à Saúde Auditiva.
2004	Prevenção do Óbito	Portaria GM/MS nº	Institui o Comitê Nacional de Prevenção do

	Infantil	1258		Óbito Infantil e Neonatal.
2005	Atenção ao Parto	Portaria 2418	GM/MS n°	Regulamenta a presença do acompanhante para mulheres gestantes.
2005	Caderneta da Criança	Portaria 964	GM/MS n°	Aprova Resolução Mercosul/GMC n° 04/05 e seu anexo "Informação básica comum para caderneta de saúde da criança".
2005	Caderneta da Criança	Portaria 1058	GM/MS n°	Institui a disponibilização gratuita da caderneta de saúde da criança.
2005	Brinquedoteca	Portaria 2261	GM/MS n°	Estabelece as diretrizes de instalação e funcionamento de Brinquedotecas.
2006	Normas para comercialização de alimentos para lactentes	Lei n° 11.265		Regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância.
2006	Banco de Leite Humano	Resolução 171	RDC n°	Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento de Bancos de Leite Humano.
2006	Imunização	Portaria 1602	GM/MS n°	Institui os calendários de vacinação da criança, adolescente, adulto e idoso.
2006	Banco de Leite Humano	Portaria 2193	GM/MS n°	Define a estrutura e funcionamento dos Bancos de leite humanos.
2007	Normas para comercialização de alimentos para lactentes	Lei n° 11.474		Altera a Lei n° 11.265 que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância.
2007	Método Mãe Canguru	Portaria 1.683	GM/MS n°	Aprova norma para implantação do Método Mãe Canguru.
2007	Aleitamento Materno	Portaria 2.160	GM/MS n°	Institui o Comitê Nacional de Aleitamento Materno.
2008	Aleitamento Materno	Portaria 2.799	GM/MS n°	Institui a Rede Amamenta Brasil.
2008	Aleitamento Materno	Portaria SAS/MS n° 9		Altera critério 8 das normas para habilitação da IHAC.
2008	Saúde Perinatal	Portaria 2.800	GM/MS n°	Institui a Rede Norte-Nordeste de Saúde Perinatal.

Há de ser acrescido a essa tabela, os seguintes atos normativos (BRASIL, 2011, p. 63-64):

ANO	TEMA	LEGISLAÇÃO	DEFINIÇÕES
2008	Direitos das mulheres gestantes, parturientes, puérperas e família	Lei n° 11.770	Estabelece a licença maternidade de seis meses, sem prejuízo do emprego e do salário, para as funcionárias públicas federais, ficando a critérios dos estados, municípios e empresas privadas a adoção desta Lei – Programa Empresa Cidadã.
2008	Serviços de atenção	RDC Anvisa n° 36	Regulamenta o funcionamento dos Serviços

	obstétrica e neonatal		de Atenção Obstétrica e Neonatal e seus anexos.
2008	Sistema de informações sobre óbitos e nascidos vivos	Portaria MS nº 116	Regulamenta a coleta de dados, fluxo e periodicidade de envio das informações sobre óbitos e nascidos vivos para os Sistemas de Informações em Saúde sob gestão da Secretaria de Vigilância em Saúde.
2009	Pacto pela Redução da Mortalidade Infantil Nordeste-Amazonia Legal	Portaria MS nº 364	Constitui o Grupo Ministerial com a finalidade de elaborar plano de ação em parceria com os gestores do SUS visando à redução da mortalidade infantil nos estados que compõem a Amazônia Legal e a região Nordeste, bem como monitorar e avaliar a implementação das ações propostas.
2009	Mobilização social	Portaria MS nº 2.394	Institui a Semana Mundial da Amamentação no Brasil, tendo como data 1º a 7 de agosto, e estabelece parceria com a Sociedade Brasileira de Pediatria.
2010	Aleitamento materno	Portaria Anvisa nº 193 – Nota Técnica Conjunta Anvisa/MS	Orienta a instalação de salas de apoio à amamentação em empresas públicas e privadas e a fiscalização desses ambientes pelas vigilâncias sanitárias locais.

Diante desse paradigma, no contexto da integralidade do cuidado, o atendimento à saúde infantil e a sua adoção mostra-se como um passo importante para o reconhecimento dos direitos infantojuvenis.

A seguir, será analisada a questão concernente à possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas relacionadas à saúde infantojuvenil no Brasil, uma vez que, diante do tratamento prioritário dispensado às crianças e adolescentes no país, como visto, o Estado não deve se omitir na realização desse direito social.

3.4. Instrumentos processuais disponíveis para garantir o direito à saúde infantojuvenil

Após a Constituição Federal de 1988, os instrumentos processuais de acesso à Justiça foram bastante ampliados, seja em relação às diversas modalidades de tutela jurisdicional, seja quanto aos legitimados para sua utilização.

Não se busca, na presente dissertação, esvair os instrumentos de garantia

judicial do direito à saúde, razão pela qual será feita uma abordagem sucinta acerca desses instrumentos.

A princípio, cumpre destacar que as ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade servem para amparar os direitos fundamentais sociais, quando violados pelo legislador, como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte), a ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”, *in fine*), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). As duas primeiras servem para aferir a constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais frente à Constituição Federal; a última, ampara o cidadão diante da omissão do órgão legislador.

Existem, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (CF, art. 36, III), que também se referem ao controle concentrado, e objetivam a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

De outro viés, existem as ações individuais, como os provimentos mandamentais, que também servem para tutelar o cidadão frente à violação do direito fundamental à saúde. Em referidas ações, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, tem-se admitido o pleito de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Há, também, os instrumentos de tutela coletiva, como o mandado de segurança coletivo, e o procedimento de execução específica das obrigações de fazer.

A mestre Ruth Barros Pettersen da Costa aponta, a propósito, os seguintes instrumentos processuais para salvaguardar os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional:

a) Mandado de injunção: no caso dos direitos sociais, o mandado de injunção tem a finalidade de suprir a omissão legislativa inconstitucional que

inviabiliza, particularmente a fruição de direitos a prestações materiais. (...). b) Arguição de descumprimento de preceito fundamental: destina-se a prevenir ou reparar lesão contra preceitos fundamentais da Constituição e pode ser proposta pelo mesmos entes e órgãos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 103). (...). c) Representação interventiva: interessa para o presente estudo, na parte que toca ao controle de legitimidade dos atos estaduais em face dos princípios sensíveis perante o STF (art. 34, VII c/c o art. 36, III). Dentre os princípios sensíveis incluem-se os direitos da pessoa humana e a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (...). d) Provimentos mandamentais: tratam-se de mecanismos processuais que permitem ao juiz, sem propriamente prescindir da vontade do devedor, constrangê-la de modo a forçar o cumprimento da prestação específica, a cujo descumprimento comina-se uma sanção, regra geral, consistente de multa diária ou *astreintes*. (...). e) Mandado de segurança individual e coletivo: o traço distintivo, entre os mandados de segurança individual e coletivo, refere-se à natureza dos interesses defendidos. (...). f) Ação Civil Pública: cuida-se de instrumento de defesa de interesses sociais, como a preservação do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos coletivos e individuais homogêneos, cuja conceituação, em relação a esses últimos encontra-se detalhada nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) (COSTA, 2011, p. 177-178).

Cumpra observar, por fim, que o Ministério Público detém, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente, sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa legitimidade ao prever expressamente que o órgão atuará como substituto processual de criança ou adolescente em situação de risco, na defesa de seus direitos indisponíveis, (art. 201, III, IV, VIII e IX).

As ações relativas à saúde infantojuvenil relacionam-se com o direito à vida e, portanto, pode ser buscado pelo Ministério Público ante a evidente indisponibilidade do direito.

3.5. A cláusula da reserva do possível como limite de implementação do direito à saúde

É cediço que, para a proteção e a efetivação do direito à saúde, haverá um dispêndio econômico de recursos.

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes, a cláusula da reserva do possível é criação do Tribunal Constitucional alemão, podendo ser compreendida como a possibilidade material (financeira) para prestação dos direitos sociais por parte do Estado, diante da circunstância de que referidas prestações positivas dependem de recursos presentes nos cofres públicos (2012, p. 591).

O axioma da reserva do possível, segundo Botelho,

representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentares, através da composição dos orçamentos públicos (BOTELHO, 2011, p. 114).

Reserva do possível, portanto, é um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas.

Não há, infelizmente, e nem haverá jamais recursos suficientes para implementar, de forma completa e cabal, o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades da sociedade.

Ingo Sarlet, em preciosa obra, destaca que

a dependência, da realização de direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera 'ideologia'. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real (SARLET, 2010, p. 327).

Ressalta, ainda, que

em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções

aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada (SARLET, 2010, p. 324).

Deve-se ter em consideração, desta forma, que as limitações impostas pela falta de recursos financeiros não podem ensejar um esvaziamento do conteúdo do direito social à saúde, principalmente quando ligado ao núcleo essencial da dignidade – mínimo existencial. Por esta razão, já foi afirmado que o postulado só tem sentido caso a prestação postulada ultrapasse os limites desse “mínimo”.

Nesse sentido, para que o Estado possa negar efetividade a um direito social sob o argumento da reserva do possível, deve demonstrar que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas.

O sentido do princípio da reserva do possível deve, analogamente, ser construído em consonância com os valores tutelados pelo Estado Democrático de Direito, buscando-se uma harmonização com os demais princípios. Deve-se atentar para que o princípio não seja utilizado como um discurso político autorizador de medidas de retrocesso, notadamente verificados em países periféricos como o Brasil, onde a escassez de recursos públicos em face das necessidades da sociedade é geralmente apresentada como justificadora do desrespeito às diretrizes constitucionais e da ineficiência em implementar direitos sociais.

3.6. Princípio da proibição do retrocesso

A incidência do princípio da proibição (vedação) do retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira é admitida como um imperativo de estabilidade, tornando-se necessárias estruturas mantenedoras de um determinado *status quo* por parte do Estado, mormente diante da existência do instituto do direito

adquirido, positivado no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que em seu inciso XXXVI determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º, § 2º, declara que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida ou inalterável, a arbítrio de outrem”.

Além disso, as repercussões jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana implicam em ações estatais que visem manter a estabilidade das relações sociais, fomentando a confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito.

O princípio da segurança jurídica, portanto, passa a ser norteador do Estado Democrático Social, garantindo a estabilidade social e, em consequência, concretizando a dignidade da pessoa humana. A proteção aos direitos fundamentais pelo Estado somente é possível num contexto de segurança jurídica.

É por esse motivo que, na busca da atribuição de sentido ao princípio da proibição do retrocesso social, Sarlet pondera que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função, norteando a atuação estatal:

Com efeito, sendo também parte – ainda que variável – integrante do conteúdo dos direitos fundamentais (ao menos, em regra), e para além da discussão em torno de sua identificação com o núcleo essencial, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e, portanto (...) também contra o uso abusivo dos direitos. Todavia, cumpre lembrar que o princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, nesse sentido, por atuar como elemento limitador destes. (...). O que importa, no momento, é que sempre se poderá afirmar, como já anunciado no título desse segmento, que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e a existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção (SARLET, 2011, p. 148-149).

Diante desse contexto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o

princípio da dignidade da pessoa humana serve como parâmetro para a proteção aos direitos sociais, implicando notadamente a definição de um núcleo essencial destes, objetivando coibir medidas retrocessivas.

Ao discorrer sobre uma das manifestações desse princípio, o advogado Luís Roberto Barroso, que recentemente foi empossado no cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal pela Presidenta Dilma, ressalta que uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito estabelecido na Constituição. Para ele, o que se proíbe é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Se o legislador infraconstitucional complementa a eficácia de uma norma programática, dando-lhe “concretude” ou tornando “viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior” (BARROSO, 2009, p. 152-153)

Referido jurista ressalta ainda que

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido (BARROSO, 2009, p. 152).

Citando Canotilho, Botelho (2011, p. 138-139) destaca que, após concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem simultaneamente condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e uma garantia institucional, ficando fora da esfera de disponibilidade do legislador e não podendo mais serem reduzidos ou suprimidos sem justificativa plausível ou substituição por outras providências.

Assim, denota-se que o princípio em estudo tem o condão apenas de impedir que o legislador ou administrador reduza a zero o grau de proteção dos direitos sociais, de forma a anular a prestação social já criada e colocada à disposição do cidadão, sem criar mecanismos de substituição ou alternativas viáveis para garantir

o mínimo para a existência condigna do cidadão, ferindo, por consequência, o princípio da dignidade humana.

Sobre o tema, imperiosa é a lição de Sarlet, abaixo transcrita:

a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial (SARLET, 2011, p. 146).

O objetivo do princípio, então, é o de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou até mesmo à supressão dos direitos fundamentais.

Para Canotilho (2000, p. 339), uma vez obtido um determinado grau de realização, os direitos sociais passam a constituir, simultaneamente, “uma garantia constitucional e um direito subjectivo”. O autor, entretanto ressalta a “proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica)”, apenas limita a reversibilidade pura e simples dos “direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde) em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, momento a partir do qual poderá haver censura ao ato restritivo, residindo neste ponto a essência do princípio.

O Princípio da Vedação da Protecção deficiente, portanto, implica um “fazer” e um “não fazer” por parte do Estado. Um fazer que se consubstancia em realizar os

direitos fundamentais sociais, buscando sua máxima efetividade. Um não fazer que se evidencia na abstenção em atentar contra os direitos fundamentais implementados, seja por meio de atos administrativos, seja por meio de legislação que venha a atingir o núcleo fundamental de tais direitos. Nesse sentido Canotilho informa que:

Há porém, um outro lado da proteção, que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta idéia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000, p. 273)

Considerado em seu viés negativo, o Princípio da Proibição Deficiente importa na vedação ao Estado de atentar contra direitos fundamentais sociais implementados.

Destarte, dessa abstenção imposta ao Estado, em virtude do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, é que se conclui que haveria um núcleo, relacionado aos direitos fundamentais, insuscetível de violação por parte do Estado, um núcleo eminentemente relacionado com a proteção da Dignidade da Pessoa Humana. É esta a ideia que leva a constatação da existência de um Princípio da Proibição da Proteção Deficiente que, todavia, necessita da consideração de outros princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e de uma Teoria da Constituição adequada para uma atribuição de sentido autêntica.

3.7. A legitimidade da justiciabilidade das políticas públicas

Como visto, antes do advento das Constituições, não existiam regras claras de obediência pelos governantes, o que criava uma necessidade do estabelecimento de direitos que deveriam ser obedecidos inclusive pelos integrantes do poder público. Disso resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,

aprovada pela Assembleia Nacional francesa.

A partir daí, ocorreu a expansão legislativa, com a promulgação das Constituições escritas e com o aumento gradativo dos direitos disciplinados nas constituições, o que representou um grande avanço para a história da humanidade, na medida em que obrigações por parte do poder público eram criadas.

Com o nascimento das constituições, surgiram, também, os Tribunais Constitucionais, que têm como objetivo interpretar as normas na lei maior.

De acordo com Canela Junior (2011, p. 73), no início no século XIX, durante a expansão da Revolução Industrial, iniciou-se um movimento de absorção das questões políticas pelo Poder Judiciário, sendo que algumas delas que, no curso da história, eram consideradas de caráter exclusivamente político, passaram a ser examinadas sob a ótica do Direito. “É que se convencionou designar como *political questions*, nos Estados Unidos, *acts of States*, na Grã-Bretanha, *actes de gouvernement*, na França, e *justizfreien Hoheitsakte*, na Alemanha”.

Esta nova função, reconhecida pelo próprio Poder Judiciário, representa uma enorme evolução em relação à teoria da separação dos poderes, formulada por Montesquieu. O Poder Judiciário, segundo sua filosofia, era um mero aplicador da lei ao caso concreto, tal como posta pelo Poder Legislativo, não lhe cabendo, de modo algum, realizar qualquer avaliação de sua adequação no ordenamento jurídico.

O que determina a atuação do Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, é a salvaguarda pró-ativa do bem comum. Nesse sentido, a tese substancialista, desenvolvida por Dworkin, afirma que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista. Não se trata de judicialização da política e das relações sociais, mas do cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988.

De fato, ao interpretar a Constituição, o órgão jurisdicional se vê na contingência de captar o sentido das normas constitucionais. A clareza da lei não traz maiores reflexos para a atividade do julgador, mas a dificuldade de sua interpretação pode dar ensejo à construção do direito, tarefa inexorável do Poder Judiciário.

Essa tarefa, entretanto, não é uma opção do Poder Judiciário, mas decorre de ato soberano e constitucionalmente vinculado.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, porém, diante de uma conduta omissiva, ou insuficiente no amparo dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos, admite-se o protagonismo judiciário.

O deslocamento do eixo da preocupação da teoria do direito do legislador para o juiz está em total consonância com o entendimento de Alexy, que considera essencial a função do magistrado, como intérprete da Constituição, isso tendo em vista que a aplicação dos direitos fundamentais não pode ser realizada de forma efetiva com a interpretação através de um modelo puro de princípios ou mesmo de um modelo puro de regras.

As políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais, portanto, concretizam-se, preponderantemente, por meio de atividades legislativas e administrativas.

Enquanto a realização de políticas públicas é tarefa preponderante do Poder Legislativo e do Poder Executivo, cumpre ao Poder Judiciário examinar a compatibilização dos respectivos atos com a Constituição.

A independência de poderes de que trata a Constituição deve ser compreendida como a garantia de que a forma de expressão do poder estatal não

terá invadida sua esfera de competência exclusiva. A harmonia dos poderes, por conseguinte, consiste na plena integração das atividades de sua competência no atendimento dos objetivos do Estado.

A conduta dos agentes públicos, no exercício de políticas públicas, entretanto, pode contrariar os objetivos do Estado. Essa contrariedade resultará de uma conduta comissiva ou omissiva. A conduta comissiva será alvo de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, segundo os mecanismos de invalidação dos atos, à disposição no ordenamento jurídico.

Enquanto as condutas comissivas dos agentes públicos, violadoras dos objetivos do estado, necessitam de invalidação, as condutas omissivas demandam integração. Essa integração é indispensável para que os objetivos do Estado – e a própria satisfação dos direitos fundamentais – não dependem do arbítrio das injunções político-partidárias do momento.

A independência das formas de expressão do poder estatal, por conseguinte, não pode ser invocada para o descumprimento das obrigações que a própria Constituição lhes impôs.

Enquanto aos poderes legislativo e executivo cabem atividades caracteristicamente pró-ativas, ao Poder Judiciário incumbe o exame de constitucionalidade e de legalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Trata-se de atividade jurisdicional corretiva, que não emite juízo de valor sobre a ação dos demais poderes, mas apenas de compatibilização com as normas constitucionais.

O princípio da inafastabilidade, também denominado princípio da indeclinabilidade, princípio do direito de ação ou princípio da proteção judiciária, foi sinteticamente enunciado do art. 5º, XXXV, da Constituição federal de 1988, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A indigitada norma encontra seu complemento infraconstitucional na letra do art. 126 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz “não se

exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei”. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código de Processo Civil reitera o dever de prestação jurisdicional mesmo em caso de obscuridade da lei.

O Estado brasileiro assumiu, igualmente, o compromisso de manter a democracia como forma de governo. Para a afirmação social da democracia, faz-se necessária a garantia de igualdade material entre todos os cidadãos brasileiros. Essa igualdade somente poderá ser obtida por meio da satisfação dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal, integrantes dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais sociais, por outro lado, constituem direitos constitucionais subjetivos, dotados de eficácia plena e de exigibilidade imediata, na forma do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Carta Maior.

Todas as políticas públicas realizadas pelas formas de expressão estatal – inclusive pelo Poder Judiciário – devem ser direcionadas para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos seus atos. Para corrigir as omissões das demais formas de expressão do poder estatal, o Poder Judiciário, entretanto, age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à concretização do provimento jurisdicional.

Para o efetivo exercício de atividade interpretativa jurisdicional, é necessária uma combinação entre o modelo de regras e princípios, que é realizada, em última instância, pelo juiz. Quanto à necessidade de interpretação e muitas vezes sopesamento entre a aplicação de um princípio, em detrimento de outro, precisas são as lições de Alexy:

“Essa breve – e de forma alguma exaustiva – visão do nível dos princípios mostra que nele estão reunidas coisas extremamente diversas. Mas mais importante que a referência a essa diversidade é a constatação acerca de sua indeterminação. No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passa a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de preferência” (ALEXY, 2011, p. 139).

Partindo dessa ideia da existência de relações de preferências e efetivo peso entre os chamados direitos fundamentais, deve o legislador, representando o povo, criar formalmente a regra de direito fundamental deixando, contudo, uma margem de interpretação que deve ser realizada pelo julgador, tendo em conta, de acordo com Alexy (2011), que a exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição.

De outro lado, atualmente no Brasil a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve apenas à ausência de leis ordinárias. O problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo poder público, já que a grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. Vê-se que o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas, e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios. Ressalte-se que a situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, ou seja, onde ainda não foram instalados os serviços necessários ou onde funcionam precariamente.

Diante do mau funcionamento ou mesmo inexistência dos serviços essenciais para o bem-estar da população, impõe-se a formulação de políticas públicas protetivas de determinadas categorias sociais marginalizadas e economicamente excluídas, como é o caso das crianças e adolescentes, políticas essas que demandam principalmente o gerenciamento pelo Estado, sendo de suma importância, para sua implementação, haver parcerias com a sociedade civil.

Ainda, ao se verificar a debilidade do nível de organização e da atuação da sociedade civil, a capacidade para participar e influenciar a formação da vontade política diminui, o que acaba por acarretar o aumento da responsabilidade do Poder Judiciário na salvaguarda das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica, admitindo a sua atuação quando provocado.

Ao atuar em sede de controle das políticas públicas, o Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos.

O controle judicial das políticas públicas deve ocorrer em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação.

Para o autor Eduardo Cambi (2011, p. 198), o controle judicial das políticas públicas pode recair cinco objetos distintos, quais sejam:

a) a fixação de metas e prioridade, por parte do Poder Público, em matéria de direitos fundamentais; b) o resultado final esperado das políticas públicas; c) a quantidade de recursos a serem investidos na consecução das políticas públicas (seja quando a Constituição impõe, especificamente, quais sejam os percentuais mínimos, como ocorre com a saúde e educação, nos arts. 198, § 2º, e 212, seja quando o Poder Público aplica mal o dinheiro público, em detrimento do mínimo essencial, promovendo gastos abusivos, como, por exemplo, em propaganda ou eventos culturais); d) a concretização das metas traçadas pelo Poder Público (v.g., arts. 74, I, e 84, XI e XXIV, da CF/1988), por intermédio das políticas públicas; e) a eficiência mínima (isto é, a economicidade ou a relação custo-benefício), decorrente da aplicação do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/1988), na aplicação dos recursos públicos, o que impõe ao administrador público otimizar o emprego dos recursos públicos disponíveis para obter os melhores e mais relevantes resultados possíveis para promover o interesse público.

O Judiciário poderá formular política pública, quando inexistente; implementar

aquela que já existe, mas não foi cumprida ou, ainda, corrigir aquelas que estejam porventura equivocadas.

Nesta linha de pensamento, constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Alega-se, em geral, que o Poder Judiciário não pode conceder direitos de cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado. Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice.

Durante a fase declaratória do direito não é, portanto, dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. Isso representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.

Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado.

Em um Estado lastreado no bem-estar social, é imperativo que o sistema esteja aberto aos influxos programático de execução no tempo, materializados nas Constituições. Não se pode mais falar em aplicação da lei apenas por força de sua autoridade, mas sim dentro de um texto orgânico de todo o sistema normativo. Impende, pois, a aplicação da lei segundo os fins do Estado e, para tanto, o positivismo jurídico não possui os mecanismos corretivos necessários.

Existindo direito subjetivo amparado (CF, art. 6º), bem como a alegação de lesão a esse direito (CF, art. 5º, XXXV), o Poder Judiciário está constitucionalmente

vinculado a prestar jurisdição, não podendo valer-se de argumentos externos à atividade jurisdicional para bloquear o acesso dos cidadãos ao processo. Em assim agindo, o Poder Judiciário, de tal modo que o ato produzido não estará sujeito à imunização pela coisa julgada.

Os direitos fundamentais sociais foram concebidos para garantir a igualdade substancial a todos os membros da sociedade. O objetivo da satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais é o oferecimento de oportunidades iguais de desenvolvimento a todos os integrantes da sociedade. Esses bens da vida devem, logo, ser disponibilizados indistintamente, sem quaisquer privilégios particulares. Se o que se objetiva com os direitos fundamentais sociais é a igualdade substancial, não é possível que se conceba a existência de titulares exclusivos daqueles direitos, ou de determinados segmentos da sociedade que exclusivamente deles se beneficiem.

O fundamento principal da extensão dos efeitos do provimento jurisdicional – e norte para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações – é a inobservância da igualdade substancial, decorrente de políticas públicas divorciadas dos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. A vulneração à igualdade substancial deverá ser examinada pelo magistrado no caso concreto, independentemente da natureza individual ou coletiva da demanda.

É mister sublinhar que diferentemente dos órgãos judiciais, os legisladores estão sujeitos a pressões de grupos de interesses e ao crivo da opinião pública que podem constrangê-los e, preocupados com os horizontes políticos da próxima eleição, levarem a se omitir na formulação de políticas públicas, mais do que os juízes vinculados por limitações processuais. Dificilmente, os políticos tomam decisões que venham a influenciar algum setor da comunidade a ponto de ofender a ordem política. Se a opinião pública entender que os governantes erraram, o processo democrático permite que, nas próximas eleições, eles sejam substituídos pela vontade popular. Já os tribunais não têm o mesmo temor de decidir, baseados na insatisfação popular.

Ademais, os legisladores são eleitos e precisam ser reeleitos pela maioria política. A tendência é que defendam os interesses dessa maioria, sendo contrários aos direitos da minoria. Se lutam, com excessiva firmeza, pelos direitos desta, indo contra os da maioria, não são reeleitos na próxima eleição. Destarte, os legisladores estão mais vulneráveis a tomar decisões bem fundamentadas sobre o direito das minorias do que os juízes.

No que tange às políticas públicas de saúde, contudo, a problemática da atuação do Poder Judiciário decorre da ausência de um conteúdo claro para o direito fundamental à saúde. Ainda que o controle sempre tenha sido teoricamente possível em virtude do princípio da unicidade de jurisdição contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, a indefinição conceitual dos direitos, sobretudo, do direito à saúde, bem como suas inúmeras formas de satisfação, geraram diferentes visões acerca do papel do Judiciário.

De modo geral, dentre as vantagens frequentemente mencionadas, nota-se que o protagonismo judicial em matéria de saúde, de acordo com Marrara e Nunes:

1. estimula a concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição, pois determina aos outros Poderes o respeito a direitos de defesa, de prestação ou de participação essenciais para a realização de um mínimo de bem-estar individual e social;
2. desestimula o mau funcionamento do Estado, sobretudo do Poder Legislativo e Executivo nas tarefas que lhe incumbem a fim de concretizar a Constituição. Como se sabe, por razões variadas – desde lobby até desorganização administrativa e corrupção -, os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros estão bastante aquém dos que deles se espera em matéria de atendimento das necessidades coletivas e sociais, não obstante o avanço normativo que representou a Constituição cidadã. Nesse contexto de baixa eficiência e eficácia de muitos setores estatais, são de extrema relevância os estímulos judiciais em forma de determinação de ações concretas quer para coibir erros e ilegalidades, quer para afastar omissões indevidas;
3. coíbe o esvaziamento de investimentos no setor de saúde e o respeito às regras previstas no art. 198 da Constituição, principalmente no nível municipal, em que os recursos são mais escassos – e, por isso, tanto mais importantes para as políticas de saúde – e em que o volume de ilegalidades no tocante ao gasto público é considerável;
4. dificulta o retrocesso social, na medida em que veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados. Nesse particular, contudo, é preciso anotar que a teoria da vedação do retrocesso social, de raiz alemã e hoje também incorporada na jurisprudência de outros países, como Portugal, vem sendo criticada por parte da doutrina brasileira, uma

vez que, tal como asseverado por Têmis Limberger, é questionável a importação de teorias a respeito da revisão do Estado providência ou Estado social em um país que, como o Brasil, jamais conseguiu concretizar um modelo estatal semelhante em sua história (MARRARA e NUNES, 2010, p. 87-88).

Referidos autores, continuam, afirmando que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas de saúde pode ser examinada a partir de seus possíveis efeitos negativos, entre os quais cumpre aqui destacar:

1. a confusão entre microjustiça e macrojustiça, uma vez que, segundo Castro, o Judiciário muitas vezes autoriza demandas dos cidadãos perante o sistema estatal de saúde sem considerar a globalidade das políticas públicas existentes, incluindo as políticas orçamentárias. Assim, não raro, ao buscar a justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticados em um mesmo momento e de modo coerente; 2. A substituição de decisões técnicas por decisões superficiais, pois, em teoria, as decisões judiciais que se impõem ao Estado não seriam formuladas com base em conhecimentos especializados, senão apenas a partir de uma visão externa e grosseira das políticas públicas pelos juízes. Assim, a substituição das decisões técnicas elaboradas pelo Legislativo e pelo Executivo, geralmente discutidas longamente por especialistas, por decisões judiciais em regra monocráticas configurariam sérios riscos ao bom funcionamento das políticas públicas. Note-se, porém, a fragilidade desse argumento por duas razões: a uma, nem sempre o Estado exerce suas competências técnicas da melhor maneira e, a duas, muitas vezes uma boa instrução judicial permite que o Judiciário supera, em muito, a qualidade técnica de decisões governamentais; 3. O desrespeito à reserva do possível e ao orçamento. Nesse particular, cumpre esclarecer que a teoria da reserva do possível, também importada da Alemanha, tem relação com a antiga máxima de que “ninguém está obrigado ao impossível”, mas é aqui aplicada ao Estado no sentido de que este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exigem esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas. Essa teoria, porém, esbarra na regra do mínimo existencial, ou seja, na necessidade de se garantirem direitos subjetivos mínimos do cidadão perante o Estado para concretizar padrões básicos de bem-estar; 4. A eventual violação da harmonia entre os Poderes, dado que, ao controlar amplamente políticas públicas, o Judiciário estaria a invadir um campo de atuação que não lhe pertence, quebrando a harmonia imposta pelo art. 2º da Constituição aos Poderes no seu funcionamento cotidiano (MARRARA e NUNES, 2010, p. 88-89).

No que tange à argumentação de que os julgadores não teriam conhecimento técnico acerca da matéria, cumpre ressaltar que, da mesma forma que faltam conhecimentos técnicos aos juízes, faltam aos membros do legislativo e executivo, não podendo, dessa forma, ser o argumento utilizado como crítica ao ativismo judicial, uma vez que integrantes de todos os poderes podem e devem ser auxiliados

por profissionais com capacidade técnica para apresentar soluções que devem ser consideradas no momento da tomada de decisão, o que muitas vezes não ocorre com relação aos membros do legislativo e executivo que não aplicam o critério técnico para nomeação dos experts, mas sim o critério político como forma de acomodação dos integrantes da base de sustentação de determinado sistema de governo.

Ademais, como bem destacou o jurista Marcus Vinícius Pereira Júnior, o Ministro Gilmar Mendes fez referência para fundamentar o seu voto na suspensão da tutela antecipada 175 do Agravo Regimental do Ceará (STA 175 AgR/CE) a audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal:

“A participação do Judiciário no controle de políticas públicas, inclusive com a intervenção de forma mais efetiva quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental, contribui para que se dê mais transparência à elaboração e controle de políticas públicas, eis que pode o Judiciário realizar audiências públicas como a ocorrida no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, especificamente para ouvir todas as partes envolvidas em políticas públicas de saúde” (PEREIRA JÚNIOR, 2012, p. 178-179).

Em se tratando de crianças e adolescentes, as políticas públicas necessárias para o atendimento do comando judicial seriam de inteira competência das demais formas de expressão do poder estatal, mediante a observância irrestrita do núcleo constitucional de irradiação previsto no art. 227 da Constituição Federal.

O que se deve buscar, nesse momento de reflexão acerca do equilíbrio dos Poderes no âmbito das políticas públicas, é a maior oferta de justiça e bem-estar aos cidadãos, mormente às pessoas em desenvolvimento, as quais gozam de tratamento prioritário na ordem constitucional.

3.8. O direito à saúde infantojuvenil e as Cortes Superiores

As Cortes Superiores há muito vem decidindo lides envolvendo a questão da saúde de menores. Existem diversos julgados nessa matéria, relacionando-se a

diversas espécies de prestações, como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros.

Passa-se, a propósito, a apresentar os seguintes julgados acerca do tema:

O Recurso Extraordinário 195.192-3/RS, no qual a 2ª Turma do Supremo Tribunal consignou o entendimento no sentido de que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, mormente quando envolver criança e adolescente, sendo o acórdão assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. **Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente.** O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (STF, Segunda Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266) (grifo nosso).

O Recurso Especial nº948.944/SP, no qual a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o fornecimento do medicamento necessário ao menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde da criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes. Confira, a propósito, a ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DOENÇA GRAVE. ACÓRDÃO FUNDADO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO APELO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal em face do INSS objetivando garantir à criança J. L, acometida da moléstia denominada "puberdade precoce verdadeira", tratamento mediante fornecimento do medicamento NEODECAPEPTYL. O TRF da 3ª Região, por unanimidade, manteve a sentença de Primeiro Grau,

por entender que: a) o INSS é parte legítima para figurar no feito tendo em vista que as fontes de financiamento da seguridade social são comuns tanto à saúde quanto à assistência e previdência social, a teor do que disciplinam os arts. 194 e 195, da CF de 1988; b) o fornecimento do medicamento pleiteado é medida que se impõe em face dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança. (...).

3. O TRF da 3ª Região apreciou a demanda a partir da interpretação da norma constitucional. Desse modo, é inviável a revisão do aresto, na via do recurso especial, sob pena de usurpar a competência atribuída pela Carta Magna ao colendo STF. 4. Nesse sentido, destaco do julgado impugnado (fls. 158/159): No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. **Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case”(caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor(direito a prestações estatais stricto sensu – direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma(do seu enunciado)para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão(resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.** 5. Recurso especial conhecido em parte e não-provido. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC (STJ, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, REsp 948.944/SP, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008). (grifo nosso)

Existe, atualmente, um número significativo de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, tanto que o Jornal Folha de São Paulo publicou, em julho de 2010, uma reportagem indicando que

entre 2003 e 2009, o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais com solicitações de medicamentos, um gasto de R\$ 159,03 milhões. Só em 2009, foram R\$ 83,16 milhões – 78,4% deste valor foram para comprar 35 drogas importadas. Não estão computadas neste montante as ações ingressadas diretamente nos Estados e Municípios'. (Reportagem intitulada 'Gasto é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores', publicada no Jornal Folha de S. Paulo em 24-7-2010) (MENDES, 2013, p. 637).

Diante dessa realidade, a Presidência do Supremo Tribunal Federal convocou uma audiência pública sobre o tema, que ocorreu nos dias 27-29 de abril e 4-7 de

maio de 2009, no qual buscava-se a participação social, por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que tange ao Sistema Único de Saúde, em suas várias vertentes, visando esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde (MENDES, 2013, p. 637).

Nessa audiência, constatou-se que a intervenção judicial não decorre, na maioria dos casos, de uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas ao cumprimento inadequado de políticas já existentes, devendo ser reforçada a ação conjunta dos entes federativos no cumprimento do mandamento constitucional.

Referido ato, nos dizeres de Gilmar Mendes (2013, p. 638), motivou a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do “Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde”, que foi instituído pela Resolução n. 107/2010, tendo por finalidade propiciar a discussão de temas, como o aumento das ações judiciais na área da saúde, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, entre outros temas importantes.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, diante da realização de referida audiência, admitiu que a interpretação e a aplicação do direito fundamental à saúde são extremamente complexas e dependem, em sua grande maioria, de juízos de ponderação que considerem todas os pormenores dos casos concretos, traçando, diante disso, alguns critérios para decisões mais adequadas sobre o assunto, os quais foram enumerados da seguinte forma por Gilmar Mendes:

1. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Isso porque, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.
 - 1.1. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é preciso verificar se a falta de prestação de saúde decorre de:
 - 1.1.1. omissão legislativa ou administrativa;
 - 1.1.2. decisão administrativa de não fornecê-la; ou

1.1.3. vedação legal expressa à sua dispensação.

Nesse caso, é preciso atentar para o fato de a prestação de saúde estar registrada ou não na ANVISA. Isso porque não raro busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Poder Público ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na ANVISA.

Como ficou claro nos depoimentos prestados na audiência pública, e como regra geral a ser adotada, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. Apenas em casos excepcionais, cuja verificação ocorrerá em concreto, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.

2. O segundo dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. (...). Nessa hipótese, podem ocorrer duas situações:

2.1. A primeira, quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. (...).

2.2. A segunda situação ocorre quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesses casos, é preciso diferenciar (2.2.1) os tratamentos puramente experimentais dos (2.2.2) novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro (MENDES, 2013, p. 640-642).

Verifica-se, assim, que ao se decidir uma demanda envolvendo a questão da saúde, o julgador deve se atentar para a existência ou não de política estatal que a abranja, ou a motivação para o não cumprimento das ações de saúde existentes.

Registre-se, ademais, que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás vem adotando esse posicionamento nas demandas que envolvem o direito à saúde do público infantojuvenil. Confirmam-se, a propósito, os seguintes arestos abaixo relacionados, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERNAÇÃO DE MENOR DEPENDENTE QUÍMICO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENHORA DE VERBA PÚBLICA PARA CUSTEAR TRATAMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA AO MUNICÍPIO. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OBRIGATÓRIO. AGRAVO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. 1. **Em se tratando de criança e adolescente, a Constituição Federal assegura, dentre outros itens, prioridade absoluta no tratamento da saúde, não se podendo aceitar como válidos os argumentos de escassez de verba pelo Poder Público, cujo intuito é tentar reverter a penhora realizada junto ao Fundo Municipal da Saúde.** 2. A multa diária, independentemente de trânsito em julgado da respectiva decisão, é aplicável ao ente público, a fim de compeli-lo a cumprir ordem judicial. AGRAVO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. (TJGO, 3ª Câmara Cível, Relator Dr. Maurício Porfírio Rosa, AI 272887-55.2012.8.09.0000, julgado em 07/05/2013, DJe 1307 de 21/05/2013) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ADOLESCENTES DEPENDENTES QUÍMICOS. TRATAMENTO PARA DESINTOXICAÇÃO. MUNICÍPIO. DESNECESSIDADE DA CITAÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA. ESCASSEZ DE RECURSOS. 1. **O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento do tratamento de que necessita os adolescentes dependentes químicos.** 2. Não é possível falar em litisconsórcio necessário, mas sim de litisconsórcio facultativo, decorrente da solidariedade passiva dos entes públicos em relação ao direito à saúde. E, nesse passo, a formação da relação jurídica processual não depende da citação de todos os devedores solidários - uma vez que o interessado pode escolher contra quem demandar -, não se podendo cogitar da necessidade de litisconsórcio. 3. Consoante orientação do STJ, o Estado, o Município e a União têm responsabilidade solidária, não havendo razão para chamar o Estado e a União ao processo para integrar o polo passivo. Desse modo, a responsabilidade dos entes públicos é solidária e está posta nos art. 196 da CF e art. 11, §2º, do ECA. 4. A prioridade estabelecida pela lei enseja a responsabilização do poder público, sendo irrelevante a alegação de escassez de recursos, o que o obriga o Município a providenciar e custear a internação, ainda que obtido sem licitação, em estabelecimento particular. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Amaral Wilson de Oliveira, AC 266317-35.2010.8.09.0158, julgado em 03/04/2012, DJe 1050 de 25/04/2012) (grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANCA. MEDICAMENTO. ART. 196 DA CF. SAUDE. HIPOSSUFICIENCIA. ECA ART. SETIMO. 1 - É dever do estado garantir a plena assistência à saúde pública para promover o bem estar da sociedade, seja no fornecimento de medicamentos aos cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica, quando imprescindível a manutenção da vida, por meio de atuação efetiva através de política social que alcance todos os necessitados, deixando em segundo plano, quaisquer outros interesses que retirem tal direito do ápice que lhe é atinente, consoante impera a carta magna que prestigia os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 2 - **Estando em debate a saúde de criança ou adolescente, nos termos das disposições contidas no artigo sétimo do ECA, deve ser assegurado com prioridade a proteção de sua saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que lhes propiciem desenvolvimento sadio e harmonioso.** Segurança concedida. (TJGO, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Gilberto Marques Filho, MS 15250-2/101, julgado em 10/07/2007, DJe 15060 de 10/08/2007) (grifo nosso).

Constata-se, nessas circunstâncias, que as Cortes julgadoras tem se atentado para a necessidade de tratamento preferencial a ser dispensado às crianças e aos adolescentes, razão pela qual analisam com outros olhos demandas processuais envolvendo esse grupo de pessoas.

Cumpra registrar que em havendo descumprimento da ordem ou decisão judiciária, abrem-se diversas vias para a aplicação de sanções, quais sejam, a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição (multa prevista no parágrafo único do art. 13 do Código de Processo Civil, a título de *contempt of court*); a responsabilização por ato de improbidade administrativa (artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92); a intervenção no Estado ou no

município (artigos 34, inciso VI, e 35, inciso IV, da Constituição Federal); a responsabilização criminal (artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67) (GRINOVER, 2013, p. 140).

Observa-se, ademais, que os julgadores hoje possuem um norte ao decidir sobre questões envolvendo esse direito social à saúde, mormente, quando se tratar de menores, aos quais devem ser dispensados um tratamento prioritário, diante de suas condições de pessoas em desenvolvimento.

Assim, para que se desenvolvam com dignidade, deve ser exigido do administrador público uma atenção especial às crianças e adolescentes, impondo aos Poderes Executivos e Legislativos a elaboração e realização de políticas públicas que respeitem o axioma do “mínimo existencial”, para que assim esses menores formem suas personalidades, podendo futuramente gozar de liberdade e igualdade, valores conferidos constitucionalmente.

A proibição da proteção deficiente exige do Estado a proibição de inércia e omissão na proteção aos adolescentes infratores, com primazia, com preferencial formulação e execução de políticas públicas de valores que a própria Constituição Federal define como de absoluta prioridade. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa às determinações constitucionais que concretizam o direito fundamente de proteção da criança e do adolescente, sob pena do protagonismo judicial.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são prioritários, ou seja, devem ser atendidos com absoluta preferência, uma vez que os bens da vida por eles acautelados são essenciais à existência humana, permitindo o desenvolvimento e a participação plena da vida em sociedade.

Por se encontrarem inseridos no texto constitucional, o Estado deve buscar efetivá-los, possuindo como núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana.

A propósito, Jürgen Habermas, por meio de sua teoria do discurso, ao admitir que uma norma somente se positiva quando, além de obter força por meio de um procedimento válido perante o direito também se consagra pela aceitação social, coaduna com o entendimento de que o Estado deve assegurar a dignidade da pessoa humana, que existe antes mesmo do discurso ou da criação normativa, contribuindo para a existência de cidadãos livres para discutir os fatos sociais relevantes e elevá-los a categoria de normas legítimas.

Os direitos sociais, abrangidos pela segunda dimensão dos direitos fundamentais, estão relacionados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, correspondendo aos direitos à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

Esses direitos outorgam aos cidadãos um título para exigir essa prestação de quem quer que esteja obrigado, de acordo com a competência definida no texto constitucional.

O direito à saúde, direito social fundamental, está regido na Constituição Federal, que ordena o “acesso universal igualitário” (art. 196), devendo o Estado providenciar as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º da Lei nº

8.080/90), reclamando respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos, e, no caso, pelo grupo infantojuvenil, quando do desenvolvimento das políticas públicas, ao qual foi estabelecido a prioridade no seu trato (art. 227, § 1º, da CF/1988).

Esse direito à saúde pode ser compreendido como garantia de bem-estar físico, mental e social. Para o indiano Amartya Sen, a ideia de bem-estar deve ser concebida em termos de qualidade do estado da pessoa, consistindo num conjunto de “funcionamentos”, que variam desde coisas elementares, como gozar de boa saúde, até realizações mais complexas, como ser feliz. Estes funcionamentos relacionam-se com a capacidade para realizá-los, sendo ela reflexo da liberdade da pessoa para levar determinado tipo de vida.

Assim, para este economista, gozar de boa saúde está intrinsecamente relacionado com a existência digna da pessoa.

Com o surgimento do pós-positivismo, voltado para a realização do Estado Democrático de Direito, buscou-se, conforme ressaltou Sarmiento, dar maior efetividade aos direitos fundamentais, sobretudo porque positivados no texto constitucional, de forma a possibilitar que os cidadãos participem da vida política e jurídica da sociedade, com plena consciência de que são partes fundamentais desta.

Assim, a constitucionalização é assinalada por Canotilho como a incorporação de direitos em normas formalmente básicas, com a subtração do seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário, tendo como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas.

Nesta nova ordem, os princípios passaram a gozar de relevante importância, sendo considerados mandados de otimização, segundo Alexy, os quais devem ser observados, pelo julgador, quando da aplicação do direito, sendo de crível

importância o princípio da igualdade, diante do contexto de que deve ser dispensado tratamento com igual dignidade a todos os cidadãos, mormente às pessoas em desenvolvimento, que necessitam de uma proteção especial.

Ademais, numa sociedade plural e diversa, como no estado brasileiro, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los.

A saúde na infância e adolescência é de crível importância para o desenvolvimento físico-social-moral e intelectual, como direito da pessoa humana, e qualidade de vida futura, para que se possa formar cidadãos livres e iguais, os quais poderão exercer, nesses moldes, plenamente seus direitos. Diante desse contexto, há de ser dispensada maior atenção a esses seres em fase peculiar de crescimento e de desenvolvimento não só físico, mas mental e intelectual, totalmente dependentes de sua saúde.

Uma criança ou um jovem sem saúde não brinca, não estuda, não desenvolve, isto é, não cresce, não evoluiu e, dessa forma, é relegado à margem da sociedade.

De outro lado, como vimos, aos Poderes Executivo e Legislativo incumbe a tarefa de elaborar e colocar em prática políticas públicas, a fim de efetivar o tratamento prioritário consolidado no Texto Constitucional.

Os direitos fundamentais são plenamente justicializáveis, ou seja, permitem um protagonismo judicial, havendo a sua inobservância. A discricionariedade instrumental do Poder Legislativo e do Poder Executivo não inibe a atuação judicial, já que não há discricionariedade em face da lesão a direitos fundamentais.

Assim, diante de ausência dessas políticas públicas ou ineficiência destas, o Poder Judiciário é chamado a atuar, mormente diante da posição que assumiu com o pós-positivismo, no qual restou superado o rigor da teoria da separação dos poderes, no qual a Constituição Federal passou a ter força normativa, devendo ser respeitados e observados os valores nela insertos, sobretudo a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da ordem constitucional.

As políticas públicas podem ser controladas judicialmente, dessa forma, não apenas quanto aos seus aspectos de legalidade formal, mas também no que tange à sua adequação ao conteúdo e aos fins da Constituição, que são, entre outros, fundamentalmente os fixados no artigo 3º, sendo inconstitucional qualquer política que atente contra os fins determinados na Carta Magna de 1988.

À jurisdição constitucional, nessa fase do pós-positivismo, cabe realizar um papel de controle da administração e de realização dos direitos fundamentais sociais, uma vez que os paradoxos resultantes do abismo entre as promessas da modernidade e a realidade social acabam por desaguar no Poder Judiciário.

O reconhecimento de catálogos amplos e genéricos de direitos sociais na Constituição criou um ambiente institucional favorável para que o Poder Judiciário passasse a figurar como um importante ator na implementação e fomento de políticas públicas. De um modelo normativo caracterizado pela imposição de limites à atuação do Estado, preocupando-se exclusivamente com a proteção do indivíduo em face do mesmo, passa-se, com a positivação dos direitos sociais, a exigirem-se prestações proporcionais pelo Estado (dever ou obrigação de fazer). O agir estatal positivo, ao ensejar a criação e efetivação de políticas públicas, faz com que esses direitos adquiram caráter coletivo.

A alteração, modificação ou criação de políticas públicas pelo Poder Judiciário dependerá de uma fundamentação adequada, inclusive com o afastamento dos princípios formais que garantem a competência dos poderes instituídos. Para o afastamento dos princípios formais e das regras insuficientes na persecução das

finalidades constitucionais, o Poder Judiciário poderá utilizar as leis de sopesamento e da conexão (Alexy), efetuando o juízo da proporcionalidade por meio das condicionantes fáticas e jurídicas.

Assim, num panorama de déficit público, um mínimo de racionalidade no modo como os recursos serão alocados é condição necessária à eficiência dos programas sociais. Nesse sentido, ao ser atribuída ao Poder Judiciário a função de controle de políticas sociais, torna-se necessária a utilização de critérios econômicos na razão de decidir, além do necessário atributo da autocontenção.

Percebe-se que um dos principais argumentos contrários ao controle judicial dos atos dos demais poderes baseia-se numa leitura vetusta e ultrapassada do princípio da separação dos poderes, no qual o Judiciário não poderia intervir em assuntos que seriam afetos unicamente à administração.

Torna-se imperioso, nesse diapasão, que o intérprete passe a compreender a separação de poderes não como um entrave à realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, mas como um instrumento de controle entre os poderes, objetivando à efetivação dos direitos fundamentais sociais, sobretudo à saúde, e à observância da programaticidade constitucional.

Destarte, quando violado o núcleo essencial dos direitos sociais, atingindo dessa forma a dignidade da pessoa humana, evidente que o Judiciário estará legitimado para interferir e corrigir a atuação estatal, consoante pondera a teoria substancialista, desenvolvida por Dworkin.

Em um país onde são gastos milhões de reais na construção de sedes governamentais e em publicidade institucional, apenas para dar poucos exemplos, o argumento da reserva do possível jamais poderá ser admitido como entrave à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Destarte, havendo colisão entre os princípios da reserva do possível e o da

vedação do retrocesso social, necessário se faz utilizar como marco teórico a tese da Lei de Ponderação de Robert Alexy para solucionar o problema, levando-se em consideração a ponderação em sentido específico, verificando a importância de um direito e se a sua aplicação justifica a não satisfação do outro.

Demais disso, Luis Roberto Barroso destaca que os direitos fundamentais ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto com princípios constitucionais.

Havendo, portanto, colisão entre o princípio da vedação do retrocesso social e o da reserva do possível devem ser examinadas as peculiaridades do caso concreto, ponderando-se entre as necessidades e as possibilidades dos envolvidos por meio da proporcionalidade, levando-se em consideração as vantagens a serem auferidas.

O controle judicial das políticas públicas se constitui, desta forma, em importante instrumento para a consolidação da democracia no Brasil, pois, por meio do Poder Judiciário, as demandas de natureza social e econômica poderão ser problematizadas a partir de discursos ancorados na Constituição.

Verifica-se, assim, que no Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, sujeita-se à observância rigorosa da Constituição.

A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas no texto constitucional, sendo esse poder corresponsável pela afirmação dos direitos sociais, como é o caso da saúde. Ao revés, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distante se torna a promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.

Demais disso, com o início de uma legislação específica para as crianças e adolescentes, a partir do século XX, eles deixaram de ser objeto apenas de caridade, passando a ser objeto de políticas públicas.

Na redação do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, abolindo o Código de Menores e, em seu lugar, em 1990, promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse Estatuto representou uma verdadeira revolução nas áreas jurídica, social e política, uma vez que considera a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, consagra o princípio da absoluta prioridade no seu atendimento e ressalta a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Os menores têm direito, portanto, ao mínimo existencial, que corresponde às condições mínimas de existência digna, exigindo prestações positivas por parte do Estado, na condição de pessoas em desenvolvimento, tratando-se de um dever do Estado a prestações no sentido de dar dignidade à existência dos menores.

Não se pode admitir, outrossim, medidas retrocessivas, ou seja, o legislador e o administrador são impedidos de reduzir o grau de proteção dos direitos sociais a zero, de forma a anular a prestação social já criada e colocada à disposição do cidadão, sem criar mecanismos de substituição ou alternativas viáveis para garantir o mínimo para a existência condigna do menor, o acaba por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Registra-se, a propósito, que o avanço no reconhecimento legal dos direitos das crianças e dos adolescentes permite uma interferência maior por parte do Judiciário a fim de que esses direitos sejam efetivados, traduzindo-se em práticas de reconhecimento desses sujeitos de direitos, pessoas em desenvolvimento.

Ademais, é necessária a atuação, implantação e efetivação de políticas

sociais que consigam entregar a esse grupo condições de desenvolver sua personalidade, a fim de que sejam cidadãos livres e iguais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal, por si sós, não garantem o respeito a essa parcela da sociedade, sendo necessário um empreendimento de grande esforço, visando a pregação no Estatuto como penhor de uma aliança social em favor das crianças e dos adolescentes, consideradas prioridade absoluta, para construção de uma cidadania democrática e participativa.

A legislação permite à sociedade civil ser ouvida, participar e intervir, para que assim sejam formados cidadãos emancipados, livres e saudáveis.

O judiciário, no caso de eventuais desvios na implementação dos direitos fundamentais à saúde infantojuvenil pelos demais poderes, deverá conformar as políticas públicas preferenciais, já previstas no texto constitucional, à atividade legislativa e executiva.

O resguardo do direito à saúde do menor, pelo Judiciário, deverá levar em consideração a tese desenvolvida por Dworkin, referente aos “hard case” (caso difícil), porquanto devem ser utilizados os argumentos de princípio, uma vez que, pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial proporciona ao menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face do princípio democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.

Por fim, é importante registrar que o fato de serem as políticas públicas judicializáveis não significa, de modo algum, que se está incentivando o uso indiscriminado do processo como meio regulador dos temas políticos no Brasil. Pelo contrário, esse protagonismo judicial não é o canal ideal de fixação de tais políticas públicas, que, *a priori*, permanecem como competência dos poderes essencialmente políticos. A intervenção do judiciário na seara da saúde infantojuvenil, nesses

moldes, embora indispensável em casos de omissão ou de desvirtuamento dos poderes políticos, deve ser sempre a *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAD, Miguel. “Crítica política das políticas da juventude”. In: FREITAS, Maria Virgínia de; PAPA, Fernanda de Carvalho. *Políticas públicas: Juventude em pauta*. (org.). São Paulo: Cortez, 2003.

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Cláudio José Amaral. *O Direito Social À Saúde Na Constituição Federal De 1988: Reserva do Possível e Mínimo Existencial – Limites?* Revista Novatio Iuris. Ano II – n^o 3 – julho de 2009.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1.ed. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Direito das minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARDIGÓ, Maria Inês França. *Estatuto da criança e do adolescente: direitos e deveres*. Leme: Editora Cronus, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. ***Política Nacional de Assistência Social***. Brasília, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Área de Saúde do Adolescente e do Jovem. Marco legal: saúde, um direito de adolescentes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área de Saúde do Adolescente e do Jovem. – Brasília : Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. ***Norma Operacional Básica – NOB/SUAS, Construindo as bases para a implantação do Sistema Único de Assistência Social***. Resolução nº 130, de 15 de julho de 2005. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde da Criança e Aleitamento Materno. ***Gestões e gestores de políticas públicas de atenção à saúde da criança: 70 anos de história / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde da Criança e Aleitamento Materno***. – Brasília : Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2011.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Saúde da Criança: materiais informativos. Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_materiais_infomativos_saude_crianca.pdf . Último acesso em 24 de junho de 2013.**

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e combate à Fome. ***Política de Assistência Social Brasileira. Sistema Único de Assistência Social – SUAS***. Disponível em: [http://www.ipc-undp.org/doc_africa_brazil/5.SNAS %20AnaLigiaGomes.pdf](http://www.ipc-undp.org/doc_africa_brazil/5.SNAS_%20AnaLigiaGomes.pdf). Último acesso em 15 de junho de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *O conceito de política pública em direito*. In:

Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro – Teoria geral do direito social – Direito da segurança social (Direito assistencial e direito previdencial) – Direito coletivo do trabalho (direito corporativo)*. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1963.

CIESPI. Disponível em <http://www.ciespi.org.br/bases-de-dados/infancia-e-juventude/criancas-e-adolescentes-indicadores-de-vulnerabilidade>. Acesso em 10 maio 2013.

CONTO, Mario de. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Ana Maria; BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario. *Onde foi parar o sonho do SUS?*. Le Monde Diplomatique Brasil, abr. 2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1395>. Acesso em: 29 abr. 2013.

COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (org.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Direito a saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípios*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: editora Juspodivm, 2012.

FRIAS, Paulo Germano de; MULLACHERY, Pricila Honorato; GIUGLIANI, Elsa Regina Justo. *Políticas de saúde direcionadas às crianças brasileiras: breve histórico com enfoque na oferta de serviços de saúde*. In: BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. *Saúde Brasil 2008: 20 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

GANDINI, João Agnaldo; BARIONE, Samantha Ferreira; e SOUZA, André Evangelista de. *Judicialização do direito à saúde: prós e contras*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). ***Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial***. São Paulo: Atlas, 2010.

GELIS FILHO, Antonio. *Sistemas de Saúde e Constituição: análise da relação entre a presença de proteção constitucional do direito à saúde e mortalidade infantil em 112 países*. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Doutor em Administração de Empresas. São Paulo/SP, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

IBGE. Comunicação social. *Mortalidade infantil caiu de 69,1% em 1980 para 16,7% em 2010*. Disponível em <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2436>. Último acesso em 02.08.2013.

LAMY, Marcelo. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Técnicas de Investigação, Argumentação e Redação*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011.

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

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008 (Coleção Gilmar Mendes; v. 7).

NUNES, Antônio José Avelãs. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. 1989. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Último acesso em 15.05.2013.

_____. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Último acesso em

15.05.2013.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Orçamento e políticas públicas infantojuvenis: fixação de planos ideais de atuação para os atores do sistema de garantia de direitos das crianças e adolescentes (SGD)*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PES, João Hélio Ferreira. *Os Direitos das Crianças e Adolescentes no Contexto Histórico dos Direitos Humanos*. In: PES, João Hélio Ferreira (coord). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

REZENDE, Nanci Figueirôa. *A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Wanderley. *A monografia no curso de direito: anotações para a sua produção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RUA, Maria das Graças. *O Estudo da Política: Tópicos Selecionados*. In: Maria das Graças Rua; Maria Carvalho (org.). Brasília: Paralelo 15, 1998, pp. 231-260.

SANTANA, José Lima. *O princípio constitucional da eficiência e o Sistema Único de Saúde (SUS)*. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (org.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Francisca Georgina Macêdo de. *Tecendo a Teia do Cuidado à Criança na Atenção Básica de Saúde: dos seus contornos ao encontro com a integralidade*. Tese [Doutorado em Enfermagem]. Florianópolis (SC): UFSC/PEN, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Orgs.). ***Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica***. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. ***O direito ao mínimo existencial***. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Legislação consultada:

Constituição do Império, 1824. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Constituição da República, de 1891. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Constituição da República, 1934. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Constituição da República, de 1937. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Constituição da República, 1946. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de setembro de 2012.

Constituição da República, de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Constituição da República, de 5 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 07 de janeiro de 2012.

Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 8.080/1990, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 08 de agosto de 2013.

Lei nº 8.142/1990, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 8.742/1993, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br.

Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 9.787/1999, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 10.211/2001, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

EC nº 51/2006, de 14 de fevereiro de 2006. Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição federal. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 05 de março de 2012.

Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nº 8.080, de 19

de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 06 de maio de 2013.

Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013. Institui o Programa Mais Médicos, altera as Leis nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Último acesso em 24 de outubro de 2013.

ANEXOS

ANEXO 1 – Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1;

Considerando que o Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesmo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de novembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Francisco Rezek

Este texto não substitui o publicado no DOU de 22.11.1990

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Preâmbulo

Os Estados Partes da presente Convenção,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;

Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações

Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança;

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";

Lembrado o estabelecido na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado;

Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;

Tomando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento;

Acordam o seguinte:

PARTE I

Artigo 1

Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser

humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes.

Artigo 2

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Artigo 4

Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.

Artigo 5

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Artigo 6

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Artigo 8

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Artigo 9

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, conseqüências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

Artigo 10

1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares.

2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.

Artigo 11

1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.

2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes.

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Artigo 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.

2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:

a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou

b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

Artigo 14

1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade.

3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Artigo 15

1 Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.

2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

Artigo 16

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

Artigo 17

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29;

b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;

c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças;

d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;

e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

Artigo 18

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

Artigo 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

Artigo 20

1. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado.

2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças.

3. Esses cuidados poderiam incluir, inter alia, a colocação em lares de adoção, a kafalah do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.

Artigo 21

Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que:

a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;

b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem;

c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;

d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;

e) quando necessário, promover os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidarão esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.

Artigo 22

1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção.

Artigo 23

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

4. Os Estados Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

- a) reduzir a mortalidade infantil;
- b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
- c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
- d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
- e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.

4. Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 25

Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

Artigo 26

1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

Artigo 27

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições

esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

Artigo 30

Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

Artigo 31

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

2. Os Estados Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

Artigo 32

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes, deverão, em particular:

- a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;
- b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;
- c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.

Artigo 33

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

Artigo 34

Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer

atividade sexual ilegal;

- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

Artigo 35

Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

Artigo 36

Os Estados Partes protegerão a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar.

Artigo 37

Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Artigo 38

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades.

3. Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso

recrutm pessoas que tenham completado quinze anos mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade.

4. Em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito humanitário internacional para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado.

Artigo 39

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

Artigo 40

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade

de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

Artigo 41

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

a) das leis de um Estado Parte;

b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

PARTE II

Artigo 42

Os Estados Partes se comprometem a dar aos adultos e às crianças amplo conhecimento dos princípios e disposições da convenção, mediante a utilização de meios apropriados e eficazes.

Artigo 43

1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes na presente convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas.

2. O comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente convenção. Os membros do comitê serão eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais e exercerão suas

funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa bem como os principais sistemas jurídicos.

3. Os membros do comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes. Cada Estado Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.

4. A eleição inicial para o comitê será realizada, no mais tardar, seis meses após a entrada em vigor da presente convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas num prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em ordem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados Partes que os designaram, e submeterá a mesma aos Estados Partes presentes à Convenção.

5. As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o quorum será de dois terços dos Estados Partes, os candidatos eleitos para o comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.

6. Os membros do comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o presidente da reunião na qual a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros.

7. Caso um membro do comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado Parte que indicou esse membro designará outro especialista, dentre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do comitê.

8. O comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento.

9. O comitê elegerá a mesa para um período de dois anos.

10. As reuniões do comitê serão celebradas normalmente na sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o comitê julgar conveniente. O comitê se reunirá normalmente todos os anos. A duração das reuniões do comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados Partes da presente convenção, sujeita à aprovação da Assembléia Geral.

11. O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do comitê de acordo com a presente convenção.

12. Com prévia aprovação da Assembléia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela assembléia.

1. Os Estados Partes se comprometem a apresentar ao comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos:

a) num prazo de dois anos a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado Parte a presente convenção;

b) a partir de então, a cada cinco anos.

2. Os relatórios preparados em função do presente artigo deverão indicar as circunstâncias e as dificuldades, caso existam, que afetam o grau de cumprimento das obrigações derivadas da presente convenção. Deverão, também, conter informações suficientes para que o comitê compreenda, com exatidão, a implementação da convenção no país em questão.

3. Um Estado Parte que tenha apresentado um relatório inicial ao comitê não precisará repetir, nos relatórios posteriores a serem apresentados conforme o estipulado no sub-item b) do parágrafo 1 do presente artigo, a informação básica fornecida anteriormente.

4. O comitê poderá solicitar aos Estados Partes maiores informações sobre a implementação da convenção.

5. A cada dois anos, o comitê submeterá relatórios sobre suas atividades à Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio do Conselho Econômico e Social.

6. Os Estados Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus respectivos países.

Artigo 45

A fim de incentivar a efetiva implementação da Convenção e estimular a cooperação internacional nas esferas regulamentadas pela convenção:

a) os organismos especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos das Nações Unidas terão o direito de estar representados quando for analisada a implementação das disposições da presente convenção que estejam compreendidas no âmbito de seus mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos competentes que considere apropriados a fornecer assessoramento especializado sobre a implementação da Convenção em matérias correspondentes a seus respectivos mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para Infância e outros órgãos das Nações Unidas a apresentarem relatórios sobre a implementação das disposições da presente convenção compreendidas no âmbito de suas atividades;

b) conforme julgar conveniente, o comitê transmitirá às agências especializadas, ao Fundo das Nações Unidas para a Infância e a outros órgãos competentes quaisquer relatórios dos Estados Partes que contenham um pedido de assessoramento ou de assistência técnica, ou nos quais se indique essa necessidade, juntamente com as observações e sugestões do comitê, se as houver, sobre esses pedidos ou indicações;

c) comitê poderá recomendar à Assembléia Geral que solicite ao Secretário-Geral que efetue, em seu nome, estudos sobre questões concretas relativas aos direitos da criança;

d) o comitê poderá formular sugestões e recomendações gerais com base nas informações recebidas nos termos dos Artigos 44 e 45 da presente convenção. Essas sugestões e recomendações gerais deverão ser transmitidas aos Estados Partes e encaminhadas à Assembléia geral, juntamente com os comentários eventualmente apresentados pelos Estados Partes.

PARTE III

Artigo 46

A presente convenção está aberta à assinatura de todos os Estados.

Artigo 47

A presente convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 48

A presente convenção permanecerá aberta à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 49

1. A presente convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. Para cada Estado que venha a ratificar a convenção ou a aderir a ela após ter sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por parte do Estado, de seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo 50

1. Qualquer Estado Parte poderá propor uma emenda e registrá-la com o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará a emenda proposta aos Estados Partes, com a solicitação de que estes o notifiquem caso apoiem a convocação de uma Conferência de Estados Partes com o propósito de analisar as propostas e submetê-las à votação. Se, num prazo de quatro meses a partir da data dessa notificação, pelo menos um terço dos Estados Partes se declarar favorável a tal Conferência, o Secretário-Geral convocará conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria de Estados Partes presentes e votantes na conferência será submetida pelo Secretário-Geral à Assembléia Geral para sua aprovação.

2. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo entrará em vigor quando aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e aceita por uma maioria de dois terços de Estados Partes.

3. Quando uma emenda entrar em vigor, ela será obrigatória para os Estados Partes que as tenham aceito, enquanto os demais Estados Partes permanecerão

obrigados pelas disposições da presente convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles.

Artigo 51

1. O Secretário-Geral das Nações Unidas receberá e comunicará a todos os Estados Partes o texto das reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou da adesão.

2. Não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objetivo e o propósito da presente convenção.

3. Quaisquer reservas poderão ser retiradas a qualquer momento mediante uma notificação nesse sentido dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que informará a todos os Estados. Essa notificação entrará em vigor a partir da data de recebimento da mesma pelo Secretário-Geral.

Artigo 52

Um Estado Parte poderá denunciar a presente convenção mediante notificação feita por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia entrará em vigor um ano após a data em que a notificação tenha sido recebida pelo Secretário-Geral.

Artigo 53

Designa-se para depositário da presente convenção o Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 54

O original da presente convenção, cujos textos em árabe chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado em poder do Secretário-Geral das Nações Unidas.

Em fé do que, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

**ANEXO 2 – Resolução nº 113/2006, do Conselho Nacional dos
Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que dispõe
sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do
Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente**

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -CONANDA , no uso das atribuições legais estabelecidas na Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 e no Decreto nº 5.089 de 20 de maio de 2004, em cumprimento ao que estabelecem o art. 227 caput e § 7º da Constituição Federal e os artigos 88, incisos II e III, 90, parágrafo único, 91, 139, 260, §2º e 261, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90, e a deliberação do Conanda, na Assembléia Ordinária n.º 137, realizada nos dias 08 e 09 de março de 2006, resolve aprovar os seguintes parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente:

CAPÍTULO I - DA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS A CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

§ 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

§ 2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.

Art. 2º Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, além de garantir a

apuração e reparação dessas ameaças e violações.

§ 1º O Sistema procurará enfrentar os atuais níveis de desigualdades e iniquidades, que se manifestam nas discriminações, explorações e violências, baseadas em razões de classe social, gênero, raça/etnia, orientação sexual, deficiência e localidade geográfica, que dificultam significativamente a realização plena dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consagrados nos instrumentos normativos nacionais e internacionais, próprios.

§ 2º Este Sistema fomentará a integração do princípio do interesse superior da criança e do adolescente nos processos de elaboração e execução de atos legislativos, políticas, programas e ações públicas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetem crianças e adolescentes.

§ 3º Este Sistema promoverá estudos e pesquisas, processos de formação de recursos humanos dirigidos aos operadores dele próprio, assim como a mobilização do público em geral sobre a efetivação do princípio da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente.

§ 4º O Sistema procurará assegurar que as opiniões das crianças e dos adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

Art. 3º A garantia dos direitos de crianças e adolescentes se fará através das seguintes linhas estratégicas:

I efetivação dos instrumentos normativos próprios, especialmente da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente;

II implementação e fortalecimento das instâncias públicas responsáveis por esse fim; e

III facilitação do acesso aos mecanismos de garantia de direitos, definidos em lei.

CAPÍTULO II - DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 4º Consideram-se instrumentos normativos de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, para os efeitos desta Resolução:

I Constituição Federal, com destaque para os artigos, 5º, 6º, 7º, 24 - XV, 226, 204, 227 e 228;

II Tratados internacionais e interamericanos, referentes à promoção e proteção de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, enquanto normas constitucionais, nos termos da Emenda nº 45 da Constituição Federal, com especial atenção para a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente;

III Normas internacionais não-convencionais, aprovadas como Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, a respeito da matéria;

IV Lei Federal nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990;

V Leis federais, estaduais e municipais de proteção da infância e da adolescência;

VI Leis orgânicas referentes a determinadas políticas sociais, especialmente as da assistência social, da educação e da saúde;

VII Decretos que regulamentem as leis indicadas;

VIII Instruções normativas dos Tribunais de Contas e de outros órgãos de controle e fiscalização (Receita Federal, por exemplo);

IX Resoluções e outros atos normativos dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, nos três níveis de governo, que estabeleçam principalmente parâmetros, como normas operacionais básicas, para regular o funcionamento do Sistema e para especificamente formular a política de promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente, controlando as ações públicas decorrentes; e

X Resoluções e outros atos normativos dos conselhos setoriais nos três níveis de governo, que estabeleçam principalmente parâmetros, como normas operacionais básicas, para regular o funcionamento dos seus respectivos sistemas.

CAPÍTULO III -DAS INSTÂNCIAS PÚBLICAS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 5º Os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil, que integram esse Sistema, deverão exercer suas funções, em rede, a partir de três eixos estratégicos de ação:

I defesa dos direitos humanos;

II promoção dos direitos humanos; e

III controle da efetivação dos direitos humanos.

Parágrafo único. Os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil que integram o Sistema podem exercer funções em mais de um eixo.

CAPÍTULO IV - DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 6º O eixo da defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes caracteriza-se pela garantia do acesso à justiça, ou seja, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e da adolescência, para assegurar a impositividade deles e sua exigibilidade, em concreto.

Art. 7º Neste eixo, situa-se a atuação dos seguintes órgãos públicos:

I judiciais, especialmente as varas da infância e da juventude e suas equipes multiprofissionais, as varas criminais especializadas, os tribunais do júri, as comissões judiciais de adoção, os tribunais de justiça, as corregedorias gerais de Justiça;

II público-ministeriais, especialmente as promotorias de justiça, os centros de apoio operacional, as procuradorias de justiça, as procuradorias gerais de justiça, as corregedorias gerais do Ministério Público;

- III defensorias públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária;
- IV advocacia geral da união e as procuradorias gerais dos estados
- V polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica;
- VI polícia militar;
- VII conselhos tutelares; e
- VIII ouvidorias.

Parágrafo Único. Igualmente, situa-se neste eixo, a atuação das entidades sociais de defesa de direitos humanos, incumbidas de prestar proteção jurídico-social, nos termos do artigo 87, V do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 8º Para os fins previstos no art. 7º, é assegurado o acesso à justiça de toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, através de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 1º Será prestada assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a todas as crianças ou adolescentes e suas famílias, que necessitarem, preferencialmente através de defensores públicos, na forma da Lei Complementar de Organização da Defensoria Pública.

§ 2º A não garantia de acesso à Defensoria Pública deverá implicar em sanções judiciais e administrativas cabíveis, a serem aplicadas quando da constatação dessa situação de violação de direitos humanos.

Art. 9º O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas ações, garantindo a criação, implementação e fortalecimento de:

I Varas da Infância e da Juventude, específicas, em todas as comarcas que correspondam a municípios de grande e médio porte ou outra proporcionalidade por número de habitantes, dotando-as de infra-estruturas e prevendo para elas regime de plantão;

II Equipes Interprofissionais, vinculadas a essas Varas e mantidas com recursos do Poder Judiciário, nos termos do Estatuto citado;

III Varas Criminais, especializadas no processamento e julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes, em todas as comarcas da Capital e nas cidades de grande porte e em outras cidades onde indicadores apontem essa necessidade, priorizando o processamento e julgamento nos Tribunais do Júri dos processos que tenham crianças e adolescentes como vítimas de crimes contra a vida;

IV Promotorias da Infância e Juventude especializadas, em todas as comarcas na forma do inciso III;

V Centros de Apoio Operacional às Promotorias da Infância e Juventude;

VI Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnico-jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem; e

VIII Delegacias de Polícia Especializadas, tanto na apuração de ato infracional atribuído a adolescente, quanto na apuração de delitos praticados contra crianças e adolescentes em todos os municípios de grande e médio porte.

Art. 10. Os conselhos tutelares são órgãos contenciosos não-jurisdicionais, encarregados de "zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente", particularmente através da aplicação de medidas especiais de proteção a crianças e adolescentes com direitos ameaçados ou violados e através da aplicação de medidas especiais a pais ou responsáveis (art. 136, I e II da Lei 8.069/1990).

Parágrafo Único. Os conselhos tutelares não são entidades, programas ou serviços de proteção, previstos nos arts. 87, inciso III a V, 90 e 118, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 11. As atribuições dos conselhos tutelares estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo ser instituídas novas atribuições em Regimento Interno ou em atos administrativos semelhante de quaisquer outras autoridades.

Parágrafo Único. É vedado ao Conselho Tutelar aplicar e ou executar as medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 12. Somente os conselhos tutelares têm competência para apurar os atos infracionais praticados por crianças, aplicando-lhes medidas específicas de proteção, previstas em lei, a serem cumpridas mediante requisições do conselho. (artigo 98, 101, 105 e 136, III, "b" da Lei 8.069/1990).

Art. 13. Os conselhos tutelares deverão acompanhar os atos de apuração de ato infracional praticado por adolescente, quando houver fundada suspeita da ocorrência de algum abuso de poder ou violação de direitos do adolescente, no sentido de providenciar as medidas específicas de proteção de direitos humanos, prevista em lei e cabível.

CAPÍTULO V - DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 14. O eixo estratégico da promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes operacionaliza-se através do desenvolvimento da "política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente", prevista no artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que integra o âmbito maior da política de promoção e proteção dos direitos humanos.

§ 1º Essa política especializada de promoção da efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes desenvolve-se, estrategicamente, de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais) e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes.

§ 2º No desenvolvimento dessa política deverão ser considerados e respeitados os princípios fundamentais enumerados no artigo 2º e seus parágrafos desta

Resolução.

§ 3º O desenvolvimento dessa política implica:

I na satisfação das necessidades básicas de crianças e adolescentes pelas políticas públicas, como garantia de direitos humanos e ao mesmo tempo como um dever do Estado, da família e da sociedade;

II na participação da população, através suas organizações representativas, na formulação e no controle das políticas públicas;

III na descentralização política e administrativa, cabendo a coordenação das políticas e edição das normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dessas políticas e dos respectivos programas às esferas estadual, Distrital e municipal, bem como às entidades sociais; e

IV no controle social e institucional (interno e externo) da sua implementação e operacionalização.

Art. 15. A política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes operacionaliza-se através de três tipos de programas, serviços e ações públicas:

I serviços e programas das políticas públicas, especialmente das políticas sociais, afetos aos fins da política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes;

II serviços e programas de execução de medidas de proteção de direitos humanos; e
III serviços e programas de execução de medidas socioeducativas e assemelhadas.

SEÇÃO I - DOS SERVIÇOS E PROGRAMAS DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

SUBSEÇÃO I DOS PROGRAMAS EM GERAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 16. As políticas públicas, especialmente as políticas sociais, assegurarão o acesso de todas as crianças e todos os adolescentes a seus serviços, especialmente as crianças e os adolescentes com seus direitos violados ou em conflito com a lei, quando afetos às finalidades da política de atendimento dos direitos humanos da criança e do adolescente, obedecidos aos princípios fundamentais elencados nos parágrafos do artigo 2º desta Resolução.

SUBSEÇÃO II - DOS SERVIÇOS E PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Art. 17. Os serviços e programas de execução de medidas específicas de proteção de direitos humanos têm caráter de atendimento inicial, integrado e emergencial, desenvolvendo ações que visem prevenir a ocorrência de ameaças e violações dos direitos humanos de crianças e adolescentes e atender às vítimas imediatamente após a ocorrência dessas ameaças e violações.

§ 1º Esses programas e serviços ficam à disposição dos órgãos competentes do Poder Judiciário e dos conselhos tutelares, para a execução de medidas específicas

de proteção, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente; podendo, todavia receber diretamente crianças e adolescentes, em caráter excepcional e de urgência, sem previa determinação da autoridade competente, fazendo, porém a devida comunicação do fato a essa autoridade, até o segundo dia útil imediato, na forma da lei citada .

§ 2º Os programas e serviços de execução de medidas específicas de proteção de direitos humanos obedecerão aos parâmetros e recomendações estabelecidos pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente Conanda e, complementarmente, pelos demais conselhos dos direitos, em nível estadual, Distrital e municipal e pelos conselhos setoriais competentes.

§ 3º Estes programas se estruturam e organizam sob a forma de um Sistema Nacional de Proteção de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, regulado por normas operacionais básicas específicas, a serem editadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda.

Art. 18. Consideram-se como programas e serviços de execução de medidas de proteção de direitos humanos aqueles previstos na legislação vigente a respeito da matéria.

SUBSEÇÃO III - DOS PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E ASSEMELHADAS

Art. 19. Os programas de execução de medidas socioeducativas são destinados ao atendimento dos adolescentes autores de ato infracional, em cumprimento de medida judicial socioeducativa, aplicada na forma da lei, em decorrência de procedimento apuratório, onde se assegure o respeito estrito ao princípio constitucional do devido processo legal.

§ 1º Os programas de execução de medidas socioeducativas para adolescentes autores de ato infracional obedecerão aos parâmetros e recomendações estabelecidos pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e, complementarmente, pelos demais conselhos dos direitos, em nível Estadual, Distrital e Municipal.

§ 2º Estes programas se estruturam e organizam, sob forma de um Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo -SINASE em cumprimento dos seguintes princípios norteadores:

I prevalência do conteúdo educativo sobre os sancionatórios e meramente de contenção, no atendimento socioeducativo;

II ordenação do atendimento socioeducativo e da sua gestão, a partir do projeto político-pedagógico;

III construção, monitoramento e avaliação do atendimento socioeducativo, com a participação proativa dos adolescentes socioeducandos;

IV exemplaridade, presença educativa e respeito à singularidade do adolescente socioeducando, como condições necessárias no atendimento socioeducativo;

V disciplina como meio para a realização do processo socioeducativo;

VI exigência e compreensão enquanto elementos primordiais de reconhecimento e respeito ao adolescente durante o processo socioeducativo;

VII dinâmica institucional favorecendo a horizontalidade na socialização das informações e dos saberes entre equipe multiprofissional (técnicos e educadores);

VIII organização espacial e funcional dos programas de atendimento sócio-educativo como sinônimo de condições de vida e de possibilidades de desenvolvimento pessoal e social para o adolescente;

IX respeito à diversidade étnica/racial, de gênero, orientação sexual e localização geográfica como eixo do processo socioeducativo; e

X participação proativa da família e da comunidade no processo socioeducativo.

§ 3º Os programas de execução de medidas socioeducativas devem oferecer condições que garantam o acesso dos adolescentes socioeducandos às oportunidades de superação de sua situação de conflito com a lei.

Art. 20. Consideram-se como programas socioeducativos, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, os seguintes programas, taxativamente:

I programas socioeducativos em meio aberto

- a) prestação de serviço à comunidade; e
- b) liberdade assistida.

II programas socioeducativos com privação de liberdade

- a) semiliberdade; e
- b) internação.

Parágrafo único. Integram também o Sistema Nacional Socioeducativo - SINASE, como auxiliares dos programas socioeducativos, os programas acautelatórios de atendimento inicial (arts. 175 e 185 da lei federal nº 8069/90), os programas de internação provisória (art 108 e 183 da lei citada) e os programas de apoio e assistência aos egressos.

CAPÍTULO VI - DO CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 21. O controle das ações públicas de promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente se fará através das instâncias públicas colegiadas próprias, onde se assegure a paridade da participação de órgãos governamentais e de entidades sociais, tais como:

I conselhos dos direitos de crianças e adolescentes;

II conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas; e

III os órgãos e os poderes de controle interno e externo definidos nos artigos 70, 71, 72, 73, 74 e 75 da Constituição Federal.

Parágrafo Único. O controle social é exercido soberanamente pela sociedade civil, através das suas organizações e articulações representativas.

Art. 22. Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios haverá um Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, respectivamente, composto por igual número de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo a ampla participação da população, por suas organizações representativas, no processo de formulação e controle da política de atendimento aos direitos da criança e ao adolescente, dos seus programas, serviços e ações.

Parágrafo Único. A composição desses conselhos e a nomeação de seus membros devem ser estabelecidas de acordo com as Resoluções 105 e 106 do Conanda, inclusive as recomendações, contendo procedimentos que ofereçam todas as garantias necessárias para assegurar a representação pluralista de todos os segmentos da sociedade, envolvidos de alguma forma na promoção e proteção de direitos humanos, particularmente através de representações de organizações da sociedade civil governamentais, sindicatos, entidades sociais de atendimento a crianças e adolescentes, organizações profissionais interessadas, entidades representativas do pensamento científico, religioso e filosófico e outros nessa linha.

Art. 23. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente deverão acompanhar, avaliar e monitorar as ações públicas de promoção e defesa de direitos de crianças e adolescentes, deliberando previamente a respeito, através de normas, recomendações, orientações.

§ 1º As deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, no âmbito de suas atribuições e competências, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada, em respeito aos princípios constitucionais da participação popular, da prioridade absoluta do atendimento à criança e ao adolescente e da prevalência do interesse superior da criança e do adolescente, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Constatado, através dos mecanismos de controle, o descumprimento de suas deliberações, os conselhos dos direitos da criança e do adolescente representarão ao Ministério Público para as providências cabíveis e aos demais órgãos e entidades legitimados no artigo 210 da Lei nº 8.069/90 para demandar em Juízo por meio do ingresso de ação mandamental ou ação civil pública.

CAPÍTULO VII - DOS MECANISMOS ESTRATÉGICOS DE PROMOÇÃO, DEFESA E CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Art. 24. Para promover e defender os direitos de crianças e adolescentes, quando ameaçados e violados e controlar as ações públicas decorrentes, o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá priorizar alguns determinados mecanismos estratégicos de garantia de direitos:

I mecanismos judiciais extra-judiciais de exigibilidade de direitos;

II financiamento público de atividades de órgãos públicos e entidades sociais de atendimento de direitos;

III formação de operadores do Sistema;

IV gerenciamento de dados e informações;

V monitoramento e avaliação das ações públicas de garantia de direitos; e

VI mobilização social em favor da garantia de direitos.

CAPÍTULO VIII - DA GESTÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 25. A estrutura governamental, em nível federal, contará com um órgão específico e autônomo, responsável pela política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes, com as seguintes atribuições mínimas :

I articular e fortalecer o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II funcionar prioritariamente como núcleo estratégicoconceitual, para a promoção dos direitos humanos da infância e adolescência, no âmbito nacional;

III manter sistema de informação para infância e adolescência, em articulação com as esferas estadual e municipal ;

IV apoiar técnica e financeiramente o funcionamento das entidades e unidades de execução de medidas de proteção de direitos e de medidas socioeducativas;

V Coordenar o Sistema Nacional de Atendimento cioeducativo, especialmente os programas de execução de medidas socioeducativas; e

VI Co-coordenar o Sistema Nacional de Proteção de Direitos Humanos, especialmente os programas de enfrentamento da violência, proteção de crianças e adolescentes ameaçados de morte, os programas e serviços de promoção, defesa e garantia da convivência familiar e comunitária, dentre outros programas de promoção e proteção dos direitos humanos de criança e adolescente.

Art. 26. Nos níveis estadual, distrital e municipal, as entidades públicas responsáveis pela política de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes e por esses serviços, programas e ações especiais deverão funcionar nessa linha, em seu respectivo nível de competência e deverão ter estrutura e organização próprias, respeitada a autonomia da política de atendimento de direitos da criança e do adolescente, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando, além do mais, responsáveis pela execução dos seus programas, serviços e ações e a manutenção das unidades respectivas.

§ 1º Cada Estado, município e o Distrito Federal vincularão essas suas entidades públicas responsáveis pela política de atendimento de direitos da criança e do adolescente à Secretaria ou órgão congênere que julgar conveniente, estabelecendo-se porém expressamente que elas se incorporam ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente e que deverão ser considerados interlocutores para o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e para o órgão federal responsável, previsto no artigo anterior, principalmente para efeito de apoio técnico e financeiro.

§ 2º O órgão federal previsto no artigo anterior deverá assegurar que os estados, o Distrito Federal e os municípios estejam conscientes de suas obrigações em relação

à efetivação das normas de proteção à criança e à juventude, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Constituição Federal e de que os direitos previstos nessas normas legais têm que ser implementados em todos os níveis, em regime de prioridade absoluta, por meio de legislações, políticas e demais medidas apropriadas.

Art. 27. A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão, em regime de colaboração, os sistemas estaduais, distrital e municipais, tanto de defesa de direitos, quanto de atendimento socioeducativo.

§ 1º Caberá à União a coordenação desses programas e serviços de execução das medidas específicas de proteção de direitos e de execução das medidas socioeducativas, integrando-os no campo maior da política de atendimento de direitos da criança e do adolescente e exercendo função normativa de caráter geral e supletiva dos recursos necessários ao desenvolvimento dos sistemas estaduais, distrital e municipais.

§ 2º Os sistemas nacionais de proteção de direitos humanos e de socioeducação têm legitimidade normativa complementar e liberdade de organização e funcionamento, nos termos desta Resolução.

§ 3º Aplica-se ao Distrito Federal, cumulativamente, as regras de competência dos estados e municípios.

Art. 28. Incumbe à União:

I elaborar os Planos Nacionais de Proteção de Direitos Humanos e de Socioeducação, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios;

II prestar assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de proteção especial de direitos e de atendimento socioeducativo, no exercício de sua função supletiva;

III colher informações sobre a organização e funcionamento dos sistemas, entidades e programas de atendimento e oferecer subsídios técnicos para a qualificação da oferta;

IV estabelecer diretrizes gerais sobre as condições mínimas das estruturas físicas e dos recursos humanos das unidades de execução; e

V instituir e manter processo nacional de avaliação dos sistemas, entidades e programas de atendimento.

§ 1º Para o cumprimento do disposto nos incisos III e V, a União terá livre acesso às informações necessárias em todos os sistemas, entidades e programas de atendimento.

§ 2º As funções de natureza normativa e deliberativa da competência da União serão exercidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, e as funções de natureza executiva, pela Presidência da República, através da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

Art. 29. Incumbe aos Estados:

I elaborar os planos estaduais de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, em colaboração com os municípios;

II instituir, regular e manter seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, respeitadas as diretrizes gerais dos respectivos Planos Nacionais;

III criar e manter os programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, para a execução das medidas próprias;

IV baixar normas complementares para a organização e funcionamento dos seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento e dos sistemas municipais;

V estabelecer, com os municípios, as formas de colaboração para a oferta dos programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto; e

VI apoiar tecnicamente os municípios e as entidades sociais para a regular oferta de programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto.

Parágrafo Único. As funções de natureza normativa e deliberativa relacionadas à organização e funcionamento dos sistemas referidos, em nível estadual, serão exercidas pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 30. Incumbe aos municípios:

I instituir, regular e manter os seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, respeitadas as diretrizes gerais dos Planos Nacionais e Estaduais, respectivos;

II criar e manter os programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo para a execução das medidas de meio aberto; e

III baixar normas complementares para a organização e funcionamento dos programas de seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo.

§ 1º Para a criação e manutenção de programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto, os municípios integrantes de uma mesma organização judiciária poderão instituir consórcios regionais como modalidade de compartilhar responsabilidades.

§ 2º As funções de natureza normativa e deliberativa relacionadas à organização e funcionamento dos sistemas municipais serão exercidas pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO IX - PARÂMETROS, PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELOS CONSELHOS DOS DIREITOS

Art. 31. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e os conselhos congêneres, nos níveis estaduais, distritais e municipais, em caráter complementar, aprovarão parâmetros específicos, como normas operacionais básicas para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 32. Igualmente, no limite de suas atribuições, o Conselho Nacional dos Direitos

da Criança e do Adolescente -Conanda e os conselhos congêneres, nos níveis estadual, distrital e municipal, em caráter complementar, aprovarão planos que visem planejar estrategicamente as ações de instâncias públicas e os mecanismos de garantia de direitos do Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes.

Parágrafo Único. Esses planos serão elaborados por iniciativa dos próprios conselhos ou por propostas das entidades de atendimento de direito ou de fóruns e frentes de articulação de órgãos governamentais e/ou entidades sociais.

Art. 33. Os programas e projetos de responsabilidade de órgãos governamentais e entidades sociais que devam ser financiados com recursos públicos dos fundos para os direitos da criança e do adolescente deverão ser obrigatoriamente analisados e aprovados, previamente, pelos conselhos respectivos.

Art. 34. Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação.

JOSÉ FERNANDO DA SILVA

ANEXO 3 – Anteprojeto de Lei sobre Processo Especial para o Controle e Intervenção em Políticas Públicas do Poder Judiciário, apresentado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe