

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SAÚDE

Andressa Miguel Galindo de OLIVEIRA¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: Na constituição de 1988 se afirma que é dever do estado propiciar proteção à saúde, e é um direito do cidadão tê-la. Assim fazendo com que cada pessoa tenha parcela da sua dignidade como pessoa humana preservada. O estado é obrigado a garantir que essa mesma dignidade não seja afetada, deixando a disposição de todo cidadão instituições especializadas ao tratamento a saúde, independente de situação financeira, religião ou raça. A saúde é um direito que não poder ser negado a ninguém, e é de aplicabilidade imediata.

Palavras-chave: Proteção a saúde. Dever do estado. Dignidade da pessoa humana. Direito. Aplicabilidade Imediata.

1 INTRODUÇÃO

A expressão *direitos fundamentais* deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo *direitos humanos* guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional).

¹ Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

Segundo ensinamento de Carl Schmitt, os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Para a teoria garantista, trabalhada por Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais, em contraposição a todas as demais situações jurídicas, são aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a igualdade, os quais não são negociáveis e correspondem a todos e em igual medida, como pessoas e como cidadãos, estabelecendo sua relação bilateral entre igualdade jurídica e direitos fundamentais: não somente a igualdade é constitutiva dos direitos fundamentais como, também, os direitos fundamentais são constitutivos da igualdade, uma vez que a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale a uma declaração constitucional dos deveres do Estado, o qual não é regido somente por normas negativas (“direitos de”), mas igualmente, funcionalizado positivamente por obrigações de caráter positivo (“direitos a”).

Os direitos fundamentais, a partir de uma abordagem garantista, proposta por Sergio Cadermartori, são aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a sua igualdade: igualdade formal ou política e igualdade substancial ou social. Com a normatização da igualdade formal, segundo o professor, “parte-se do pressuposto de que os homens devem ser considerados como iguais (abstraindo suas diferenças pessoais, tais como raça, sexo e etc.)”. A igualdade substancial ou social determina que sejam levadas em consideração as diferenças sociais, devendo os homens serem igualados na medida do possível.

2 A saúde como direito fundamental social

Importante contribuição teórica decorre dos ensinamentos de Norberto Bobbio, para quem os direitos do homem constituem uma classe variável, cujo elenco modifica-se continuamente com a alteração das condições históricas determinantes, fator que demonstra a inexistência de direitos fundamentais por natureza. Nesta concepção, portanto, não é possível a confecção de um conceito de direitos fundamentais que não tenha por pressupostos a questão histórica.

Nesse sentido, Paulo Bonavides, com a precisão que lhe é peculiar, sintetiza a evolução histórica e conceitual dos direitos fundamentais, ao estabelecer quatro categorias que lhe são aplicáveis: *Direitos fundamentais de primeira geração, Direitos fundamentais de segunda geração, Direitos fundamentais de terceira geração e uma suposto Direitos fundamentais de quarta geração.*

A saúde por sua vez dentro desta classificação do renomado jurista italiano se enquadra na 2ª geração: são os direitos sociais, culturais e econômicos, em que o Estado assume uma indiscutível função promocional, não mais sendo suficiente sua abstenção relativamente ao indivíduo, caracterizando-se com o advento do Estado Contemporâneo, este entendido como a formação política surgida na segunda década do presente século: em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em 1919, com a constituição de Weimar, cujo atributo principal é sua submissão a sociedade. São os Direitos à igualdade, situação na qual o estado deve prestar serviços ao cidadão tendo por objetivo atingir a justiça social.

Para Ingo Wolfgang Sarlet no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais, é inegável o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira, a qual impõe aos órgãos estatais e aos particulares que outorguem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais-enquanto os direitos de defesa tem a função de limitar o poder do estado, os direitos sociais prestacionais reclamam uma posição ativa do estado na esfera econômica e social. Exigem a prestação de serviços públicos aos cidadãos, como educação, saúde, aposentadoria, moradia... Objetivam uma igualdade tanto material como imaterial, encontram-se intimamente vinculados as tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição

dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem. As realizações das prestações não acontecem sem que haja recursos de ordem econômica e a limitação destes recursos causa a problemática na eficácia desses direitos. Para José F. Faria “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseados em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; é isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”

Para Gomes Canotilho “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

Para Fabio Konder Comparato “a oposição levada a efeito pelo pensamento socialista, encontra justamente na igualdade o seu principal ponto de confluência, pois as terríveis desigualdades quanto às condições socioeconômicas básicas como a saúde a qual está submetida parte considerável da população mundial, acabam por indicar que o princípio da isonomia acabou sendo superado na prática”.

Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir- como são típicos das liberdades públicas de modo geral- mas sim poderes de exigir. São direitos de “crédito”. O sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como responsável pelo atendimento aos direitos sociais como, por exemplo, a saúde. O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação de um serviço, como o serviço médico- hospitalar, quanto ao direito à saúde.

O nosso constituinte além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos como normas de aplicabilidade imediata.

A nossa constituição de 1988 como fundamentos da República em seu art. 1º, inc. III, a Dignidade da Pessoa Humana. Mais ainda, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da

medicação e/ou da intervenção médica necessária a todo cidadão que dela necessite. O Direito à Saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, e a uma vida digna.

3 Do Direito à Vida e à Saúde

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito a vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos.

A Constituição Federal assegura, portanto, o *direito a vida*, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

O Direito fundamental à vida deve ser entendido como *direito a um nível de vida adequado com a condição humana*, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais, erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais.

Dessa forma, ao Estado cria-se uma dupla obrigação:

- Obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios;

- Efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.

Anota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 7º afirma que “a criança e o adolescente tem a proteção a vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

E o art. 8º complementa essa garantia, afirmando que É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal. § 3º “incube ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

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.

Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. [\(Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005\)](#)

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Art. 12. 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.

Art. 13. 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.

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

4 Direito a Saúde e suas características

As ações e serviços de saúde são considerados serviços de relevância pública, devendo a execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197 da constituição federal). De qualquer modo, assistência à saúde é livre à iniciativa privada, mas é preciso entender que ele poderá participar de forma complementar do sistema único de saúde, “segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio” (CF, art. 199 e parágrafo 1º).

Assim é, por determinação constitucional, que as ações públicas de saúde no nosso país se fazem por intermédio de um sistema único, gerido nas esferas federal, estadual e municipal, baseado em transferências federais para os entes subnacionais, sendo certo que os recursos financeiros do SUS devem ser depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde (art. 33 da Lei nº 8.080/90). Outras normas relativas à saúde encontram-se dispersas em incontável arsenal normativo, a começar pela Constituição Federal, que estabelece as competências comum e legislativa concorrente dos entes da Federação, para cuidar da saúde (art. 23, II) e para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII).

O Direito sanitário ou Direito da Saúde pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a

organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito.

(...)

Como primeiras características, os novos direitos, como o direito da saúde, transitam por todos os demais ramos do direito, v.g., o direito administrativo, o direito ambiental, o direito do consumidor, o direito do trabalho, o direito da seguridade social, sem mencionar o direito constitucional, disciplina obrigatória para qualquer matéria.

Outra característica importante do Direito sanitário é que em torno dele contorna-se uma atividade prioritária: as ações e serviços de saúde. Em verdade, constitui uma garantia em benefício do cidadão-usuário, que denominamos “princípio-garantia” de relevância pública.

(...) Por fim, entendemos que o direito a saúde é disciplina jurídica que rompe com a clássica dicotomia entre direito público e direito privado. O Direito a saúde situa-se como *tertium genus*, disciplina pertencente aos Direitos difusos e coletivos.

5 Conclusão

A plena eficácia do Direito a saúde esta a cada dia mais difícil, se esse direito inerente de todo ser humano realmente fosse colocado em prática e não ficasse somente nas folhas da nossa constituição, nas normas infraconstitucionais a realidade do nosso sistema de Saúde seria muito diferente do que vemos hoje. Infelizmente nem tudo que está nas leis acontece.

Temos tantos hospitais, santa casas, postos de saúde, e mesmo assim vemos milhares e milhares de pessoas morrendo por enfermidades que poderiam ser tratadas, pessoas essas que acabam tendo seus direitos violados como a vida, a saúde e a dignidade humana, direitos esses que são invioláveis.

A Saúde no Brasil está cada vez mais precária, ao invés de estruturarem os hospitais públicos, disponibilizarem tecnologias avançadas a tratamentos médicos, proporcionarem um lugar com administração correta e lugares suficientes aos enfermos, dar a devida assistência a todos sem distinção de classe social, idade, cor ou religião, tratando todos como deveriam ser tratados como esta expressamente escrito na nossa constituição, como iguais. Mas não a saúde parece ser uma concorrência de planos privados, ou seja você para ter uma condição de assistência médica boa é necessário ter dinheiro e quanto mais dinheiro tiver poderá melhorar essa assistência. Então quer dizer que aquelas pessoas que não dispõem de estabilidade financeira razoavelmente considerável, não tem direito a uma boa assistência a um ótimo plano de saúde. Se os nossos serviços públicos fossem eficazes em seus exercícios à assistência a saúde, se dessem tratamentos de qualidades como os planos privados, não veríamos mais tantas pessoas morrendo em filas de hospitais, a espera de atendimento médico.

Enfim, para termos nossa saúde preservada é relevante que no país em que vivemos precisamos pagar por ela, e muitas vezes um preço muito caro.

A Saúde no Brasil precisaria ser reestruturada, modificada de modo a beneficiar todos de maneira igual e de qualidade.

BIBLIOGRAFIA

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: Proteção e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4 ed.; São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral- Comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil- Doutrina e Jurisprudência**. 2 ed.; São Paulo: Atlas S.A., 1998.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito Sanitário: A relevância do Controle nas Ações e Serviços de Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.