

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: LINHAS INTRODUTÓRIAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA INTENSA CONFLITUOSIDADE, PARTE I.

Luis Alberto Teixeira

Bacharel em Direito - Libertas Faculdades Integradas Libertas

Bacharel em História - Unesp

Especialista em História, Cultura e Sociedade - Centro Universitário Barão de Mauá.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1.) DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITOS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISPOSIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 1.1.) CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.2.) MODALIDADES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.3.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO; 1.3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO; 1.3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO; 1.3.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA GERAÇÃO 1.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988; 1.4.1. DA EFICÁCIA VERTICAL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 1.4.1.1. DA EFICÁCIA VERTICAL; 1.4.1.2. DA EFICÁCIA HORIZONTAL; II.) LINEAMENTOS GERAIS SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL; 2.1. DO CONCEITO DE SAÚDE; 2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE; 2.3. O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS; 2.4. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 2.5. DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERADOS E O DIREITO À SAÚDE; 2.5.1. DO CONCEITO DE COMPETÊNCIA; 2.5.2. DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E O DIREITO À SAÚDE; 2.5.3. DAS ATRIBUIÇÕES DA UNIÃO; 2.5.4. DAS ATRIBUIÇÕES DOS ESTADOS MEMBROS 2.5.5. DAS ATRIBUIÇÕES DOS MUNICÍPIOS; 2.5.6. DOS RECURSOS FINANCEIROS E CONCLUSÕES III.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO:

Salazar e Grou explicam que em termos históricos o direito fundamental à saúde surgiu no início da época contemporânea. No século



XIX com a ocorrência da chamada Segunda Revolução Industrial muitos trabalhadores devido as suas péssimas condições de vida e trabalho, passaram a reivindicar melhores condições em termos econômicos, sociais e culturais. Este período foi marcado pela segunda geração de direitos fundamentais¹.

Passa a ser exigida então, uma postura mais intervencionista do Estado liberal que não se preocupava com tais questões. O Estado assume dessa forma, uma postura mais provedora, objetivando assegurar condições de vida mais dignas aos cidadãos.

O direito fundamental à saúde promovido pelo Estado marcou esta geração. Outra característica desse segundo momento foi à nova forma com que os direitos fundamentais da primeira geração foram interpretados. O direito à vida, por exemplo, teve sua extensão ampliada e cada vez mais se relacionou ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar dos autores não mencionarem acredita-se que o socialismo marxista, marcante nos movimentos sociais do século XIX fez com que o Estado controlado pela burguesia fizesse algumas concessões principalmente em benefício dos mais pobres, no intuito de evitar uma revolução operária.

No Brasil após algumas menções sobre saúde pública em legislação anterior, foi na Constituição de 1988 que o direito à saúde foi efetivado. O direito à saúde no Brasil vem estabelecido pela Constituição Federal em diversos artigos, destacando-se o artigo 6º que o considera um direito social e o artigo 196 que o aborda como um direito de todos e dever do Estado.

É considerado um direito fundamental, ou seja, de primeira necessidade por nosso ordenamento jurídico. A doutrina também analisa, em sua maioria, o direito à saúde como um dos mais importantes de nosso conjunto de leis.

No entanto, parcela significativa da população brasileira, notadamente os mais pobres, não estão tendo acesso a esse “direito fundamental” por

¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática*. São Paulo: Verbatim Editora. 2009, p.5.



meio de políticas públicas desenvolvidas pelos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e municípios). Para que isso ocorra muitas vezes os cidadãos estão sendo obrigados a bater as portas do judiciário, seja em busca de um medicamento de preço elevado ou em busca de uma cirurgia da qual depende sua sobrevivência.

Os brasileiros em várias oportunidades estão travando batalhas jurídicas contra o estado para a efetivação de seus direitos. Estes fatos deram origem a um fenômeno denominado atualmente de judicialização do direito à saúde.

Nesse sentido Salazar e Grou definem a justiciabilidade do direito à saúde no Brasil:

A justiciabilidade ou acionabilidade nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade. Essa característica confere posição privilegiada aos detentores desses direitos subjetivos-públicos ou privados-justamente porque podem exigir seu cumprimento².

Os cidadãos brasileiros que pagam planos de saúde, também estão enfrentando dificuldades para conseguir determinados tratamentos e medicamentos devido a seu alto custo. O Sistema Único de Saúde estabelecido pela Lei n 8.080 de 1990 garante a todos os brasileiros, sem distinção, o acesso aos serviços de saúde. Isso permite que embora tenham uma assistência privada, busquem na saúde pública, soluções para seus problemas. O alto valor das mensalidades e a lista que muitos planos impõem de restrições à certos tratamentos são grandes obstáculos enfrentados pelos clientes da rede particular de serviços de saúde .

Deve-se ressaltar, no entanto, que este trabalho busca analisar a judicialização do direito a saúde pública no Brasil. Isso se explica por questões de delimitação do tema que será abordado. Não serão tratados

² SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*,p.13.



casos de clientes de planos de saúde que buscam no Poder Judiciário obter medicamentos ou tratamento médico.

Em suma, pretende-se, nesta pesquisa, estudar a judicialização do direito a saúde no Brasil, particularizando esse fenômeno entre os usuários da rede pública de saúde.

Em termos de estrutura, esta pesquisa buscará inicialmente apresentar o conceito doutrinário e legal do direito à saúde no Brasil. Como se trata de um direito fundamental, será realizada uma rápida análise histórica dos direitos fundamentais em suas várias gerações. Posteriormente serão analisados os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, enfatizando o direito à saúde.

Como este trabalho tem por recorte temático o processo da judicialização do direito a saúde entre os usuários do Sistema Único de Saúde será realizada uma abordagem do funcionamento de tal sistema, destacando as atribuições estabelecidas na legislação no que tange a saúde pública.

Feita essa contextualização será analisado o conceito de judicialização do direito à saúde no Brasil e como tal processo ocorre entre os usuários do Sistema Único de Saúde.

O Estado, quando nega o fornecimento de algum serviço ou medicamento, a determinado paciente, na maioria das vezes justifica da mesma maneira, ora alega falta de recursos financeiros para atender determinado pedido, ora explica que caso atenda a necessidade de apenas um cidadão a coletividade será prejudicada.

Enfim invocam em sua defesa o princípio da reserva do possível. No entanto, ao agir dessa forma os representantes dos vários setores da Administração Pública estão desprezando princípios constitucionais basilares como a dignidade da pessoa humana e ignorando um dos mais importantes, senão o mais importante direito fundamental que é o direito à saúde.

O objetivo dessa pesquisa é compreender a atuação do Poder Judiciário no sentido de proporcionar aos cidadãos brasileiros usuários do

Sistema Único de Saúde, o acesso a tratamentos e medicamentos de que necessitam e que não são disponibilizados por meio de políticas públicas.

I.) DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITOS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISPOSIÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de extrema importância no início desse trabalho apresentar algumas definições como a distinção entre direitos e garantias, para posteriormente ser feita a análise do direito à saúde na Constituição Federal Brasileira, e dos conceitos de direitos fundamentais.

Segundo Novelino direitos são bens e valores protegidos pelas normas constitucionais e as garantias são instrumentos de proteção destes direitos³. Este autor explica que o reconhecimento e a mera apresentação de um direito em um texto constitucional não são suficientes para garantir sua efetividade.

É necessário então que haja instrumentos que protejam estes direitos contra eventuais violações. É justamente nesse ponto que atuam as chamadas garantias dos direitos. Como exemplo de garantia o autor cita o *Habeas Corpus* que atua na proteção do direito de liberdade de locomoção.

Cury explica que direitos fundamentais podem ser entendidos como: “um conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado; devem sua denominação ao caráter básico e fundamentador de toda ordem jurídica, com limitação espacial e temporal”⁴.

Já nas palavras de Davies, os direitos fundamentais: “revelam valores supremos do ser humano na promoção de sua dignidade, ou seja, são normas revestidas de uma fundamentalidade não só diante do ordenamento

³ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009. p.315.

⁴ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro.: Lumens Juris editora. 2005. p.1.



jurídico, mas como paradigma ao homem na efetividade de seu bem estar individual e social”⁵.

Ainda, segundo a autora acima mencionada, os direitos fundamentais constituem “uma categoria jurídica de natureza poliédrica vocacionada a proteção da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões, na sua liberdade, necessidade e preservação”⁶. Além disso, esta pensadora afirma que o verdadeiro Estado Democrático de Direito não se consolida realmente se não efetivar os direitos fundamentais.

Trittel apresenta uma importante distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. Segundo esta autora, embora ambos os direitos defendam a dignidade da pessoa humana como pedra central, apresentam importantes distinções e explica:

Direitos humanos, portanto, seriam aqueles reconhecidos internacionalmente através de declarações e tratados, independentemente da incorporação à legislação nacional dos Estados, enquanto que direitos fundamentais englobam os direitos nacionalmente positivados⁷.

As três visões apresentam o entendimento de que os direitos fundamentais existem para conferir aos indivíduos a dignidade de pessoa humana. A defesa de tais direitos marca a estruturação da maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos.

Pode-se inclusive afirmar que sem a concretização destes direitos de primeira necessidade todos os demais direitos perdem sua razão de ser. Não existe lógica, por exemplo, na defesa do consumidor em um país que não proporciona a seus cidadãos o mínimo existencial em termos materiais, sociais e culturais.

Outro aspecto muito importante no que se refere ao estudo dos direitos fundamentais são suas principais características.

⁵ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais*. São Paulo. editora Verbantim. 2012. p.14.

⁶ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*, p.19.

⁷ TRETTEL, Daniela. Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2009. p.48.



A autora Davies apresenta um quadro explicativo a esse respeito. Para esta autora as mais significativas são: a historicidade: devido ao fato dos direitos fundamentais representarem conquistas da coletividade ao longo da história; a imprescritibilidade: pois tais direitos não prescrevem ao longo do tempo; a inalienabilidade, ou seja, não é possível transferir tais direito a terceiros⁸.

Além destes a autora refere-se ainda a outras características dos direitos fundamentais como a irrenunciabilidade: que proíbe a renuncia de um direito fundamental; a inviolabilidade pela qual não é permitida a violação dos direitos fundamentais por ilícito civil, administrativo ou criminal; a universalidade: ideia segundo a qual os direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos independente de etnia, religião, sexo, idade, etc; a efetividade: característica pelo qual os poderes públicos ficam obrigados a efetivarem os direitos fundamentais pelo dever de proteção e respeito à importância destes; a aplicabilidade imediata e por fim a interdependência e complementaridade: os direitos fundamentais se complementam e se relacionam dentro de um verdadeiro sistema⁹.

Os direitos fundamentais foram constituídos durante um longo e importante processo histórico. Processo este que será rapidamente apresentado a seguir.

1.2. MODALIDADES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina em várias modalidades relacionadas aos bens que tutelam e também relacionado ao momento histórico no qual surgiram. Assim, segundo Cury os direitos

⁸ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*,p.2.

⁹ *Ibidem*,p.15.



fundamentais podem ser divididos em quatro gerações¹⁰ e classificados da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de primeira geração que são os direitos individuais, da liberdade, da oposição do indivíduo face ao Estado absolutista. Salazar e Grou¹¹ destacam que esses direitos são classificados como civis e políticos e abrangem os seguintes direitos: o direito à vida, o direito à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei.

A segunda geração de direitos fundamentais ainda segundo as autoras citadas acima, são os relacionados a questões econômicas, sociais e culturais. São exemplos desses direitos: o direito à saúde, o direito ao trabalho, a educação. As classes baixas dos países em processo de industrialização passaram a buscar melhorias em suas vidas marcadas pela intensa exploração e condições desumanas de sobrevivência.

Surgem nesse momento os sindicatos que impulsionam essas lutas. Por todas estas questões estes direitos são denominados de direitos sociais, pois representam conquistas de um grupo de indivíduos que forçaram o Estado liberal a fornecer melhorias que não possuíam.

Cury explica que enquanto os direitos fundamentais de primeira geração buscavam uma postura negativa por parte do Estado, ou seja, uma conduta marcada pela abstenção representada pelo não autoritarismo estatal na vida política e social dos indivíduos de um país enquanto os direitos fundamentais de segunda geração buscaram uma atuação positiva por parte do governo no sentido de proporcionar a seus cidadãos uma vida com moradia, alimentação, trabalho e saúde dignas¹².

Dessa forma a coletividade, ou melhor, dizendo, os trabalhadores passaram a olhar o Estado como sujeito de obrigações direcionadas a melhores condições de vida de seus governados. Vale destacar que esse

¹⁰ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade...*, p.16.

¹¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.20.

¹² CURY, Ieda Tatiana, *op.cit.* p. 12.



episódio e importante não apenas em termos jurídicos e históricos, mas também em termos sociológicos e econômicos e até antropológicos.

Torna-se necessário neste momento ser apresentada uma conceituação de direitos sociais, pois os direitos fundamentais de segunda geração assim são classificados. Cury conceitua direitos sociais como sendo aqueles que exigem do Estado uma conduta positiva no sentido de atender as necessidades dos cidadãos em termos de elementos vitais por meio de políticas públicas. Com isso os indivíduos passam a gozar de direitos constitucionalmente protegidos¹³.

Ainda, segundo a autora mencionada acima à terceira geração de direitos fundamentais é marcada pelos denominados direitos de solidariedade e fraternidade entre estes se pode destacar o direito à paz e o direito a autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito do consumidor. Estes direitos refletem o momento entre as duas guerras mundiais, época dos regimes totalitários principalmente na Europa¹⁴.

Os direitos fundamentais de quarta geração são frutos do progresso técnico científico ocorrido no decorrer do século XX referem-se ao direito à manipulação genética, a biotecnologia e a bioengenharia. Envolve questões éticas acima de tudo. Cury explica que são exemplos desses direitos: o direito à democracia participativa, o direito à informação e o direito ao pluralismo¹⁵.

Existem ainda autores que defendem a existência de direitos fundamentais de quinta geração¹⁶. Esta linha de interpretação argumenta que tais direitos estão relacionados à informática, portanto, são frutos da época contemporânea.

¹³ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade...*, p.12

¹⁴ Id., *Ibidem*, p.13.

¹⁵ Id., *Ibidem*, p.15.

¹⁶ Sobre tais pensadores ver: CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade...*, p.16.



1.3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história dos direitos fundamentais é marcada por intensas lutas de coletividades de diferentes épocas e locais em busca de melhorias em termos sociais, econômicos, políticos e também culturais. Pode-se afirmar que essas lutas não terminaram, pois ainda hoje existem direitos fundamentais que estão em processo de discussão, como por exemplo, os relacionados à utilização do patrimônio genético humano para tratamentos de doenças. Tal discussão envolve inclusive questões éticas e religiosas.

Além disso, apesar de vários direitos fundamentais já existirem desde o início da época moderna muitos países atualmente não proporcionam a seus cidadãos nem mesmo o mínimo existencial.

1.3.1. Direitos Fundamentais de Primeira Geração

Como explicam Salazar e Grou à primeira geração de direitos fundamentais surgiu no início da época moderna nos séculos XVII e XVIII. Essa época foi marcada pelas Revoluções Inglesas do século XVII e pela Revolução Francesa do século XVIII. Tais revoluções para a historiografia mais tradicional representaram a passagem da idade moderna para a idade contemporânea. Esse fato é importante, pois foi nessa época que se consolidou o chamado Estado Democrático de Direito muito citado e estudado pelas ciências jurídicas¹⁷.

Esta geração dos direitos fundamentais foi marcada pela luta contra o autoritarismo do Estado absolutista e pela busca da liberdade política. Foram lutas em que as classes baixas foram lideradas pela burguesia representante do mercantilismo que saiu vitoriosa e construiu um novo Estado Nacional. Os direitos dessa primeira geração são chamados de direitos civis e políticos. Entre estes podem ser citados o direito à liberdade política, o direito à vida e o direito à propriedade. O combate ao absolutismo real tanto na Inglaterra

¹⁷ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.14.



como na França espalhou-se mundo afora provocando conseqüências inclusive no Brasil.

A chamada Conjuração Baiana, episódio marcante do século XVIII foi extremamente influenciada pelas revoltas citadas acima. Os objetivos neste momento eram sem dúvida nenhuma o alcance da liberdade política e da igualdade jurídica entre os cidadãos seja na Europa como no Brasil. No entanto, após as primeiras batalhas em busca de tais direitos considerados pela moderna doutrina jurídica como fundamentais não acabaram neste momento, mas continuaram no decorrer da história.

1.3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Foi com a estruturação do capitalismo industrial que ocorreu a eclosão dos direitos fundamentais de segunda geração.

Cury salienta que no século XIX com a ocorrência da chamada Segunda Revolução Industrial muitos trabalhadores devido as suas péssimas condições de vida e trabalho passaram a reivindicar melhores condições em termos econômicos, sociais e culturais¹⁸.

De fato neste momento as condições de vida dos pobres da maior parte da Europa eram lastimáveis devido à alta exploração dos trabalhadores nas fábricas. Basta uma simples leitura de clássicos como *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra* escrito por Engels para perceber o grau de miserabilidade destas camadas sociais. Revoltas como invasões de indústrias e quebra de máquinas foram freqüentes.

Surgiram também no calor dos conflitos sociais os primeiros sindicatos buscando também melhorias nas condições de vida dos operários. Isso significava o início da construção de uma consciência social de classe, pois os trabalhadores passavam a atuar em grupos mais ou menos organizados.

Diante disso, muitas reivindicações passaram a ser feitas aos governos dos países em industrialização. Passa a ser exigida, segundo Cury,

¹⁸ CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade...* p. 17.



uma postura mais intervencionista do Estado liberal que não se preocupava com tais questões. O Estado assume então uma postura mais provedora objetivando assegurar condições de vida mais dignas aos cidadãos¹⁹.

O direito fundamental à saúde promovida pelo Estado marcou esta geração. Outra característica destes direitos fundamentais da segunda geração foi à nova forma com que os direitos fundamentais da primeira geração foram interpretados. O direito à vida, por exemplo, teve sua extensão ampliada e cada vez mais se relacionou ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar dos autores estudados não mencionarem, acredita-se que o socialismo marxista marcante nos movimentos sociais do século XIX fez com que o Estado controlado pela burguesia fizesse algumas concessões principalmente em benefício dos mais pobres no intuito de evitar uma revolução operária que se organizava por meio das Internacionais dos partidos comunistas.

O ápice desse movimento ocorreu na Rússia em 1917 com a revolução bolchevique liderada por Lênin. Com certeza, o temor da possibilidade de tal movimento espalhar-se por toda Europa fez com que o então Estado Moderno Constitucional se tornasse mais disposto a concessões de direitos de cunho social e econômico a classe trabalhadora principalmente. Isso era uma medida inclusive de continuidade de existência para o governo burguês, pois se não fizesse nenhuma concessão aos trabalhadores podiam perder o poder de vez. Mesmo assim em alguns países as concessões foram insuficientes e as revoluções ocorreram com êxitos ou não.

Obviamente que alguns governos que não aceitaram negociar com os operários viram também seus domínios ruírem. Todas essas reflexões nos permite afirmar que as conquistas em termos de direitos fundamentais foram obtidas com base em lutas sociais vindas de baixo para cima e não de consciência social de governantes.

¹⁹ Ibidem.,p.11.



Cabe dizer que o Brasil desse período passava por inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas e culturais. Foi no século XIX que o Brasil, particularmente o Rio de Janeiro, sofreu as medidas do governo de Dom João VI. Este monarca português fez com que a capital da colônia marcada pela ausência do mínimo de estrutura urbana, como falta de calçamento e canalização de esgotos, se tornasse a chamada “Paris dos Trópicos”.

Em termos políticos abriu espaço para a participação direta da elite brasileira no governo. Todas essas atitudes contribuíram para a eclosão da independência política do Brasil em 1822.

Desde então durante o século XIX o Brasil foi governado por representantes desta elite agrária. Sendo assim pode-se dizer que as lutas por direitos fundamentais em território nacional foram marcadas pela busca da liberdade por parte dos cativos e melhorias econômicas por parte de imigrantes que vieram substituir a mão de obra escrava e de alguns grupos revoltosos como os moradores do arraial de Canudos no interior da Bahia.

Essa comparação é importante, pois torna possível observar que enquanto coletividades de países europeus buscavam conquistar direitos classificados como de segunda geração, parcelas da sociedade brasileira ainda lutavam pelo fim da escravidão. Em outras palavras o Brasil ainda não havia atribuído à plena condição de “ser humano” a sua principal classe trabalhadora.

Cabe salientar que grande parte da população brasileira dessa época, as classes baixas, não apresentava uma participação política reivindicativa, mas era em grande parte manipulada pela elite dominante.

1.3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Explicam Salazar e Grou que a terceira geração dos direitos fundamentais ocorreu no decorrer da primeira metade do século XX quando as duas grandes guerras mundiais foram graves obstáculos para os Estados



concretizarem os direitos fundamentais já estabelecidos em suas Constituições²⁰.

O nazismo e o fascismo representaram um duro golpe nos direitos humanos fundamentais, pois as perseguições a grupos sociais específicos como judeus, negros, ciganos e homossexuais formaram um cenário marcado pela barbárie. Atrocidades essas, no entanto, fundamentadas em bases sociológicas obviamente distorcidas em termos interpretativos.

A própria ciência criminal do período foi afetada por pensamentos extremamente racistas. A Alemanha, berço de pensadores humanistas como Kant e Hegel, abandonava suas raízes filosóficas e apresentava ao mundo a formas mais desumanas de justificar o imperialismo sanguinário. Isso levou a necessidade de reafirmação dos direitos já conquistados no plano internacional e também a luta por novas conquistas como o direito de solidariedade ou fraternidade.

São exemplos da terceira geração de direitos fundamentais: o direito a paz e a autodeterminação dos povos e o direito ao meio ambiente. A questão ambiental ao longo dos anos foi despertando um maior interesse por parte das ciências em geral, tanto que o próprio direito preocupou-se em estabelecer normas de proteção a este importante bem jurídico em vários países. Isso é fruto obviamente da degradação do meio ambiente ocasionadas principalmente pela evolução do capitalismo em todas as suas fases desde o período comercial até o industrial e financeiro.

Os países chamados anteriormente de subdesenvolvidos e recentemente de países pobres ou em desenvolvimento foram as principais vítimas desse processo de destruição ambiental.

O expansionismo das empresas multinacionais²¹ sobre os países da periferia capitalista maltratou de forma significativa o meio ambiente destes países. Isso não significa dizer que os países do centro do capitalismo não

²⁰ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.13.

²¹ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.14.



tiveram sua estrutura ambiental prejudicada, pois também sofreram esse prejuízo. Diante dessa realidade de destruição ambiental ocorreram varias conferências no sentido de traçar metas para o que foi chamado de desenvolvimento sustentável. Cabe dizer que o Brasil destacou-se nesse sentido sendo sede de eventos como a ECO 92 e atualizando sua legislação ambiental.

O Brasil neste período entre guerras passava de uma ditadura, a chamada época do Estado Novo de Getulio Vargas para um processo de redemocratização, o qual também não durou muito tempo para sucumbir diante de um novo regime autoritário. Em termos jurídicos, a população brasileira sofreu nesse momento um grande golpe em seus direitos com uma ordem jurídica imposta de forma rígida. No que cuida a questões trabalhistas, no entanto, o povo brasileiro passava por um período muito produtivo com as leis em favor dos trabalhadores surgidas no governo Vargas.

Dessa forma se alguns direitos foram retirados de forma extremamente autoritária outros foram estabelecidos.

Existiu inclusive em território nacional tentativas de estabelecimento de ideais nazifascistas durante esse período com a chamada Ação Integralista Brasileira liderada por Plínio Salgado.

1.3.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA GERAÇÃO

Segundo Cury, a quarta geração dos direitos fundamentais surgiram no final do século XX e inicio do século XXI e são caracterizados pelas inovações tecnológicas e biológicas. O grande desenvolvimento científico fez com que o direito se adaptasse a nova realidade e buscasse tutelar bens como o patrimônio genético da humanidade. Além destes, a quarta geração visa proteger as chamadas minorias representantes de diferentes opiniões sexuais e de diferentes visões étnico-culturais²².

²² CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade...*, p.3.



Essa luta pela participação política das minorias representa a face do mundo globalizado onde aspectos antes ignorados ou não abordados em público passam a ser tratados abertamente como a união homossexual equiparada ao casamento heterossexual. Barreiras religiosas passam a ser enfrentadas por essas minorias.

Entre os documentos importantes na concretização dos direitos fundamentais ao longo da história, Cury apresenta os seguintes: a Carta de Direitos do Povo da Virgínia de 1773; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Constituição do México de 1917; a Constituição da República Alemã de Weimar de 1919 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²³.

Convém destacar que atualmente existe uma grande disparidade no que tange a concretização dos direitos fundamentais nas diversas nações, pois enquanto algumas como a Suécia e a Finlândia já efetivaram junto a suas populações parcelas significativas de tais direitos de primeira e segunda geração outras como a Etiópia, por exemplo, não oferece a seus cidadãos nem mesmo o mínimo para uma existência digna.

O Brasil nesse contexto de estabelecimento dos direitos fundamentais de quarta geração alcançou a estabilidade monetária e permitiu com isso proporcionar a parcelas antes alheias a aquisição ao mínimo dos direitos fundamentais, como uma alimentação digna, uma relativa melhora. No entanto, ainda esta longe de conseguir efetivar os vários direitos fundamentais existentes em seu ordenamento jurídico.

1.4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Brasil em termos de legislação avançou muito na defesa dos direitos fundamentais com a promulgação da Constituição de 1988. Salazar e Grou explicam que esta tratou os direitos fundamentais de forma inédita, pois no

²³ Ibidem, p.8.



artigo 1º trouxe a dignidade da pessoa humana, a qual foi classificada como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil²⁴.

Ainda segundo as autoras acima os direitos sociais passaram a integrar expressamente o rol de direitos e garantias fundamentais. Estão dispostos no Capítulo I, do Título II ao lado dos direitos e garantias individuais estabelecidos no Capítulo I, do Título II. Dessa forma estão assegurados nos artigos 6º e 7º, o direito à educação, à saúde e a moradia, o direito ao salário mínimo, a proteção à maternidade e à infância e a licença maternidade sem prejuízo do emprego e salário²⁵.

É importante salientar que além destes existem vários direitos fundamentais espalhados por todo texto constitucional, como o direito à saúde no artigo 196, o artigo 225 que trata da proteção ao meio ambiente, o artigo 227 que cuida da proteção à criança e ao adolescente e o artigo 230 que por sua vez trata dos cuidados com os idosos.

Explicam Salazar e Grou que além dos direitos estabelecidos no texto constitucional existem outros decorrentes de tratados internacionais e de princípios constitucionais. Cabe salientar, como também explicam que os direitos humanos fundamentais estão protegidos pela cláusula pétrea. Obviamente existem legislações ordinárias que tratam dos direitos fundamentais como a Lei 8080 de 1990 que estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde²⁶.

Salazar e Grou explicam ainda que a Constituição Federal reconheceu a indivisibilidade e a interdependência dos direitos fundamentais. Para se comprovar isso é só analisar a estrutura da constituição brasileira, pois nessa os direitos fundamentais individuais estão dispostos no capítulo I e em seguida são apresentados os direitos fundamentais sociais²⁷.

²⁴ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.14.

²⁵ *Ibidem*, p.15.

²⁶ SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática...*, p.17.

²⁷ *Ibidem*, p.18.



Todos dentro do título direitos e garantias fundamentais, sendo assim ainda segundo as explicações das autoras os direitos fundamentais estão dispostos não apenas na Constituição Federal, mas também em legislação infraconstitucional e relacionam-se entre si de forma harmônica. Isso significa que a violação de determinados direitos fundamentais provoca a violação de outro devido à interdependência entre eles. Exemplificam as autoras que o desrespeito ao direito à saúde, por exemplo, afeta a violação ao direito à vida e a liberdade²⁸.

O autor Novelino também realiza uma interessante abordagem dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Segundo este autor, na doutrina, entre as várias classificações existentes, devem ser destacada a classificação dos direitos fundamentais em três grupos: os direitos de defesa, os direitos prestacionais e os direitos de participação²⁹.

Novelino explica os direitos de defesa são caracterizados por exigem uma postura negativa por parte do Estado no intuito de proteger a autonomia dos indivíduos³⁰.

Já os direitos prestacionais, explica o autor, são marcados por exigirem do Estado uma conduta positiva, ou seja, exigem que o Estado, atue no intuito de proteger certos bens jurídicos, contra terceiros e também para garantir a condição de gozo desses bens por parte dos cidadãos.

Continuando sua explicação o autor explica que os direitos de participação apresentam um aspecto positivo/negativo. Esses direitos têm como objetivo garantir a participação individual na formação da vontade política da sociedade³¹.

O mesmo autor explica que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1 da Constituição Federal). Dessa forma, analisa Novelino que existem pensadores que defendem uma imediata aplicação das normas de direitos

²⁸ Ibidem, . p.20.

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional...*, p.251.

³⁰ ibidem, p.252.

³¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional...*, p.256.



fundamentais, mesmo que possuidoras de um caráter programático³², devido ao fato de que os direitos existentes nessas normas podem ser aplicados imediatamente, independentemente de consolidação legislativa³³.

Apesar da existência de referido entendimento, Novelino explica que a efetivação e a aplicabilidade das normas que estabelecem os direitos fundamentais dependem em grande parcela de seu enunciado e também de seu objeto³⁴.

Assim, segundo este autor, as normas definidoras de direitos de defesa em sua grande parte são autoexecutáveis, possuidoras de eficácia negativa e positiva não exigindo para sua aplicabilidade legislação regulamentadora. No entanto, Novelino³⁵ argumenta que parcela dos direitos de defesa poderá ter sua aplicabilidade afetada no sentido de restrição devido ao fato de estarem estabelecidos em norma de eficácia contida. Nestas, explica o autor que a aplicação é imediata, mas muitas vezes não integral. No que se refere as normas definidoras de direitos à prestações, para que consigam gerar seus efeitos de forma plena, dependem de outra “vontade integradora dos comandos.

Ainda segundo o autor³⁶ acima, de acordo com o objeto e a positivação, estes direitos à prestações não possuirão aplicabilidade imediata. por precisar de atuação legislativa e administrativa.

1.4.1. DA EFICÁCIA VERTICAL E EFICACIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.4.1.1. DA EFICÁCIA VERTICAL

Outro aspecto importante abordado por Novelino diz respeito às chamadas eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Segundo

³² Id, ibid. p.224.

³³ Essa é a posição de CUNHA JR, Dirley, apud NOVELINO, 2009, p.224.

³⁴ Ibidem. p.225.

³⁵ NOVELINO, Op cit. p.225.

³⁶ Ibidem. p.224.



este autor os direitos fundamentais na teoria liberal são entendidos como limitações ao exercício do poder do Estado, limitando-se ao âmbito das relações entre o Estado e o particular. Devido ao fato desta relação jurídica ser hierarquizada, onde existe o aspecto da subordinação, é utilizado o termo eficácia vertical dos direitos fundamentais³⁷.

1.4.1.2. DA EFICÁCIA HORIZONTAL

No entanto, como bem explica o autor acima, como à opressão e a violência não são oriundos apenas do Estado em relação aos indivíduos, mas também existe entre os cidadãos, ou seja, entre particulares surgiu a idéia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesta forma de eficácia os particulares são tratados em pé de igualdade na relação jurídica.

II.) LINEAMENTOS GERAIS SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1. DO CONCEITO DE SAÚDE

Nesse subitem, será realizada, uma rápida abordagem do conceito de saúde e do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988 que posteriormente será abordado com mais profundidade, em capítulo específico, dedicado a isso.

Como explica Davies, desde os primórdios da humanidade os seres humanos se preocupavam com seu bem estar. No início, no entanto, relacionavam-se as doenças com o místico e os responsáveis pelos tratamentos e curas das enfermidades eram os pajés ou xamãs³⁸.

Foram os gregos principalmente, que aos poucos foram abandonando essa idéia da relação do universo místico com a manutenção ou

³⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional...*, p.230.

³⁸ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*, p.235.



recuperação da saúde. Marcaram esse povo indivíduos como Hipócrates que relacionava a saúde de uma pessoa a seu estilo de vida. Civilizações orientais como a chinesa também produziram avanços no campo do estudo da saúde desde o mundo antigo.

Durante a Idade Média, houve, segundo Davies, um regresso nos estudos científicos dos problemas que afetavam a saúde e os motivos que levavam à sua manutenção devido ao predomínio cultural da Igreja Católica. Esta entendia a saúde como uma graça divina e impedia os estudos com a utilização de cadáveres, sendo a cura vista como um merecimento do fiel³⁹.

Com o renascimento cultural do século XVI ocorreram enormes avanços no sentido de uma explicação científica sobre a saúde humana.

O mundo moderno industrial e o mundo contemporâneo consolidaram tal tendência e a fez desenvolver enormemente com o surgimento de tecnologias e centros de pesquisas.

2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

Já no mundo antigo, segundo Davies, existia uma significativa preocupação com norma que tratavam do direito do indivíduo a saúde. A autora menciona que o Código de Hamurabi e o Código de Manu buscavam analisar a responsabilidade de curandeiros nos tratamentos de saúde. No entanto foi com os movimentos operários do século XIX que as lutas pelo direito à saúde se efetivaram. Data deste período como foi salientado as conquistas dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, entre os quais está o direito à saúde. Esse painel ocorreu principalmente na Europa ocidental⁴⁰.

A época contemporânea, principalmente a década de 1940 assistiu a formação de organismos internacionais que buscavam efetivar o direito à saúde como a Organização Mundial da Saúde. No entanto, como bem

³⁹ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*, p.36.

⁴⁰ *Ibidem*, p.37.



explica Cury o mundo globalizado não representa enormes melhorias na prática para populações de inúmeros países pobres como, por exemplo, a Etiópia e o Haiti⁴¹.

Atualmente, o que se assiste é uma diminuição na atuação dos Estados Nacionais no sentido de oferecer uma saúde de qualidade a seus governados. Isso se deve a concretização da idéia do Estado mínimo, na qual este deve reduzir sua atuação em várias áreas e permitir em contraprestação o crescimento da iniciativa privada. As empresas privadas de planos de saúde tiveram uma grande expansão nos últimos anos, porém, com as recentes crises do capitalismo em vários países do centro do mundo econômico as lutas contra este tipo de Estado estão aumentando muito⁴².

Ao longo da história então foi sendo construída uma idéia de que o direito à saúde era cobrado pelos cidadãos junto aos Estados que por sua vez deveria ter uma atuação positiva tanto no tratamento quanto na manutenção da saúde de sua população⁴³.

Como já foi salientado o direito à saúde fez parte do conjunto de direitos que marcaram a segunda geração de direitos fundamentais. Davies define direito fundamental à saúde como sendo “dever do Estado em garantir minimamente a sobrevivência digna e a sadia qualidade de vida de seus habitantes”⁴⁴.

2.3. O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Conforme explica Davies, o direito fundamental à saúde foi relegado na maioria das constituições brasileiras, com exceção da Carta Magna de 1988⁴⁵.

⁴¹ Ibidem, p.10.

⁴² DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*,p.36

⁴³ Ibidem.p.37.

⁴⁴ Ibidem,.p.37.

⁴⁵ Ibidem.p.38.



A Constituição de 1824 não se preocupou com o direito a saúde, pois sua principal preocupação era a defesa da propriedade. Da mesma forma a Constituição de 1891 desprezou a questão da saúde.

A Constituição de 1934, no entanto, foi vanguardista nesse sentido, pois tratava já do princípio da dignidade da pessoa humana.

Convém salientar que as constituições posteriores a esta não merecem destaque, pois não tratou a questão do direito fundamental à saúde de forma significativa. Isso muda radicalmente com a Carta Magna de 1988.

2.4. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na Constituição brasileira atual, o direito à saúde esta presente em vários artigos espalhados pelo texto constitucional que serão analisados. No entanto deve-se destacar o artigo 6º que considera o direito à saúde como direito social e principalmente no artigo 196⁴⁶ que estabelece:

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.

Como explica Davies o constituinte ampliou o conceito de direito à saúde abarcando não simplesmente o caráter curativo, mas também o preventivo e o bem estar dos cidadãos⁴⁷.

O artigo 197 da Constituição Federal da Republica estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública e faculta a iniciativa privada a sua execução nos moldes determinados pelo poder publico.

O artigo 198 da Carta Magna Nacional institui o Sistema Único de Saúde e estabelece suas diretrizes e trata do financiamento deste.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. 46.ed.São Paulo: Saraiva.2012.Deve-se dizer que todos os artigos constitucionais analisados neste sub item foram retirados desta edição.

⁴⁷ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*p.38.



A citada autora esclarece que essa nova interpretação sobre o direito à saúde obriga os órgãos do Sistema Único de Saúde colocar em prática políticas públicas, que busquem realmente, o bem estar dos cidadãos⁴⁸. A pesquisadora destaca que o Sistema Único de Saúde é definido como:

...um conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de execução em três esferas de governo. Possui também princípios e diretrizes básicas que devem servir de norte em toda a República Federativa do Brasil⁴⁹.

O SUS possui uma estrutura descentralizada onde a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem suas funções estabelecidas. Este sistema foi idealizado pela Constituição Federal e criado efetivamente pela Lei 8080 de 1990.

O artigo 199 apresenta explicações sobre a execução da saúde pela iniciativa privada que possui caráter complementar.

O artigo 200 dispõe sobre outras obrigações do Sistema Único de Saúde como, por exemplo, a fiscalização de medicamentos entre outras que serão tratadas em momento oportuno nesta pesquisa.

Além destes, outros dispositivos também tratam da saúde em nossa Constituição como: o artigo 7º, XXII que trata da relação da saúde com o trabalho; o artigo 23, II que estabelece como competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cuidados com a saúde; o artigo 24, XII que estabelece ser de competência da União, dos estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a defesa da saúde; o artigo 30, VII compete ao município com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados prestar serviços de atendimento à saúde da população; o artigo 170 ao tratar da ordem econômica estabelece que é assegurado a todos existência digna; o artigo 225 relaciona a defesa do meio ambiente com

⁴⁸ *ibidem.*, p.39.

⁴⁹ Artigo 1º da Lei 8080 de 1990.



uma sadia qualidade de vida; os artigos 227 e 230 tratam da saúde das crianças e adolescentes e dos idosos respectivamente.

O autor Sebastião Sérgio da Silveira⁵⁰ em sua análise do direito fundamental à saúde destacou que:

(...) ao refundar a República do Brasil em 1988, os constituintes elencaram a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamento da democracia a ser instalada (CR, art 1). arrolaram como objetivos fundamentais da Nova República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e qualquer outras formas de discriminação. (CR, art.3)⁵¹. (...)

Explica o citado autor, que estes compromissos constitucionais exigem o estabelecimento de condições que proporcionem o efetivo desenvolvimento da pessoa. Sendo fundamental para tanto a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva.

O autor José Afonso da Silva ao comentar o direito à saúde destaca que:

(...) E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais⁵². (...)

Enfatiza o renomado constitucionalista que, de nada vale, o estabelecimento do direito à saúde no texto maior brasileiro, se os cidadãos não conhecerem a efetivação de tal norma fundamental.

⁵⁰ SILVEIRA, Sebastião Sergio. *O direito fundamental à saúde: o acesso a medicamentos no SUS e a ação civil pública como instrumento de proteção dessa garantia*. In *Revista Paradigma. Ciências Jurídicas. UNAERP*. 2009, p.226

⁵¹ *Ib*, *Ibid*. p.226

⁵² SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14.ed. Sao Paulo: Malheiros. 1997. p.311.



Já a autora Ana Carolina Izidoro Davies conceitua o direito à saúde como “um dever do Estado em garantir minimamente à sobrevivência digna e a sadia qualidade de vida de seus habitantes”⁵³.

Julio César de Sá da Rocha conceitua direito à saúde como um conjunto de normas jurídicas que atuam na regulação do poder público e destinam-se “proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito”⁵⁴..

O autor Fernando Aith explica que dentre os princípios gerais de direito que regem o direito sanitário destacam-se o principio da proteção da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da equidade⁵⁵.

Como já foi salientado anteriormente o conceito de saúde foi ampliado em nossa legislação, pois não se refere apenas à ausência de doenças, mas também ao bem estar social, econômico e inclusive cultural do indivíduo. Sendo assim é função do Estado proporcionar a seus cidadãos os fatores políticos, sociais e sobretudo econômico que proporcionem uma sadia qualidade de vida.

Davies nessa mesma linha de raciocínio destaca que esse conceito abrangente de saúde, obriga os órgãos do Sistema Único de Saúde a identificar fatores sociais, ambientais e econômicos capazes de proporcionar aos indivíduos uma vida sadia. Sendo assim é de extrema relevância as políticas publicas governamentais.

A própria Lei 8080 de 1980 reforça esse conceito amplo de saúde ao estabelecer em seu artigo 2º, § 1º que é função do Estado formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos. Então pode-se inferir que o poder publico tem por obrigação oferecer aos indivíduos boas condições de trabalho, o essencial na alimentação e higiene e uma educação de qualidade.

⁵³ DAVIES, Ana Carolina Izidoro. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*,p.50.

⁵⁴ ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da Saúde :direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*.São Paulo: LTR,1999.p.49

⁵⁵ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito da saúde no Brasil*.São Paulo: Quartier Latim.2007.p.26.



Ana Carolina Davies ainda destaca que indivíduos possuidores de condições de vida diferentes, em termos sociais e econômicos, apresentaram quadros de saúde diferentes mesmo que usuários de um mesmo sistema de saúde preventivo e curativo⁵⁶.

Ana Carolina assevera ainda o caráter difuso do direito à saúde na legislação brasileira, pois o artigo 196 traz em seu texto que a saúde é “um direito de todos”, isto é são seus titulares sujeitos indetermináveis, independentemente de qualquer relação jurídica subjacente e além disso possui como objeto um bem jurídico indivisível⁵⁷.

Também analisando o aspecto transindividual do direito à saúde os autores Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos esclarecem que:

direito à saúde e a igualdade total no tratamento dos indivíduos. Em outras palavras o acesso as ações e serviços de saúde deve oportunizar, de acordo com a Constituição, a todo as pessoas, independentemente de suas condições individuais (nacionalidade, sexo, poder econômico etc); e dentro dessas ações e serviços, o tratamento dispensado aos indivíduos deve ser absolutamente igualitário, sem distinções ou preferências. (...) Não se pode olvidar, também que o direito à saúde merece a adequada proteção na esfera transindividual, já que seu aspecto de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo não pode, em absoluto ser ignorado⁵⁸.

Convém destacar que os mencionados autores abordaram não apenas o caráter difuso do direito a saúde, mas também, os aspectos coletivo e individual homogêneo desse direito.

O artigo 197 da Constituição Federal, destaca que o Estado, não possui apenas o dever de disponibilizar, em prol da população serviços públicos, mas também engloba a regulamentação, a fiscalização e o controle de todas as ações e serviços de saúde⁵⁹.

⁵⁶ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*, p.50.

⁵⁷ *Ibidem*, p.43.

⁵⁸ MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano. *Direito sanitário...* p.24.

⁵⁹ *Ibidem*, p.25.



Além disso, os mesmos autores esclarecem que as ações e serviços de saúde, não são exclusivos do Estado, e podem ser oferecidos por entes privados. No entanto estes serão sempre fiscalizados pelo poder público.

A autora Ana Carolina Davies⁶⁰ explica que o artigo 198 da Constituição Federal de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde e apresenta suas diretrizes básicas e também seus critérios como a descentralização, prioridade preventiva e a participação da comunidade. Além disso, determina o seu financiamento pela seguridade social e ainda apresenta a repartição orçamentária entre os entes federados.

A mesma autora esclarece que o artigo 199 da Constituição, trata da execução da saúde pela iniciativa privada que possui caráter complementar. E ainda ensina que a relação entre as empresas privadas de saúde e o Estado é feita por meio de convênios ou contratos de direito público⁶¹.

2.5. DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERADOS E O DIREITO À SAÚDE

2.5.1. DO CONCEITO DE COMPETÊNCIA

Conceituando competência, escreve José Afonso da Silva: “competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”⁶².

Ainda sobre a questão da competência, ensina o renomado constitucionalista:

A nossa constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União(arts21 e 22), com poderes remanescentes para os estados (art 25, S um) e poderes definidos indicativamente para os municípios(art.30), mas combina com essa reserva de campos específicos(nem sempre exclusivos, mas apenas privativos),possibilidades de delegação (art22,parágrafo

⁶⁰ DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais...*,p.53

⁶¹ Ibidem.,p.54

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo...*p.481.



único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe a União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar⁶³.

O autor destaca aspectos essenciais da política e da justiça brasileira como a opção pelo federalismo, no que tange a repartição de poderes. Isso, cabe dizer, apresenta raízes históricas, pois o Brasil foi constituído inicialmente com base no sistema de capitanias hereditárias onde o poder político era esfarelado entre as inúmeras organizações políticas, administrativas e jurídicas. Obviamente o rei de Portugal possuía ingerência sobre tais organizações, no entanto isso não provocou uma centralização no âmbito político e jurídico.

O autor Marcelo Novelino ensina que, em regra, a Constituição de 1988 determinou que a União deve tratar de assuntos gerais e os Municípios devem tratar de assuntos de interesse local. Aos Estados membros foram atribuídas competências classificadas de residuais⁶⁴.

Os autores Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior lecionam que a Constituição de 1988 prevê competência de duas maneiras: material e legislativa. A primeira diz respeito a realização de atividades administrativas e a segunda á elaboração de leis. Ainda a respeito desse assunto, os mesmos autores ensinam que nos momentos em que a Carta Magna atribui competências materiais simultaneamente a mais de um ente federativo, denominou-se tais competências de comuns e nos momentos em que a Constituição Federal outorga simultaneamente, competências legislativas a mais de um ente federativo, essas foram chamadas de concorrentes⁶⁵.

⁶³ Ibidem, p.481.

⁶⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional...*, p.480.

⁶⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário...*, p.101.



2.5.2. DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E O DIREITO À SAÚDE

Conforme explicam os autores Dallari e Nunes Júnior essa explicação anterior e adequada porque a Constituição Federal de 1988 inclui a saúde entre as matérias que são objeto tanto de competências materiais como no de legislativa. No que se a legislação em saúde a Carta Magna estabeleceu uma competência concorrente assim estabelecida no artigo 24, XII. Explicam ainda os mesmos pesquisadores que tal dispositivo se refere a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal⁶⁶.

No entanto, o artigo 30 da Lei Maior estabelece também que cabe ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Diante desse quadro, explicam os mesmo autores que pode-se inferir que a competência de legislar sobre saúde é concorrente entre a: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De acordo com os mesmos pesquisadores citados acima, a Constituição Federal estabelece a competência comum de todos os entes da Federação no que diz respeito à competência material. Isto está claramente disposto no artigo 23, II da Carta Magna. Este dispositivo estabelece que é responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência. Esta ordem constitucional foi reforçada pelo artigo 198 da Lei maior que estabelece, tanto em seu caput quanto em seu parágrafo primeiro a responsabilidade comum de todos os entes federados com relação a competência material em termos de saúde⁶⁷.

Explicam, ainda os autores, que a Constituição Federal quando estabelece o Sistema Único de Saúde também responsabiliza todos os entes federados pelos cuidados com a saúde dos indivíduos no Brasil⁶⁸. Com base

⁶⁶ Ibidem, p.102.

⁶⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário..., p.103.

⁶⁸ Ibidem. p.103.



nessas informações fica claro a existência do importante princípio da solidariedade entre todos os poderes públicos com relação à saúde da sociedade⁶⁹. Sendo assim o cidadão que necessitar de um tratamento ou um medicamento para manutenção ou recuperação de sua saúde pode demandar isso de qualquer entidade federativa.

Dallari e Nunes Júnior afirmam que isso já é o entendimento de copiosa jurisprudência do STF e do STJ⁷⁰. Sueli Dallari e Nunes Júnior também explicam que essa solidariedade expressa, autoriza o cidadão e qualquer legitimado à propositura de uma ação civil pública, a exigir de qualquer ente federativo a assistência a sua saúde. Continuam ainda os autores a lecionar que aplica-se ao caso o instituto da obrigação passiva solidária das entidades federativas. pois, nas palavras de Dallari:

a Constituição investiu o cidadão na qualidade de autêntico credor de prestações públicas, as quais foram, em princípio, atribuídas indistintamente a todos os entes da Federação, donde se conclui que qualquer um deles, pode ser chamado a responder integralmente pelo dever de prestar⁷¹.

Fica claro dessa forma a existência do princípio da solidariedade entre a União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios no que tange à saúde da população. Sendo a Constitucional a Lei Maior de nossa pátria, não é justo que responsáveis pelos órgãos administrativos da saúde das esferas: federal, estadual e municipal tentem, não raras vezes, se livrar de tais obrigações por meio de argumentos jurídicos e administrativos pífios como a adoção do princípio da reserva do possível e da falta de dinheiro nos cofres públicos para a saúde da população. Convém salientar que tal tema será tratado em tópico próprio nesta pesquisa.

Nunes Júnior explica ainda que com base na Lei Orgânica da Saúde, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem definir administrativamente as instâncias e mecanismos de controle, avaliação e

⁶⁹ Ibidem. p.104

⁷⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit, p.104

⁷¹ *Ibid, ibidem*, p.107.



fiscalização das ações e serviços de saúde; acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e das condições ambientais; organizar e coordenar um sistema de informação em saúde; elaborar normas técnicas e estabelecer padrões de qualidade para a promoção da saúde do trabalhador; elaborar normas técnicas e científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde; definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária; fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial. (artigo 15, I, III, IV, XVI, XX, XXI da Lei 8080 de 1990)⁷².

2.5.3. DAS ATRIBUIÇÕES DA UNIÃO

Explicam os autores citados que cabe a União estabelecer normas gerais sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, XII da CF 88), regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (artigo 197), e para organizar um sistema de saúde descentralizado, com atendimento integral e com participação da comunidade financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, CF de 88)⁷³.

Ale disso, a Lei 8080 de 1980 estabelece que a União deva atuar na elaboração e execução da vigilância de portos, aeroportos e fronteiras e além disso, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde que de alguma forma escapam do controle da direção estadual do SUS ou que representem risco de disseminação nacional (artigo 16, XI, parágrafo único da Lei 8080 de 1990).

⁷² . DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário..., p.110..

⁷³ Ibidem., p.111.



O artigo 16, inciso XIII, da referida lei estabelece ainda que compete à direção nacional do SUS prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional e a descentralização para as unidades federadas e para os municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.

2.5.4. DAS ATRIBUIÇÕES DOS ESTADOS MEMBROS

Estes entes federados devem complementar a legislação sobre saúde posta pela União. Como também, pela Lei 8080 de 1990, acompanhar, avaliar e divulgar os indicadores de morbidade e mortalidade e de forma complementar formular normas e estabelecer padrões de procedimento de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano (Lei 8080 de 1990, artigo 17, XIV e XII)⁷⁴.

2.5.5. DAS ATRIBUIÇÕES DOS MUNICÍPIOS

Os Municípios possuem a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local. Nos ensinamentos de Dallari os Municípios tem a obrigação de complementarmente as ações e serviços de saúde em sua abrangência de atuação.(Lei 8080 de 1990, art.18,XII)⁷⁵.

2.5.6. DOS RECURSOS FINANCEIROS E CONCLUSÕES

⁷⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário..., p.103.

⁷⁵ Ibidem.p.112



Explicam também Dallari e Nunes Júnior que a Lei Orgânica da Saúde apresenta aspectos importantes a respeito dos recursos financeiros direcionados à saúde. Esta lei estabelece que os recursos financeiros do SUS sejam depositados em conta especial em cada esfera de atuação e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde (art. 33, Lei 8080/90) e que os recursos do Fundo Nacional de Saúde sejam utilizados como cobertura dos serviços e ações de saúde a serem postos em prática pelos Municípios, Estados e Distrito Federal (art. 2º, IV, Lei 8.142/90)⁷⁶.

Esses recursos deverão ser transferidos de forma regular e imediata para Municípios, Estados e Distrito Federal respeitando os seguintes critérios: perfil demográfico da região, perfil epidemiológico da população a ser coberta características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área, desempenho econômico, financeiro e técnico do período antecedente, grau de participação do setor de saúde nos orçamentos estaduais e municipais, previsão do chamado plano quinquenal de investimentos na rede, compensação ou ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo, respeitando a regra de que a metade dos recursos direcionados a Estados e Municípios deverá ser distribuída de acordo com o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, de forma independente de qualquer procedimento prévio (artigo 35, da Lei 8080/90).

Após essa rápida, porém necessária abordagem da chamada Lei do SUS infere-se que apesar de uma legislação constitucional e infraconstitucional ampla e consistente a respeito do direito a saúde, na prática tais normas só estão sendo respeitadas por meio da judicialização da saúde.

III.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁷⁶ Ibidem.p.113.



AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito da saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latim. 2007.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. 46.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris editora. 2005

DAVIES, Ana Carolina Izidorio. *Saúde Pública e seus Limites Constitucionais*. São Paulo: Verbantim. 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da Saúde : direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTR, 1999.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática*. São Paulo: Verbatim Editora. 2009

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

SILVEIRA, Sebastião Sergio. *O direito fundamental à saúde: o acesso a medicamentos no SUS e a ação civil pública como instrumento de proteção dessa garantia*. In *Revista Paradigma. Ciências Jurídicas. UNAERP*. 2009.

TRETTEL, Daniela. Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e do STF*. São Paulo: Verbatim, 2009.

