

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH

Gustavo NAHSAN, Mestre pela UFMT e Coordenador do curso Direito da Faipe, gustavo@nl.adv.br. Faculdade Garça Branca Pantanal;

Joelmir Nunes MARTINS, Mestre em Agronegócios, Professor, joelmirnunesster@hotmail.com. Faculdade Garça Branca Pantanal;

Oscemario Forte DALTRO, Mestre em Educação, oscemariodaltro15@gmail.com. Faculdade Garça Branca Pantanal;

Elyria BIANCHI, Mestre em Educação, abfly@terra.com.br. Faculdade Garça Branca Pantanal.

RESUMO

Os direitos sociais pertencem aos chamados direitos de segunda geração / dimensionais diretamente relacionados à igualdade material.

Palavra-Chave: Direito Social. Saúde. Igualdade.

ABSTRACT

Social rights belong to so-called second generation /dimensional rights directly related to material equality.

Keyword: Social Right. Health. Equality.



INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde apresenta-se de forma ampla, como um conjunto de valores que visem possibilitar aos indivíduos um completo bem-estar físico, mental e social. Valores estes que, se observados, possibilitam a prevenção de potenciais enfermidades e, acaso estas venham a se manifestar, possibilitam o mais amplo acesso aos meios de cura. Esse conceito agrega, assim, um conjunto de elementos multidisciplinares, encetando em si o mais completo aspecto de proteção ao ser humano (SARLET, 2010).

Os princípios que norteiam o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), insculpidos na Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), notadamente a universalidade de acesso, a integralidade de assistência e a preservação da autonomia (incisos I, II e III, respectivamente, do artigo 7º), estipula as condições e funções dos serviços de saúde para que um sistema único de saúde possa promover a saúde de acordo com a Constituição Federal, priorizar as ações preventivas e comunicar seus direitos e riscos à saúde à população.

Portanto, a saúde como direito fundamental social, requer políticas públicas de maneira preventiva, na área da educação, da qualidade de vida, boas condições hospitalares, laboratórios de qualidade, equipe médica especializada e benefícios alcançados pelo próprio Estado ou com redes privadas de saúde. Caso o direito fundamental à saúde não seja respeitado, por inexistência de recursos suficientes ao atendimento ou pela ausência de políticas públicas adequadas, acarreta a possibilidade de discussão no âmbito do poder judiciário, visando resguardar tal direito.

OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais pertencem aos chamados direitos de segunda geração / dimensionais diretamente relacionados à igualdade material. Não têm o mesmo efeito que outros direitos básicos de primeira geração, pois são direitos de jure e exigem que o Estado conceda benefícios específicos.

Considerando a necessidade de fornecer materiais, os direitos sociais são mais caros do que os direitos de primeira geração (defesa). São implementadas por meio de políticas públicas, tarefas típicas dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, o sistema judiciário pode acontecer, e se algo for omitido, o órgão judicial pode institucionalizar o sistema judiciário.

Deve-se destacar que falar em direitos sociais é diferente de falar em direitos coletivos ou direitos descentralizados, embora geralmente a proteção dos direitos sociais seja baseada em direitos coletivos ou reivindicações de direitos descentralizados. As características dos direitos sociais estão relacionadas com a titularidade ou indivisibilidade de direitos/interesses (direitos coletivos ou descentralizados), e estão vinculadas ao atributo "social", com dupla titularidade - individual ou coletiva.

Silva (2008) assevera que as normas constitucionais que estipulam direitos e garantias fundamentais, em termos de eficácia, se enquadram em normas de eficácia contida ou limitada, e quanto à aplicabilidade, em normas de aplicabilidade imediata:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas em especialmente as que mencionam uma lei integradora são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mas se tornam garantias da democracia e do exercício dos demais direitos fundamentais (SILVA, 2008).

Paulo Tavares defende a possibilidade de judicializar os direitos fundamentais de cunho prestacional, posto ser o resultado lógico das regras inseridas na Constituição Federal de 1988:

Com efeito, não há como negar que, estando positivada a regra consagradora da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), os poderes do Poder Judiciário estão mais ampliados para defender a efetividade destes direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, que possuem caráter de autênticos direitos subjetivos, autorizando tal Poder a assegurar, no caso concreto, o seu efetivo gozo, com base também no art. 5º, inc. XXXV, da CF (inafastabilidade do controle judiciário) mesmo que isto implique em alocação de recursos públicos (TAVARES, 2010).

Luís Roberto Barroso, acerca da possibilidade da reivindicação dos direitos fundamentais, defende a imediata aplicabilidade das normas alegando que:

Nessa conformidade, das normas constitucionais que geram direitos subjetivos, resultam para seus beneficiários – os titulares dos direitos – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão a ser vinculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer ao órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados (BARROSO, 2009).

Segundo Monica Serrano:

É possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles previstos em uma determinada ordem constitucional, com o objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões. No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se discriminados pela Constituição Federal de 1988, observando-se que tal enumeração não é exaustiva, uma vez que outros podem logicamente decorrer do sistema jurídico constitucional, bem como de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5.º, § 2.º, da C.F. (SERRANO, 2009).

Portanto, segundo seu entendimento, o direito à saúde envolve o cerne de outros direitos, desde o patrimônio genético até a integridade física, emocional e espiritual, razão pela qual o poder público se responsabiliza por sua proteção e eficácia, devem ser tomadas medidas para promover, proteger e defender o direito à saúde.

Considerando Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos:

O direito à saúde pertence à categoria dos direitos fundamentais de segunda geração, também denominados direitos sociais, que vieram a lume com a nova conformação do Estado, que deixou de atuar como mero garantidor de

direitos individuais (Estado liberal) e abraçou a função de fornecer aos cidadãos prestações positivas voltadas à saturação de suas necessidades básicas (Estado Social) (MAPELLI JUNIOR, 2012).

E continuam afirmando que:

É inviável se delimitar adequadamente o direito à saúde sem passar pelo próprio conceito de saúde. Em outras palavras, é indispensável o preciso conhecimento do objeto juridicamente protegido para que se possa conhecer a amplitude e a dimensão exatas das consequências advindas do reconhecimento do direito da sua fruição. (...) a Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 07 de abril de 1948, previu que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (MAPELLI JUNIOR, 2012).

Os direitos sociais não estão disponíveis, e o governo exige que seu investimento econômico seja minimizado para garantir a dignidade de cada cidadão no território nacional.

Brega Filho acerca do direito à saúde como direito fundamental aduz que:

Entre os direitos intangíveis, poderíamos incluir, a título de exemplo, o direito à saúde, direito fundamental inserido no capítulo dos direitos sociais. Duvidamos que alguém acredite que o direito à saúde não esteja incluído entre as cláusulas pétreas da Constituição, embora não seja conceituado constitucionalmente, como direito ou garantia individual (BREGA FILHO, 2002).

Ingo Sarlet pontua que “o direito à saúde é entendido como um direito de defesa, uma vez que impede intervenções irregulares pelo Estado e/ou terceiros na vida do seu titular, mas também determina que o Estado realize políticas públicas para sua efetivação em favor da população, no tocante “a toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (SARLET, 2007).

Em outro artigo escrito pontuou que:

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos (SARLET, 2007).

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, quanto ao direito à saúde, destacam:

Artigo 196 da CF: Por fim, tais políticas deveriam objetivar o acesso universal e igualitário às ações e serviços do governo, para que a saúde da população seja promovida, protegida e recuperada. Tanto a promoção quanto a proteção nessa área dependem de que sejam reunidos os instrumentos de atuação de Estado, degradados nos últimos tempos, assim como a elaboração de estratégia para a recuperação dos doentes. Quem lê o artigo 196 tem a impressão de que o País está acima das demais nações no que diz respeito à saúde, tanto nas ações profiláticas quanto naquelas de recuperação dos doentes. Quem vive a realidade da grande maioria da população brasileira

menos favorecida percebe quão distante está o sonho do constituinte da prática dos detentores do poder (BASTOS; MARTINS, 1988).

Portanto, como um direito social humano básico e inacessível, a saúde requer um posicionamento de nível nacional, intervindo de forma forçada na sociedade por meio de políticas públicas e da prestação de serviços públicos, e visa garantir a dignidade de todas as pessoas como um preconceito à dignidade humana, sem distinção, ou seja, ter um estado de saúde adequado, incluindo os aspectos físicos, psicológicos e sociais da saúde, e tratando a saúde como um bem individual, coletivo e em construção.

Se por um lado o direito subjetivo à saúde é irrevogável e com garantia de aplicação imediata, por outro lado, nas interpretações contemporâneas dos direitos sociais, é fato que os serviços públicos de saúde do meu país estão em crise e requer intervenção do Estado com o objetivo de reduzir os problemas de saúde, as desigualdades sociais e realizar os mencionados direitos humanos básicos.

Mariana Figueiredo explica que:

O direito fundamental a saúde, alcança a proteção do indivíduo, pela garantia de condições de vida, de meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial, bem como pela existência de estruturas públicas voltadas à prestação de cuidados adequados à manutenção e à recuperação do estado de bem-estar pessoal. [...]

Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros, conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes públicos na efetivação do direito a saúde (FIGUEIREDO).

Ingo Sarlet justifica que:

[...] não há como negar que as garantias da Constituição também podem ser consideradas, em sentido amplo, garantias de direitos fundamentais. [...] verifica-se que na doutrina constitucional pátria as garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais (SARLET, 2009).

A capacidade de exigir o cumprimento das regras de reconhecimento de direitos é o modelo mais avançado do sistema jurídico, posto que, a lei não deve expressar somente a vontade do legislador mais sim: considerando cada momento e ambiente social à época, visando atender às necessidades que surgem no decorrer do desenvolvimento social.

Joaquim Herra Flores entende que:

Os direitos devem ser vistos, e postos em prática, como produto de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas para “ajustar” a realidade em função dos interesses mais gerais e difusos de uma formação social, quer dizer, os esforços por buscar o que faz que a vida seja digna de ser vivida (FLORES, 2009).

A Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde apresenta-se de forma ampla, como um conjunto de valores que visem possibilitar aos indivíduos um completo bem-estar físico, mental e social. Valores estes que, se observados, possibilitam a prevenção de potenciais enfermidades e, acaso estas venham a se manifestar, possibilitam o mais amplo acesso aos meios de cura. Esse conceito agrega, assim, um conjunto de elementos multidisciplinares, encetando em si o mais completo aspecto de proteção ao ser humano (SARLET, 2010).

CONCLUSÃO

Os princípios que norteiam o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), insculpidos na Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), notadamente a universalidade de acesso, a integralidade de assistência e a preservação da autonomia (incisos I, II e III, respectivamente, do artigo 7º), estipula as condições e funções dos serviços de saúde para que um sistema único de saúde possa promover a saúde de acordo com a Constituição Federal, priorizar as ações preventivas e comunicar seus direitos e riscos à saúde à população.

Portanto, a saúde como direito fundamental social, requer políticas públicas de maneira preventiva, na área da educação, da qualidade de vida, boas condições hospitalares, laboratórios de qualidade, equipe médica especializada e benefícios alcançados pelo próprio Estado ou com redes privadas de saúde. Caso o direito fundamental à saúde não seja respeitado, por inexistência de recursos suficientes ao atendimento ou pela ausência de políticas públicas adequadas, acarreta a possibilidade de discussão no âmbito do poder judiciário, visando resguardar tal direito.

Finalizando observa-se que o direito à saúde é um direito básico, essencial para a realização do direito. Outros direitos coexistem através do direito à saúde, como o direito à vida, o direito à liberdade, dentre outros, posto que, se não houver saúde física e mental, não haverá dignidade.

Portanto, o exercício do direito à saúde é de responsabilidade dos entes do Estado, caso isso não aconteça, as pessoas físicas devem requerer a execução, inclusive por via judicial, por meio de liminares ou de obrigação de agir, a sociedade de hoje deve implementar esses direitos para que possa servir a cada dia mais e mais pessoas, garantindo assim uma vida digna e feliz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 112-113.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 88.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 193-194.

MAPELLI JÚNIOR Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Direito Sanitário**. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional dos Promotores de Justiça Cível e de Tutela Coletiva; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012. p. 15.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 178-179.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-entorno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 7 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, jan. 2002.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 12.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 184.

TAVARES, Paulo César Vieira. **A Saúde como direito fundamental social e as objeções habitualmente dirigidas pelo Estado contra sua plena efetividade na área dos medicamentos excepcionais**. [S.l.: s.n.], 2010. p. 16-17.