



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO  
CEARÁ – ESMEC

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ATENÇÃO  
MATERNO-INFANTIL**

Letícia Gomes De Francesco

Fortaleza–CE  
Novembro, 2011

LETÍCIA GOMES DE FRANCESCO

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ATENÇÃO  
MATERNO-INFANTIL**

Monografia apresentada como exigência para a obtenção do título de Especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão.

Fortaleza–Ceará

2011

LETÍCIA GOMES DE FRANCESCO

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ATENÇÃO  
MATERNO-INFANTIL**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito Público da Escola da Magistratura do Estado do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do título de Especialista em Direito Público, em conformidade com os normativos do MEC, regulamentada pela Res. n° R028/99, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

Fortaleza (CE), 7 de novembro de 2011.

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão, Ms.  
Prof. Orientador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Edilson Baltazar Barreira Júnior, Dr.  
Coord. Examinador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Rodrigo Uchôa de Paula, Ms.  
Prof. Examinador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Coordenação do Curso de Direito Público

A Deus,  
minha base e fonte de força diária.

Ao meu pai, João Mendes, e à minha mãe, Denise,  
pelo apoio material, pelas boas intenções bem como pelo incentivo e amor incondicional.

À minha irmã Natália,  
que, mesmo distante, sempre esteve comigo me apoiando.

Ao meu avô Francisco Ângelo (*in memoriam*),  
por tornar a minha vida mais doce e tranquila.

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão, pela atenção, pela disponibilidade e pelas horas dedicadas à orientação deste trabalho.

Ao professor Rodrigo Uchôa de Paula e Edilson Baltazar Barreira Júnior por terem aceitado o convite de participar da banca e pelas sugestões feitas ao trabalho.

Às minhas amigas Lorena e Ana Paula, pelo auxílio e incentivo constante, bem como pelos sonhos compartilhados.

Aos professores que, pela espontaneidade e pelo tempo dedicados à participação desta pesquisa, foram fundamentais para a realização do presente estudo.

*Em geral, nove décimos da nossa felicidade baseiam-se exclusivamente na saúde. Com ela tudo se transforma em fonte de prazer.*

Arthur Schopenhauer

## RESUMO

A saúde passou a ser reconhecida como direito fundamental social, a partir da Constituição de 1988, sendo, portanto, garantida a todos e constituindo dever do Estado assegurá-la. Com a criação da Organização Mundial da Saúde, passou-se a entender o direito à saúde não só como cuidados médicos ou mesmo a ausência de doenças, mas um completo bem-estar físico, mental e social. Atualmente, o direito à saúde padece de vastos problemas, principalmente na questão da atenção materno-infantil, que consiste em ações dirigidas às mulheres durante a gestação, o parto e o puerpério, e tem como objetivo garantir a saúde da gestante e do bebê, além de prevenir a morte materna e/ou fetal. Por esses problemas enfrentados, o Estado vem se preocupando em promover e apoiar a prática do aleitamento materno, por ser uma medida econômica e profilática, que imuniza a criança contra um considerável número de doenças, e fortalece os vínculos afetivos entre a mãe e o bebê, principalmente em fase de grande fragilidade da mulher, além de assegurar um início de vida saudável. O trabalho foi desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica, na qual se demonstra a importância do direito fundamental à saúde e a uma adequada atenção infantil. Espera-se ter estimulado a busca de alternativas para procurar garantir o direito fundamental à saúde, além de colaborar com posteriores estudos acerca da saúde da gestante e do bebê.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Atenção materno-infantil. Aleitamento. Licença Maternidade. Projeto Mãe-Canguru.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O DIREITO À SAÚDE.....	12
1.1 Evolução histórica do conceito de saúde.....	12
1.2 Evolução histórica do direito à saúde no Brasil.....	16
1.3 A saúde como Direito Fundamental .....	18
1.4 Classificação Jurídica do Direito à Saúde.....	21
2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	27
2.1 A questão da efetivação do direito à saúde no Brasil .....	27
2.2 A justiciabilidade das políticas públicas.....	30
2.3 O papel do poder judiciário.....	32
2.4 A análise da jurisprudência da intervenção do judiciário na administração pública com base no direito à saúde.....	34
3 A ATENÇÃO MATERNO-INFANTIL COMO UMA ALTERNATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	38
3.1 O histórico e conceito da atenção materno-infantil.....	38
3.2 Possibilidades de enfrentamento do problema.....	40
3.2.1 A prática do aleitamento materno.....	40
3.2.2 O Programa Mãe-Canguru .....	41
3.2.3 A licença-maternidade de 180 dias.....	42
3.3 As ações judiciais cabíveis para evitar a violação das políticas públicas e assegurar o direito à saúde.....	44
3.3.1 Ação civil pública.....	44
3.3.2 Mandado de segurança coletivo.....	47
3.3.3 Ação popular.....	48
3.3.4 Ação de improbidade administrativa.....	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54



## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inovou-se, ao se estabelecer a saúde como direito fundamental social, sendo garantido a todos o exercício deste direito e constituindo-se dever do Estado assegurá-la.

Ao direito à saúde deve ser dado um tratamento especial, haja vista sua relevância para o exercício dos demais direitos fundamentais, encontrados na Carta Magna brasileira, e sua estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que rege todo ordenamento jurídico pátrio. Vale ressaltar que o direito à saúde não envolve apenas cuidados médicos ou mesmo a ausência de doenças, mas um completo bem-estar físico, mental e social.

Neste contexto, a atenção materno-infantil, que consiste em ações dirigidas às mulheres e às crianças (ou nascituros) durante a gestação, o parto e o puerpério têm como objetivo garantir a saúde da gestante e do bebê, além de prevenir a morte materna e/ou fetal, preocupando-se em promover e apoiar práticas como a do aleitamento materno, por ser uma medida econômica e profilática, que imuniza a criança contra um considerável número de doenças, fortalece os vínculos afetivos entre a mãe e o bebê, principalmente em fase de grande fragilidade da mulher, além de assegurar um início de vida saudável.

Em razão dos benefícios trazidos, a amamentação tornou-se um dos principais objetos de políticas públicas voltadas à saúde materno-infantil. Neste sentido, inúmeras estratégias estão sendo desenvolvidas para tentar combater o desmame precoce, entre elas o método “mãe-canguru”, que incentiva o aleitamento do recém-nascido de baixo peso e a licença maternidade de cento e oitenta dias, concedida a algumas servidoras públicas de alguns estados.

O incentivo a essa prática, a priori, tão simples e até mesmo natural, é necessário, pois mesmo cientes de que a criança alimentada com o leite materno apresenta melhores níveis de desenvolvimento e baixos índices de vulnerabilidade, as taxas de aleitamento materno no Brasil, em especial as de amamentação exclusiva, estão aquém do recomendado.

Diante dessas considerações, buscou-se desenvolver pesquisa monográfica para responder aos seguintes questionamentos: qual o entendimento do legislador constituinte originário acerca da saúde, à luz do disposto no art. 196 da Constituição Federal de 1988? Quais medidas podem ser implementadas acerca da atenção materno-infantil na busca pela

efetividade do direito fundamental à saúde? Até que ponto tornar obrigatória a licença maternidade de 180 dias é um mecanismo de garantir o respeito à atenção materno-infantil, percebida como uma dimensão do direito fundamental à saúde?

A justificativa primordial para este trabalho está na constatação da não efetivação do direito à saúde, mesmo passados 20 anos da promulgação da atual Carta Magna. Atualmente, a saúde padece de vastos problemas, principalmente, na questão da atenção materno-infantil, pois são notórios os descasos e as mazelas no combate ao desmame precoce, na falta de humanização no atendimento e na informação da mãe no pré-natal, parto e pós-parto, na escassa aplicação de recursos públicos na área da saúde, fazendo do Brasil um dos países que menos investe nesse setor. Aborda-se, para tanto, a gama de barreiras burocráticas, econômicas e políticas que emperram o efetivo exercício do direito à saúde.

Discorre-se, também, sobre o papel do Poder Judiciário em efetivar o direito à saúde, visto que este atua, desde que provocado, de forma subsidiária, na promoção do direito fundamental à saúde.

Tem-se, então, como objetivo geral dessa pesquisa analisar a eficácia e a efetivação do direito fundamental à saúde à luz do conceito da atenção materno-infantil. Os objetivos específicos são: a eficácia e a efetivação do direito fundamental à saúde à luz do conceito da atenção materno-infantil; identificar quais medidas podem ser implementadas acerca da atenção materno-infantil para se efetivar o direito fundamental à saúde; verificar até que ponto tornar obrigatória a licença maternidade de 180 dias é um mecanismo de garantir o respeito à atenção materno-infantil, percebida como uma dimensão do direito fundamental à saúde.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são estudadas através de pesquisa bibliográfica mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, uma vez que buscará descrever, explicar, classificar e esclarecer o problema apresentado; e exploratória, na medida em que procurará aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

Cumpra, portanto, verificar a pertinência do tema abordado e observar as inovações propostas para melhorar o direito à saúde, considerando a sua repercussão social e a necessidade de sua aplicação paulatina e gradativa, conforme o exige a dinâmica social.

Para fins didáticos, a presente monografia divide-se em três capítulos, distribuídos na forma explicitada a seguir.

No primeiro capítulo, procurou-se trazer os conceitos de saúde dados ao longo da história da humanidade até chegar ao seu reconhecimento como direito fundamental, o que tornou possível ao cidadão exigir do Estado a devida prestação sanitária. Em seguida, no capítulo segundo, aborda-se o problema da efetivação do direito à saúde no Brasil, procurando demonstrar os apontamentos normativos da saúde no quadro jurídico brasileiro e na questão das políticas públicas. E, por fim, no terceiro capítulo, dedica-se ao estudo da atenção materno-infantil e pretende-se apresentar alternativas para efetivar o direito à saúde no Brasil.

Dessa forma, o presente trabalho visa a apontar os problemas enfrentados na área sanitária e a apresentar soluções para efetivar o direito à saúde no Brasil, por intermédio de medidas públicas que promovam e protejam à saúde da mãe e do bebê.

# 1 O DIREITO À SAÚDE

A saúde é aspecto extremamente relevante para a sociedade, sobretudo por se tratar de uma premissa básica ao exercício pleno da cidadania, pois diz respeito à qualidade de vida digna, fundamental a todo cidadão, no exercício dos seus direitos mais essenciais.

A Constituição de 1988 inovou, ao considerar a saúde como direito fundamental, sendo, portanto, baluarte da ordem jurídica constitucional brasileira, tendo relevância ímpar, uma vez que passou a se apresentar como diretriz para a atuação do Estado e dos particulares, impingindo-lhes o ônus de atuar de forma a garantir-lhe efetividade.

A seguir, encontrar-se-á a evolução dos conceitos de saúde dados ao longo da história da humanidade.

## 1.1 Evolução histórica do conceito de saúde

A conceituação de saúde sofreu diversas modificações, estando interligado ao conceito de saúde pública e evoluindo conforme o momento histórico da sociedade.

Ainda na Grécia antiga se deu o primeiro conceito de saúde, traduzido no brocardo *Mens Sana in Corpore Sano*<sup>1</sup>, sendo um marco na definição de saúde. Entretanto, para os gregos clássicos, para ser considerado saudável, era necessário ser possuidor concomitantemente de boa saúde mental e física, além de ter que ser belo<sup>2</sup>.

Ao longo do Império Romano, a tradição clássica grega foi seguida, dando importância às questões da saúde, por terem crescentes demandas populacionais concentradas nas grandes cidades.

---

<sup>1</sup> *Mens sana in corpore sano* é uma famosa citação latina que quer dizer “uma mente sã num corpo são”.

<sup>2</sup> Cf. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29.

A decadência do mundo greco-romano foi um fator fundamental para o declínio da organização e da prática da Saúde Pública.

O conceito de saúde sofreu um grande retrocesso com o advento da Idade Média, também conhecida como “Idade das Trevas”, pois foram retomadas práticas supersticiosas, que eram a crença em curandeiros, xamãs e feiticeiros do período da Pré-Antiguidade Greco-Romana.

Neste retrocesso, a Igreja Católica teve grande participação. Sobre esse assunto, comenta Germano Schwartz: “Para os cristãos, a doença era purificação de algum pecado (castigo divino), e sua cura somente viria se ela fosse merecida”<sup>3</sup>.

No século XVII, começa-se a superar as restrições verificadas na Idade Média, retomando-se o conceito de saúde dado pelos gregos e passando-se a analisá-lo sob um prisma científico, e ainda, a perceber a saúde como ausência de doenças. Dando prosseguimento a esta evolução, no século XVIII, surge o conceito de saúde pública, pois se passa a reconhecer sua importância e seus efeitos sociais e a dar a oportunidade para o enfrentamento de novos problemas ligados à saúde.

A saúde, no século XVIII, passa a não ser mais tratada apenas como ausência de doenças, mas como um bem acessível a todos, que não pode ser analisada separadamente dos demais comportamentos humanos.

Com a Revolução Industrial, no século XIX, incrementou-se ao antigo conceito de saúde (ausência de doenças) um novo componente que era o processo de acumulação capitalista, pelo qual o trabalhador não podia adoecer e ficar excluído do trabalho, pois prejudicaria a produção, de modo que deveria logo ser curado.

Sobre esse tema, diz Germano Schwartz, “Com a industrialização da sociedade, a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno ao funcionamento das indústrias”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 31.

<sup>4</sup> Ibid, p. 33.

Ainda sobre esse tema, Sueli Dallari dizia: “Sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado”<sup>5</sup>.

Ainda no século XIX, floresce a ideia de saúde como medida “curativa”, ou seja, foi atribuído um trato científico à preocupação para curar as disfunções que afetassem o organismo das pessoas, fazendo com que essas voltassem aptas ao mercado de trabalho.

A ideia de saúde como medida “curativa” foi repensada no século XX, após as grandes guerras, fazendo surgir, com a ideia de *WelfareState*, a tese de saúde “preventiva”, a partir da qual o Estado deveria proporcionar a saúde aos seus cidadãos através de serviços básicos de atividade sanitária.

O primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu após a Segunda Guerra Mundial, em 1946, com a Organização Mundial da Saúde (OMS), reconhecendo a saúde como direito de todo indivíduo independentemente de condição social, econômica e de sua crença religiosa ou política.

O preâmbulo da Constituição da OMS refere-se à saúde como “um completo bem-estar físico, mental e social” e não apenas à ausência de enfermidade, passando a buscar o equilíbrio interno do homem com o meio ambiente.

Contudo, essa conceituação foi bastante criticada por não ser operacional, devido à expressão “bem-estar” ser de cunho subjetivo e dificilmente mensurável, podendo as verbas públicas não ser suficientes para garantir esse completo bem-estar.

Christophe Dejours faz duas críticas ao conceito dado pela OMS, mencionando que o estado de bem-estar e de conforto é impossível de se definir e que, na realidade, esse perfeito e completo estado de bem-estar não existe.<sup>6</sup>

Percebe-se que tal conceito ora formulado é utópico, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia.

---

<sup>5</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e do direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 18.

<sup>6</sup> DEJOURS, Christophe. “Por um Novo Conceito de Saúde”. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, Abril-Maio-Junho/1996.

Assim, saúde não pode ser conceituada como algo estático, haja vista incluir-se em um sistema social no qual todos estão inseridos e interagindo, devendo ser implementadas prestações positivas do Estado.

Logo, a saúde é vista sob o enfoque sistêmico, não podendo separar-se do conceito de qualidade de vida e interligar-se com outros direitos que influirão no seu conceito. Como diz Antonio Parra a saúde é “un proceso dinámico, es un fenómeno holístico, por lo tanto no pueden darse definiciones estáticas, permanentes.”<sup>7</sup>

O direito à saúde faz parte do conceito de qualidade de vida, visto que todo cidadão, para viver com dignidade, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, precisa ter acesso a uma vida saudável.

Sob o prisma da visão sistêmica, Germano Schwartz define saúde como, “um processo sistêmico, significando que é uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”<sup>8</sup>.

Um aspecto importante de se destacar é o de que a saúde é a realidade de cada pessoa, como fala Segre e Ferraz “um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade”.<sup>9</sup>

O bem-estar físico do ser humano assume relevância ímpar nos ordenamentos nacionais, porém só poderão ser efetivados se forem disponibilizados aos cidadãos outros fatores determinantes, como os direitos à moradia, à proteção do meio ambiente, à educação, ao bem-estar social, à seguridade social, à assistência social, ao acesso aos serviços médicos e à saúde psíquica e física.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer, em seu art. 6º, a saúde como direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-la, sob pena de ineficácia de seu exercício.

---

<sup>7</sup> PARRA, Antonio Yepes. “El Derecho a la Salud. La Necesidad de Repensar los Derechos Sociales”. **Revista Cubana de Salud Pública**, n. 25(2), 1999, p. 118.

<sup>8</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

<sup>9</sup> SEGRE, M.; e FERRAZ, F. C. “O Conceito de Saúde”. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 31, outubro/1997, p. 542.

Dessa forma, pode-se conceituar saúde, para os fins deste trabalho, como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, social, assim como dedicado a melhorar a qualidade de vida de cada pessoa, dentro da realidade social em que se encontra inserida.

Assim, conforme demonstrado, saúde é um objetivo a ser alcançado para se conseguir o tão desejado bem-estar.

## **1.2 Evolução histórica do direito à saúde no Brasil**

Ao se estudar a história constitucional do direito à saúde no Brasil, observa-se que a sua adoção no sistema jurídico brasileiro foi bastante tardia quando comparado com as demais legislações sanitárias internacionais.

Analisando a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, dois anos após a proclamação da independência, percebe-se que essa Carta Política, em seu corpo constitucional imperial, em nenhum momento, refere-se à saúde como direito protegido pela sociedade e pelo Estado. O que é compreensível, levando-se em conta o contexto histórico-político, já que, nessa época, estava iniciando a construção de uma nova sociedade, e os hospitais e serviços de vigilância sanitária eram quase inexistentes.

A falta de regulamentação do direito à saúde continuava sendo vista na Constituição Republicana de 1891, porém essa não regulamentação do direito à saúde não era uma realidade apenas brasileira, mas também tendo forte manifestação no âmbito internacional.

Foi somente com a Constituição de 1934 que se instalou o Estado Social brasileiro e se iniciou a preocupação com medidas sanitárias, tendentes a cuidar da higiene mental e social do indivíduo e a lutar contra a propagação de doenças transmissíveis. A carta de 1934 considerava a saúde como um direito supletivo do trabalhador, aqui se deu uma mudança de paradigma, em que ocorreu o início ao fortalecimento da previdência social, juntamente com a medicina previdenciária.

As palavras de Wagner Balera corroboram para a afirmação acima:

No primeiro Diploma Fundamental pátrio a proteção social figurava como um “socorro” concedido ao cidadão pelo Estado. Com a Constituição de 1934, a proteção social é um seguro para o qual contribuem tanto o trabalhador como o



empregador e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público.<sup>10</sup>

A carta outorgada de 1937 e a Constituição de 1946 foram omissas quanto a esse tema. Por outro lado, em 1948, com a entrada em vigor da Constituição da República Italiana, os fenômenos da saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos sociais.

Segundo Germano Schwartz<sup>11</sup>, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, a saúde passou a ser vista como direito de todos, devendo ser assegurada pelo Estado. Contudo, sua força vinculante de direito social fundamental só pode ser vista com a assinatura do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a saúde passou a ser tratada como direito que precisa de instituições que o consubstanciem, aplicando-se de forma programática e progressiva, ficando aos Estados o papel de assegurarem a todas as pessoas um elevado nível de saúde mental e física.

Somente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, é que o direito à saúde no Brasil recebeu o seu devido tratamento de direito fundamental, o qual tem especial atenção por parte do Estado e da sociedade.

Entende J. J. Gomes Canotilho que “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”<sup>12</sup>.

Como se pode ver foi à primeira vez na história constitucional do Estado brasileiro que tal direito foi positivado. Indique-se que tardiamente por ser após exatos quarenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e vinte e dois anos após o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dos quais o Brasil foi signatário. A partir disto, percebe-se o avanço na preocupação da proteção sanitária, sendo a saúde vista como direito

---

<sup>10</sup> BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 22-24.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 45.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Lisboa: Almedina, 1999, p. 353. Ver ainda nesse sentido: ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 1995.

social a ser garantido pelo Estado e reconhecendo os riscos de se adoecer e sofrer problemas na saúde.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 196 enuncia que:

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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>13</sup>

Ressaltem-se as palavras de Sueli Dallari, ao se reportar ao movimento de reforma sanitária, ocorrida nos anos 80, e à consagração da saúde na atual Carta Magna:

Nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988. A primeira república ignorou completamente qualquer direito social e evitou, igualmente, referir-se à saúde.<sup>14</sup>

Como demonstrado, a Carta Magna de 1988 inova ao considerar saúde como direito fundamental, tendo relevância ímpar, visto que passa a se apresentar como diretriz para a atuação do Estado e dos particulares, impingindo-lhes o ônus de atuar de forma a garantir-lhes efetividade.<sup>15</sup>

### 1.3 A Saúde como Direito Fundamental

Como dito, a atual Constituição inovou, ao estabelecer a saúde como um direito fundamental, sendo, pois, sustentáculo da ordem jurídica constitucional, e ainda lhe outorgou uma proteção jurídica diferenciada.

Sendo assim, a posição ocupada pela saúde no ordenamento jurídico pátrio é de direito fundamental, que pode ser oponível, inclusive, contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação sempre que o bem da vida esteja em risco.

Importante salientar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a saúde é um direito fundamental por ser um bem tutelado por intermédio de um conjunto de princípios e regras

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

<sup>14</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 23.

<sup>15</sup> Cf. ANDRADE, Denise Almeida de. **A mediação de conflitos em meio hospitalar e o direito fundamental à saúde**. Fortaleza: UNIFOR, 2007.144p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, 2007, p. 39.

que se destinam a dar autoaplicabilidade e eficácia imediata ao art. 196, da Constituição Federal de 1988, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da mesma Carta Política.

Cumpra esclarecer que a saúde na ordem jurídico-constitucional, apresenta fundamentalidade formal e material. Assim, no âmbito da fundamentalidade formal, o direito à saúde é considerado um direito fundamental, por compor o ordenamento jurídico como norma de superior hierarquia. Já, no âmbito da fundamentalidade material, está atrelada a sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, visto que não pode haver vida digna sem saúde.

Uma questão importante é interpretar os direitos sociais de forma a dar-lhes conteúdo material que a Constituição concede *aos direitos e garantias individuais*. Tal expressão não engloba apenas o teor material dos direitos de primeira geração, mas se estende por igual aos direitos de segunda dimensão, como os direitos sociais.

Conforme Paulo Bonavides:

A nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios de Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretes integrativas sem a qual, ilusória a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.<sup>16</sup>

Pela nova Hermenêutica constitucional, baseada em diretrizes sistemáticas e na integração do sistema jurídico, tem-se que não há diferença de grau nem de valor entre os direitos individuais e sociais, uma vez que estes, inseridos o direito à saúde, vinculam-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, servindo-lhes de regra hermenêutica.

Estabelecendo relação entre o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que:

Em que pese à inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações

---

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 594.

materiais na esfera da assistência médica e hospitalar), como direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup>

Desta forma, entender o direito à saúde como direito fundamental positivado na Carta Magna brasileira nos artigos 6º e 196 significa levantá-lo à condição singular de elemento primordial do sistema jurídico brasileiro nacional, e sua efetivação impõe-se como instrumento para a legitimação da existência do Estado.

A Constituição de 1988, ao tratar à saúde como direito fundamental, concede às normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais aplicação imediata (art. 5º, §1º), apresentando caráter de normas-princípios, haja vista poderem ser extraídos delas os efeitos jurídicos necessários para a efetivação do direito à saúde, pois, do contrário, os direitos fundamentais limitar-se-iam a ficar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

Sobre esse caráter principiológico, o real sentido é o de conferir uma maior otimização<sup>18</sup>, fazendo com que vinculem aos órgãos estatais e aos particulares uma atuação voltada à máxima efetividade dos direitos fundamentais do homem.

Para a determinação de um direito fundamental, devem ser consideradas as condições fáticas e jurídicas, sobre as quais os princípios precedem o outro, uma vez que todo princípio tem precedência condicionada, não existindo princípio dotado de prevalência absoluta.

Dessa forma, a prevalência de um princípio em detrimento de outro somente pode ser utilizada mediante o princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação e necessidade que tratam das condições fáticas do caso em análise, e de ponderação relativa às condições do caso na solução da colisão dos princípios adequados.

Adotando o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo estabelecidos por Alexy<sup>19</sup> em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, visto que é a variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é o princípio que norteia e permeia a totalidade de nossa Lei Fundamental e sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua própria humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 313.

<sup>18</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 374.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 159.

J. J. Gomes Canotilho entende que os princípios jurídicos são o fundamento normativo dos demais direitos, ou seja, seu ponto de partida, visto que:

Os princípios, entre outras características, possuem o caráter de fundamentalidade do sistema, e, portanto, uma natureza normogénica, uma vez que são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas.<sup>20</sup>

O direito à saúde não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas, buscando a realização dos fins sociais do Estado, na medida em que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e princípio lógico da Carta Política, objetivando a concretização de uma justiça social.

Assim, o direito à saúde também é autoaplicável, pois está presente no ordenamento jurídico como regra que confere efetividade, logo se encontra a garantia do exercício de tal direito fundamental não apenas no texto constitucional, mas também na legislação infraconstitucional, como se pode observar na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90) em seu art. 2º, a qual assinala expressamente que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis para o seu exercício.

Conforme se observará no tópico referente à efetivação do direito à saúde no Brasil, não obstante a realização de muitos direitos sociais dependerem de providências positivas impostas ao Poder Público pela Constituição, isto não retira deles a sua natureza jurídica de direitos fundamentais.

As normas que tratam dos direitos fundamentais são de aplicação imediata em virtude do que dispõe o art. 5º, §1º, da CF/88. Assim, tenta-se demonstrar que eles são aplicáveis até onde possam, até onde independentemente as instituições ofereçam condições para o seu atendimento, de forma a concretizar prática segundo os mecanismos constitucionais e os fundamentos teóricos que os subsidiam.

## **1.4 Classificação Jurídica do Direito à Saúde**

Para realizar uma classificação satisfatória do direito à saúde, é necessário analisar o tratamento que lhe é dado tanto no Brasil como nos demais ordenamentos, uma vez que possuem importância relevante para a busca de alternativas para efetivação de tal direito.

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1036.

É imprescindível frisar que será necessário fazer uma ponte entre o direito à saúde e o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, estabelece o Brasil, como um Estado Democrático de Direito, o qual assume a incumbência de transformar a realidade, passando a lei a ser um instrumento essencial na mudança do *status quo*, em que se fundamenta e baseia em vetores axiológicos, tais como os direitos fundamentais do homem.

Neste sentido, fala José Luis Moraes:

conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como na aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as garantias jurídicas e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*.<sup>21</sup>

O Estado Democrático de Direito, no que diz respeito à saúde, busca colocar na sociedade brasileira a vontade de transformar a realidade ora apresentada, por esta encontrar-se em desacordo com os seus princípios, como será observado adiante. Essa conexão entre o direito à saúde e o Estado Democrático de Direito apresenta-se como mecanismo essencial para se entender à efetivação deste direito.

No que concerne à Constituição de 1988, não se pode deixar de afirmar que essa é uma constituição dirigente. Dessa forma, a Carta Magna é um plano global normativo, buscando uma nova ordem econômica e social, realizando objetivos e programas que deverão ser concretizados pelo Estado.

Sobre o fato de a saúde ser um direito fundamental do homem, Sueli Dallari diz:

[...] ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde.<sup>22</sup>

Sendo a saúde um direito fundamental do homem, é autoaplicável como fala o art. 5º, § 1º, da CF/88<sup>23</sup>, essa compreensão passa a ser um dos pilares da efetivação de tal direito.

<sup>21</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 74.

<sup>22</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n.22, p.57, 1988.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

Como estes direitos fundamentais foram sendo reconhecidos pelos textos constitucionais e pelo ordenamento jurídico dos países de forma gradativa e histórica, os autores começaram a reconhecer as gerações destes, podendo assim ser sintetizado tal pensamento da forma discriminada a seguir.

#### **a) Direito de Primeira Dimensão**

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no decorrer do século XVIII. Estes são os direitos individuais, ou seja, aqueles, cujo titular é a pessoa humana, que são oponíveis ao Estado. Tal direito requer uma prestação negativa (obrigação de não fazer) por parte do Estado.

Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão são:

Os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.<sup>24</sup>

Conforme já se sabe, a saúde é um dos principais componentes da vida, seja pelo fato de ser indispensável à existência humana, seja por ser elemento agregado à sua qualidade. Assim, é possível afirmar que a saúde está integrada ao direito à vida, portanto pode ser classificada como um direito de primeira dimensão, podendo ser opostos e resistidos contra a atuação estatal.

Estes direitos de primeira dimensão estão ligados à liberdade, a saber, os direitos civis e políticos. Dentro deste ponto, a saúde é pensada segundo os ditames do individualismo liberal. Assim, tem-se que este direito é intransmissível, indisponível e extrapatrimonial, entretanto também foi acrescida a concepção de que, muito embora o cidadão possua o livre arbítrio, a saúde ser-lhe-á prestada.

Com relação a esse tema, Júlio César Rocha:

Em fala certa medida, o direito à saúde pode ser compreendido sob diferentes óticas, dependendo da titularidade e da divisibilidade do bem tutelado. Não há como

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563.

questionar, por exemplo, a existência de um direito individual à saúde, enquanto um direito restrito à incolumidade ou segurança individual.<sup>25</sup>

Desse modo, por ser a saúde um direito do indivíduo de resistência ou oposição contra o Estado pode assim ser classificado como um direito fundamental de primeira dimensão.

### **b) Direito Segunda Dimensão**

Os direitos de segunda dimensão surgiram no século XX e são os chamados direitos sociais, correspondendo, portanto, aos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse obriga ao Estado a realizar uma prestação positiva em benefício de quem necessite desse direito.

Na Constituição de 1988, em seu art. 6º, percebe-se o direito à saúde como direito social, fazendo surgir o direito de segunda dimensão, sendo, então, associados ao direito de igualdade, exigindo do Estado não uma postura de abstenção, mas uma postura positiva.

Tendo o que se pode chamar de saúde “preventiva”, que traz sua previsão constitucional no art. 196 da CF/88, em que reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado assegurá-la.

### **c) Direito de Terceira Dimensão**

Na transição dos direitos fundamentais, surgem os direitos de terceira dimensão ou direitos coletivos, também chamados de direitos de solidariedade e fraternidade. Esse direito requer uma prestação positiva por parte do Estado, na medida em que este busca a revitalização do princípio da igualdade e a proteção da coletividade de pessoas, e não do ser humano de forma isolada.

Diante disto, descreve Paulo Bonavides:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> ROCHA, Júlio César de Sá da. Interpretação jurídica e racionalidade. **Revista da Faculdade de Direito/** Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta, ano 4, n.4, p.47, 1999, 1º semestre.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.



Nessa evolução dos direitos fundamentais, a saúde surge também como um direito de terceira dimensão, que faz nascerem os direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, os direitos coletivos e os direitos difusos.

Dessa forma, os direitos de terceira dimensão são configurados como direitos de solidariedade e fraternidade, ou seja, ligados a aspectos comunitários, pois é um direito que busca a melhor qualidade de vida possível.

#### **d) Direito de Quarta Dimensão**

Os direitos de quarta dimensão são denominados como os direitos do homem no âmbito internacional, uma vez que se formam na possibilidade do surgimento das Cartas, Declarações e dos Pactos Internacionais. Também podem ser classificados como atuais direitos sociais provenientes da globalização e da evolução da sociedade.

Para Paulo Bonavides, os direitos de quarta dimensão são “o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo”<sup>27</sup>. Vale ressaltar que essas classificações não são concepções uníssonas.

Com os avanços na área da genética, surgem os chamados direitos de quarta dimensão, com os quais o direito à saúde se correlaciona de forma evidente. Esse direito está relacionado com as manipulações genéticas, a biotecnologia e bioengenharia, que envolvem questões sobre a vida e a morte, bem como requerem discussão ética.<sup>28</sup>

Há também o que se pode chamar de direitos de quinta dimensão, visto que são eles os advindos da realidade virtual, ou seja, os direitos ligados à informática.

Neste contexto, Germano Schwartz diz que:

A saúde é, também, direito de quinta geração, porque a qualidade de vida (um dos objetivos da saúde) pressupõe que o indivíduo possa ter acesso a todos os instrumentos que satisfaçam seu particular estado de bem-estar, no qual os computadores e a internet podem-devem atuar como um dos fatores de maior contribuição nesse sentido.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571.

<sup>28</sup> CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde – evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

<sup>29</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55.

A saúde é direito público subjetivo, pois é oponível contra o Estado. Entendendo-a assim, apresentar-se-ão adiante algumas hipóteses viáveis para a resolução do problema sanitário brasileiro, visto que a hermenêutica ampara o indivíduo, dando-lhe alternativas judiciais e administrativas para efetivar a saúde almejada.

## 2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A Constituição de 1988 inovou ao considerar a saúde como direito fundamental, sendo dever do Estado assegurá-la, e ao conferir aplicabilidade direta e exequibilidade imediata às normas constitucionais referentes ao direito à saúde.

Contudo, mesmo com tal inovação no âmbito Constitucional, na prática, o exercício do direito à saúde sofre um flagrante desrespeito, o que dificulta, assim, sua efetivação.

Então, a problemática da efetivação do direito à saúde e a busca por alternativas para garantir tal direito serão analisadas nas linhas a seguir.

### 2.1 A questão da efetivação do direito à saúde no Brasil

As inúmeras garantias que existem relacionadas ao direito à saúde induzem a presunção de que este é perfeitamente efetivado. Contudo, mesmo passados mais de 20 anos da promulgação da atual Carta Magna, o que se verifica é a não efetivação de tal direito.

Por ser a saúde um direito social, exige uma contraprestação positiva do Estado para a sua efetivação. Todavia, por vários motivos, os recursos destinados à saúde são insuficientes para atender a demanda da população.

A questão da insuficiência de recursos na área da saúde deve-se, entre outros fatores, ao fato de os governantes optarem por ajustes das contas públicas em detrimento dos gastos sociais. Conforme o Relatório “A Saúde no Brasil”, elaborado pela OPAS/OMS, poder-se-á destacar alguns números que comprovam o referido o descaso:

Os gastos públicos com saúde no período 1980-1990, em relação ao PIB, atingiram o valor máximo de 3,3% em 1989. Essa participação reduziu-se fortemente nos anos seguintes, voltando a aumentar em 1994 e atingindo 2,7% em 1995. Acrescentando-se os gastos privados das pessoas físicas – estimados em 34% dos gastos totais com saúde, em 1995, corresponderiam a cerca de 4,1% do PIB. Esse valor pode estar subestimado, pois a forte redução dos gastos públicos com saúde, ocorrida entre 1990 e 1993, certamente conduziu a um aumento dos gastos diretos das pessoas com o pagamento de serviços privados. O gasto federal com atividades promovidas

pelo Ministério da Saúde representaram, em 1996, cerca de 10,4% da arrecadação da União, valor inferior ao atingido em 1989, calculado em 19%.<sup>30</sup>

Dessa forma, o descaso com a saúde é explicitamente notado, visto que a aplicação de recursos públicos na área da saúde não evolui desde 1989. Percebe-se isso claramente na fala Maria Helena Augusto:

Não obstante, a participação direta do Estado naqueles setores considerados como de sua exclusiva responsabilidade, tais como a educação e a saúde vêm sendo progressivamente, reduzida e não encontra lugar de destaque no conjunto de intervenções e atividades governamentais. Exemplo eloqüente é o fato de o Brasil, ainda hoje, ser o país da América Latina que menos investe em saúde: apenas 4% do seu Produto Interno Bruto/PIB, contra a média de 13% verificada nos demais países da região.<sup>31</sup>

De acordo com alguns dados da Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE – 2011), a grande maioria da população brasileira ainda depende do SUS.<sup>32</sup> Diz-se isto, porque 145 milhões de pessoas, cerca de 80% da população, dependem do Sistema Único de Saúde, enquanto 45 milhões de pessoas, cerca de 20 % da população, são atendidas pela medicina privada.

As internações em hospitais públicos, subsidiadas pelo SUS, são uma realidade atrelada ao que o Governo Federal gasta nesse segmento, quantia em torno de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos) por internação, desde 1995, estando entre os três piores índices do mundo.<sup>33</sup>

Ao lado deste cenário, existem as doenças que já poderiam ter sido erradicadas no Brasil, mas a falta de investimentos acaba por contribuir para a contínua incidência dessas moléstias, de acordo com o que constata o relatório “A saúde no Brasil”:

Desde o início da epidemia de cólera em 1991, até 1994 se acumularam no país cerca de 150 mil casos, com 1.700 óbitos... Cerca de 6 mil óbitos registrados anualmente no país são atribuídos à tuberculose. Em 1995 foram notificados 91.013

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. OPAS/OMS - Escritório de Representação no Brasil. **A Saúde no Brasil**. novembro/1998, p.28. Disponível em: <<http://www.opas.org>>. Acesso em: 30 set. 2009.

<sup>31</sup> AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social Revista de Sociologia da USP**, 1(2), 2. sem/1989, p. 116.

<sup>32</sup> Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE. Dados e números da medicina de grupo Sistemas alternativos de saúde. Disponível em:< <http://www.abramge.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

<sup>33</sup> Informação dada pelo jornal *Zero Hora*, edição de 21 de junho de 2000, citado por SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

casos de tuberculose [...] o que significa a incidência de 29 casos por 100 mil habitantes.<sup>34</sup>

Isso mostra que, mesmo existindo vacinas e meios de controle, doenças e epidemias ainda se proliferam no País de forma descontrolada, rebaixando ainda mais o nível de qualidade de vida e de saúde no Brasil.

A contaminação do meio ambiente potencializa a proliferação de enfermidades, pois compromete a qualidade do ar atmosférico, polui alimentos e mananciais de água, e ao lado das deficiências sanitárias do País, contribui para o baixo desempenho da saúde no Brasil. Saliente-se, nesse sentido, o descaso com o controle de emissão de monóxido de carbono (94% são provenientes das descargas de veículos automotores) e desmatamento de florestas.<sup>35</sup>

Ademais, as incorreções do sistema de educacional brasileiro também ajudam para esse desempenho insatisfatório da saúde pública brasileira, visto que a falta de informação e a dificuldade de entender as recomendações indicadas significam, em certa medida, a contaminação e morte de pessoas, a exemplo do que acontece com a AIDS, uma vez que o maior índice de contaminação está nos cidadãos de baixa escolaridade.

Outro ponto é a subnutrição e fome no Brasil, especialmente na região Nordeste, que revela um elevado índice de mortalidade infantil. Nas palavras de Cláudio Filho:

As taxas de mortalidade infantil do Nordeste são assustadoras, apesar da tendência decrescente registrada há algumas décadas. Mesmo assim, a possibilidade de uma criança não ultrapassar o primeiro ano de vida é quatro vezes maior no Piauí do que em São Paulo.<sup>36</sup>

Ressaltem-se, ainda, outros índices que demonstram o descaso estatal com a saúde, como a mortalidade infantil, a execução inadequada da coleta de lixo, a falta de leitos hospitalares, a falta de disponibilidade de remédios, o baixo grau de recursos financeiros no investimento na área sanitária, pois tudo isso forma um emaranhado de empecilhos à efetivação da saúde como um direito fundamental.

Assim, mesmo sendo o direito à saúde previsto constitucionalmente, percebe-se que esforços devem ser envidados por todos, Estado e sociedade civil, pois, diante da estreita

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. OPAS/OMS - Escritório de Representação no Brasil. **A Saúde no Brasil**. novembro/1998, p.28. Disponível em: <<http://www.opas.org>>. Acesso em: 30 set. 2009.

<sup>35</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. OPAS/OMS - Escritório de Representação no Brasil. **A Saúde no Brasil**. novembro/1998, p.28. Disponível em: <<http://www.opas.org>>. Acesso em: 30 set. 2009.

<sup>36</sup> BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 66.

relação existente entre saúde, boa nutrição, higidez do ambiente de trabalho e moradia e preservação do meio ambiente, todos são responsáveis por contribuir para a construção de bases sólidas a fim de realizar a efetivação do direito à saúde, já que apresenta característica interdisciplinar, à medida que for entendido como bem-estar físico, psíquico e social.<sup>37</sup>

## 2.2 A justiciabilidade das políticas públicas

A dificuldade de se efetivar o direito à saúde no Brasil tem como fator de maior importância a não implantação de políticas públicas adequadas às necessidades brasileiras, que são inúmeras e díspares.

No art. 196 da Carta Magna brasileira, constata-se que é dever do Estado garantir a saúde para todos e que esta será concretizada através de políticas sociais e econômicas, ou seja, as políticas públicas, que têm o dever de cuidado, defesa, proteção e promoção do bem-estar dos indivíduos, sendo, assim, o primeiro mecanismo para a realização de tal artigo da Constituição.

De fato, o Poder Executivo é quem exerce o principal papel na efetivação do direito à saúde, pois é ele o controlador das verbas destinadas a esse setor. Todavia, ressalte-se que não se pode reduzir a resolução dos problemas na área da saúde a um único poder constituído, haja vista serem vários os fatores que concorrem para que o Estado não consiga implementar a promessa de saúde para todos.

Não se pode esconder a falta de vontade do poder político estatal em cumprir a Constituição, em relação à promoção e à recuperação da saúde. Nas palavras de Germano Schwartz, “Posto em outros termos, pode-se dizer que a questão da efetivação da saúde aos cidadãos e/ou estrangeiros, residentes no país, está no desejo de o Estado cumprir a Constituição”.<sup>38</sup>

O que se pode verificar é que não se coloca a saúde em primeiro plano, em razão de outras questões que o Estado julga prioritárias. Assim, pode-se falar que a inefetividade do art. 196 da CF/88 dá-se devido à falta de interesse Estatal, à ausência de respeito à Constituição por parte dos poderes públicos e a não compreensão do motivo de existirem

---

<sup>37</sup> Cf. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 157.

<sup>38</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 158.

Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público. Contudo, essa falta de interesse estatal em efetivar o direito à saúde pode ser sanada por meio da justiciabilidade que é a possibilidade de buscar os direitos em face do Poder Judiciário.

Dessa forma, a justiciabilidade das políticas públicas diz respeito à capacidade de efetiva aplicação de mecanismos jurídicos de exigibilidade, do direito à saúde, por meio de uma consciência social crescente, formada pelo fato de esse direito ter valor fundamental.

O direito à saúde ganha maior relevância, quando atrelado ao conceito de qualidade de vida, em que pese todo cidadão para viver com dignidade, em um legítimo Estado Democrático de Direito, precisa ter acesso a uma vida saudável. O Estado, ciente do caráter fundamental do direito à saúde, deve não apenas respeitar, mas também dispensar um tratamento especial a tal direito.

Nos artigos da Constituição, tem-se que a efetivação do direito à saúde é de responsabilidade da administração pública, em suas três esferas de poder, municipal, estadual e federal, que não podem se eximir de tal obrigação.

Nesse sentido, fala Sebastião Tojal:

Todos os Poderes Públicos e a sociedade, enfim o Estado, por todos os seus poderes e órgãos, e a sociedade estão vinculados aos objetivos constitucionais. Dito de outro modo, não pode qualquer dos Poderes Constituídos colocar no obívio as suas funções constitucionais de realização da nova ordem econômica e social.<sup>39</sup>

Assim, não resta dúvida de que o maior objetivo da nossa sociedade é o respeito à dignidade humana, na qual a saúde ocupa lugar de destaque, já que é um princípio fundamental que rege o ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, a saúde não pode estar apenas em discursos vagos, promessas políticas e ideologias cambaleantes, ou seja, não pode estar em segundo plano, sabendo da tamanha importância que essa tem no exercício do direito à vida, pois o primeiro requisito para a existência de uma qualidade de vida satisfatória para o ser humano é este ter saúde.

---

<sup>39</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **O direito regulatório do estado social e as normas legais de saúde pública**. Série Direito e Saúde. Brasília: Organização Pan – Americana de saúde: Escritório Regional da Organização Mundial de Saúde: Representação do Brasil, 1994, n.4, p. 22.

É importante destacar que o próprio desenvolvimento da nação passa pela melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos, que está diretamente ligada à saúde. São, nesse sentido, as palavras de Sueli Dallari:

[...] que não dispõe de meios econômicos para promover o saneamento ambiental ou que não educou sua população para a saúde, não pode atingir o mesmo nível sanitário daquele desenvolvido que já emprega tais recursos socioeconômicos e culturais.<sup>40</sup>

Percebe-se, portanto, que as diretrizes constitucionais encontram resistência no momento de sua implementação, e, nesse momento, em que o legítimo administrador – Poder Executivo – é omissos ou negligente, o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição, deve agir sempre que for necessário para garantir o exercício dos direitos fundamentais, em especial, do direito à saúde, visto que é imprescindível a uma existência digna.

Dessa forma, é plenamente possível o Poder Judiciário atuar nas oportunidades em que o processo político-administrativo for falho, ineficiente ou omissos.

### 2.3 O papel do Poder Judiciário

Como é sabido, o Judiciário não é apenas um órgão apto a julgar conforme contenda de acordo com o disposto nas codificações é, na verdade, garantidor da estabilidade e da eficiência das instituições sociais.

Ao Poder Judiciário cabe a função de corrigir eventuais desigualdades ocorridas, desde que provocado, ou seja, atua de forma secundária no momento em que é constatado que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. Explique-se que é desnecessária e inadequada a interferência de referido “poder”, quando o desempenho das demais tarefas estatais é razoável, pois a atividade jurisdicional deve ser acionada, de forma subsidiária, excepcionalmente, sob pena de malferimento ao princípio da tripartição de poderes, que assegura o equilíbrio das relações do Estado.

Essa função de correção pelo poder Judiciário é exercida através do controle das políticas públicas pelo Judiciário que encontra alicerce constitucional no art. 5º, XXXV, da CF/1988, que trata do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, e ainda no princípio da tripartição dos poderes e funções, tal como mencionado no art. 2º, da Constituição, segundo o

<sup>40</sup>DALLARI, Sueli Gandolfi et. al. A responsabilidade pela saúde. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 83, 1999, p. 48.



modelo de freios e contrapesos. Importante salientar que a proteção judiciária representa uma das bases do Estado Democrático de Direito, principalmente como corolário do princípio da legalidade/juridicidade que orienta a atuação dos poderes públicos.

A Constituição Federal brasileira e o ordenamento infraconstitucional pátrio dispõem que o Judiciário tem poderes e prerrogativas para, à luz do ordenamento jurídico, apresentar soluções para efetivar o direito à saúde, uma vez que é direito pluritutelado normativamente.

Dessa forma, pela inércia do processo político, ou seja, pela omissão da prestação estatal, dá-se a ingerência do Judiciário nos demais poderes. Sua atuação ocorre de maneira secundária aos outros poderes, porque está obrigado constitucionalmente a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais por intermédio dos instrumentos jurídicos específicos para cumprir sua função.

De fato, o Poder Judiciário tem que buscar garantir o direito à saúde, haja vista este estar diretamente ligado ao princípio que rege todo ordenamento jurídico pátrio, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, é que o Poder Judiciário deve ter como premissa de atuação a dignidade humana, a qual se expressa no direito à saúde, uma vez que é princípio fundamental do País, como estabelecido no art. 1º, inc.III, CF/88.

Sobre o papel do Judiciário na consecução do direito à saúde, Germano Schwartz entende que:

O Judiciário assume papel de destaque também na guarda do Estado Democrático de Direito, um Estado de Direito que há de ser democrático, que vise à transformação do *status quo* - principalmente o sanitário, já que não se pode falar em vida digna (princípio norteador de nossa Carta Magna) sem saúde.<sup>41</sup>

Portanto, a saúde, por sua importância, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. A Constituição, ao dar poderes políticos ao Judiciário, atribuiu-lhe caráter democrático para as regulamentações sociais, visto que o magistrado exerce função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça material, devendo assegurar os direitos fundamentais por meio da implementação de políticas públicas por parte do Estado.

---

<sup>41</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 165.

Desse modo, o Poder Judiciário transforma-se em espaço democrático de participação, no qual o cidadão brasileiro encontra condições de viabilizar a materialização de seus direitos substanciais, como é o caso do direito à saúde.

## **2.4 A análise da Jurisprudência da intervenção do Judiciário na Administração Pública com base no direito à saúde**

Tendo em vista as considerações acima, por ficar demonstrado que o direito à saúde, elencado na Constituição Federal de 1988, é um direito fundamental, bem como constitui direito público subjetivo, deve-se analisar a forma pela qual este direito tem sido protegido pelo Judiciário a partir dos entendimentos dados pelos tribunais pátrios.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), máxima instância judicial no ordenamento jurídico, tem entendido que os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos, portanto podem ser acionados contra o Poder Judiciário, muito embora haja várias decisões formuladas em primeiras instâncias ou mesmo nos tribunais de segunda instância negando a justiciabilidade de tais direitos.

Esse entendimento do Supremo pode ser demonstrado através da análise da decisão proferida no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS, em que estava em discussão o direito fundamental à saúde.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes

políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286/RS – Rio Grande do Sul. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

Outro julgado é do STJ que dá efetividade ao direito à saúde e obriga ao Estado a fornecer medicamentos a menor portador de doença cardiopata, haja vista ser a saúde direito fundamental e o art. 196 da CF/88 prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR.

ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO.

NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. Legitimatío ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.

5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

6. In casu, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

10. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição de medicamento objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

13. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

16. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento necessário ao desenvolvimentode portador de cardiopatia congênita.

17. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

18. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 869.843/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 243).

Nesse sentido, pode-se notar que para o STF e STJ o direito à saúde, mesmo sendo uma norma programática, é um direito público subjetivo por ser um direito fundamental, portanto, sendo uma prerrogativa jurídica indisponível. Dessa maneira, é dada às normas programáticas uma força vinculante da atividade do estado, em todos os Poderes, confirmando que cabe ao Poder Público implantar e realizar as políticas públicas para os cidadãos.

### 3 A ATENÇÃO MATERNO-INFANTIL COMO UMA ALTERNATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A atenção materno-infantil, por consistir em ações voltadas a promover a saúde da gestante e do bebê, além de prevenir a morte materna e fetal, passou a ser vista como uma alternativa para efetivar o direito à saúde no Brasil.

Assim, o estudo mais aprofundado das técnicas e medidas que podem viabilizar tal efetivação será o objeto de análise nas linhas a seguir.

#### **3.1 Conceito e histórico da atenção materno-infantil**

A atenção materno-infantil consiste em ações dirigidas às mulheres durante a gestação, o parto e o puerpério, com o objetivo de garantir a saúde da gestante e a do bebê, além de prevenir a morte materna e/ou fetal.

Portanto, o entendimento de atenção materno-infantil é muito complexo por envolver não apenas investimentos na área da saúde, mas por ter como ponto importante a implementação de cuidados mais humanizados dos profissionais de saúde no atendimento digno à gestante.

Importante salientar que é por meio de uma junção de condutas acolhedoras, como a facilidade de acesso aos serviços de qualidade de saúde e a prevenção, a promoção e o auxílio à saúde da gestante bem como do recém-nascido, que se realiza uma atenção pré-natal e puerperal humanizada.

Vale ressaltar que, por volta da década de 1960, não existia esta preocupação com a forma do tratamento dado às mulheres e ao bebê, o que havia era uma busca por medidas que

curassem as doenças, visando a garantir à saúde, já que não existiam medidas preventivas para melhorar a saúde.<sup>42</sup>

Desse modo, a visão que se tinha de pessoas doentes era a de que estavam com problema, tratando-as como se fossem coisas “com defeito”, ou seja, de forma desumanizada, buscando uma solução pontual do problema e não os reais fatores que geravam a doença.

Ao se observar que os problemas persistiam, potencializou-se, a partir da década de 70, a preocupação com a humanização da assistência à saúde, procurando garantir um completo bem-estar físico, mental e social, como o que foi difundido pela Organização Mundial da Saúde (OMS).<sup>43</sup>

Tal humanização pode ser observada, quando a gestante, durante o pré-natal, recebe as informações necessárias para o parto, informações sobre a saúde do bebê, tendo direito a seis consultas de pré-natal e aos exames necessários para assegurar a saúde pessoal e a do feto. Já no puerpério, a mãe deve receber informações sobre planejamento familiar e maternidade responsável.

A Organização Mundial da Saúde recomenda, para a população em geral, que os bebês recebam exclusivamente leite materno durante os primeiros seis meses de idade. Depois dos seis meses, com o objetivo de suprir suas necessidades nutricionais, deve a criança receber não só outros alimentos nutritivos, mas também continuar sendo amamentada até dois anos ou mais de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, fala, nos artigos 7º e 8º, que:

Art.7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º. É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.<sup>44</sup>

Contudo, atualmente, a saúde ainda padece de vastos problemas, principalmente, na questão da atenção materno-infantil, pois são notórias as mazelas e os descasos no combate ao desmame precoce, na falta de humanização no atendimento e na informação da mãe no pré-

<sup>42</sup> Cf. NUNES, E. D. **Sobre a sociologia da saúde**. São Paulo: Hucietec, 1999, p. 126.

<sup>43</sup> Cf. DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA: **Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-Ata/URSS, 6-12 setembro de 1978. In: Brasil. Ministério da Saúde. *Promoção da saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Ridel, 2009.

natal, parto e pós-parto, na escassa aplicação de recursos públicos na área da saúde, fazendo do Brasil um dos países que menos investe em saúde.

Dessa forma, conforme demonstrado anteriormente, para obter uma atenção materno-infantil de qualidade, é necessária a utilização de técnicas mais humanizadas pelos profissionais da saúde, bem como o incentivo ao aleitamento materno para poder, assim, garantir o direito à saúde.

### **3.2 Possibilidades de enfrentamento do problema**

A saúde enfrenta muitos problemas, principalmente na área da atenção materno-infantil, haja vista o descaso com o desmame precoce, a falta de humanização no atendimento e informação da gestante no pré-natal, parto e pós-parto, além da insuficiência dos recursos destinados à saúde para atender a demanda da população.

Assim, as possibilidades, para enfrentar esses problemas na questão da atenção materno-infantil, serão o que se analisará nas linhas a seguir.

#### *3.2.1 A prática do aleitamento materno*

A amamentação é a melhor maneira de proporcionar o alimento ideal para o crescimento saudável e o desenvolvimento dos recém-nascidos, além de ser parte integral do processo reprodutivo, com importantes implicações para a saúde materna.

Em meados da década de 1980, a Organização Mundial da Saúde comprovou a importância de amamentar exclusivamente, sem qualquer outro líquido, água ou chá, passando a recomendar, para a população em geral, que os bebês recebam exclusivamente leite materno durante os primeiros seis meses de idade. Depois dos seis meses, com o objetivo de suprir suas necessidades nutricionais, a criança deve começar a receber alimentação complementar segura, juntamente com a amamentação, até os dois anos de idade - ou mais.<sup>45</sup>

A amamentação exclusiva é muito relevante, pois traz inúmeros benefícios, como, por exemplo, ajudar a diminuir a mortalidade infantil, precaver doenças que decorrem da desnutrição, evitar a contaminação por bactérias que pode ocorrer quando se utiliza mamadeiras e leite em pó, além de o leite materno não representar custo.

---

<sup>45</sup> Cf. TOMA, Tereza Setsuko; REA, Marina Ferreira. Benefícios da amamentação para a saúde da mulher e da criança: um ensaio sobre as evidências. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 24 Sup2:S235-S246,2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v24s2/09.pdf>> . Acesso em: 18 mar. 2009.



Dessa forma, para se alcançar uma atenção materno-infantil de qualidade, é muito importante que se realize incentivos na promoção do aleitamento a fim de que se possa reduzir o desmame precoce e promover a saúde da mãe e do recém-nascido.

### 3.2.2 O Programa Mãe-Canguru

O Programa Mãe-Canguru foi um trabalho desenvolvido para inovar a maneira de tratar os recém-nascidos abaixo do peso, promovendo a esses bebês um saudável crescimento juntamente com uma excelente qualidade de vida.

Tal método refere-se a uma modalidade de cuidado e atenção que prioriza o contato prolongado pele a pele entre a mãe e o seu recém-nascido de baixo peso desde as primeiras semanas de vida. Este contato é iniciado na maternidade, devendo ser mantido em casa, depois da alta, até que o recém-nascido complete cerca de 40 semanas de idade gestacional.<sup>46</sup>

O Programa Mãe-Canguru consiste na diminuição do tempo de permanência do recém-nascido na incubadora, na colocação do bebê no colo da mãe, na posição canguru, na alimentação exclusivamente do seio e no acompanhamento ambulatorial especializado.<sup>47</sup>

Um importante proveito adquirido pelo programa é de ser este de baixo custo, por ser um mecanismo simples e natural, realizado em países mais pobres, o que já é diferente dos cuidados tradicionais que geralmente são bem mais caros, contribuindo para um elevado gasto por parte do Poder Público com a saúde, e ainda afastam a mãe do bebê, o que torna difícil o adequado aleitamento materno.

Não se pode deixar de frisar que o método Mãe-Canguru ajuda muito a amamentação e ainda facilita a alta do recém-nascido das incubadoras, o que diminui os gastos do poder público.

Portanto, conforme demonstrado acima, o Programa Mãe-Canguru contribui, de forma significativa, para garantir a atenção materno-infantil e para reduzir os gastos do Estado com esse setor.

---

<sup>46</sup> Cf. LAMY, Zeni Carvalho. Metodologia canguru: facilitando o encontro entre o bebê e sua família na UTI neonatal. In: Moreira, Maria Elisabeth Lopes; Braga, Nina de Almeida; MORSCH, Denise Streit (Org.). **Quando a vida começa diferente o bebê e sua família na UTI neonatal**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 141-156.

<sup>47</sup> Cf. CARVALHO, Marcus Renato de. **Método mãe-canguru de atenção ao prematuro**. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

### 3.2.3 A licença - maternidade de 180 dias

A licença-maternidade (ou licença-gestante) é um benefício de caráter previdenciário, garantido pelo artigo 7º, XVII da Constituição Brasileira, que consiste em conceder à mulher que deu à luz licença remunerada de 120 dias.

Nesse período, o salário da trabalhadora em licença é chamado de salário-maternidade, é pago pelo empregador e por ele descontado dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social. Pode a trabalhadora sair de licença a partir do último mês de gestação e é assegurado à trabalhadora, pela Constituição, que, do momento em que se confirma a gravidez até cinco meses após o parto, ela não pode ser demitida.

Referido benefício, também, é garantido às empregadas (seguradas da previdência), que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção da criança. Essa licença é devida desde que a criança tenha até oito anos de idade, quando da adoção ou da guarda.

Ainda a respeito do tema, cabe destacar o avanço que se teve na questão da licença-maternidade com a Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, a qual instituiu o “Programa Empresa Cidadã”, destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988.<sup>48</sup>

Segundo previsão dessa Lei, essa prorrogação da licença-maternidade será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o art. 7º, inciso XVIII, da CF/88.<sup>49</sup>

Vale destacar que esse requerimento deve ser apresentado pela empregada, no prazo mencionado, ao empregador, pessoa jurídica. Através do projeto, as empresas que decidirem aderir terão incentivos fiscais e ainda ganharão um certificado de “Empresa Amiga da Criança”.

Os incentivos foram concedidos a partir de 2010, porque o governo alega que a redução na arrecadação terá de ser adaptada na Lei Orçamentária, o que só poderá ocorrer no ano vindouro. Já, para o serviço público, o novo prazo de licença-maternidade começou a ser aplicado no momento da sanção da lei.

---

<sup>48</sup> Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009, p. 313.

<sup>49</sup> Ibid, p. 313.

A ampliação dessa licença para 180 dias contribui para a melhor formação física e psicológica dos recém-nascidos, além de ajudar a garantir o aleitamento materno exclusivo<sup>50</sup>, haja vista a empregada nesse período não pode exercer qualquer atividade remunerada, e a criança não pode ser mantida em creche ou organização similar, visto que, caso ela exercesse alguma atividade remuneratória, iria inviabilizar os objetivos pretendidos pela norma jurídica.<sup>51</sup>

Com esse período de cento e oitenta dias de licença-maternidade, estabelece-se um maior vínculo afetivo entre mãe e filho, essencial para proporcionar às crianças os estímulos indispensáveis ao seu desenvolvimento emocional.

Contudo, a Lei 11.770/2008 não obriga a instituição a dar licença-maternidade para as trabalhadoras do setor privado, apenas deixa a critério da vontade dos empregadores que quiserem aderir ao Programa Empresa Cidadã, recebendo vantagens, como incentivos fiscais, caso se vinculem a tal programa, o que já não ocorre no setor público, pois a licença-maternidade para as servidoras públicas já é obrigatória em alguns municípios.

Uma desvantagem, que se observa nessa faculdade de aderir ao programa, refere-se às micro e pequenas empresas, que dificilmente irão aderir a tal programa, haja vista não terem sido contempladas com os incentivos fiscais que serão dados as demais, fazendo com que as funcionárias dessas empresas não sejam contempladas com tal benefício.

A obrigatoriedade de tal licença garante muitos benefícios, pois, ao ficar mais tempo com seu bebê, a mãe tem a tranquilidade de que, ao deixá-lo aos cuidados de terceiro, ele estará mais forte e bem nutrido, ou seja, o bebê estará menos susceptível a doenças. Diante disso, a mãe faltará menos o trabalho para levá-lo ao médico, o que gera um ganho para o setor privado e indireto para o Estado que terá menos gastos na área da saúde.

Outro ganho que o Estado tem é com um maior número de vagas nas creches, já que a mãe licenciada tem que ficar com seu filho, não podendo colocá-lo na creche, enquanto não retornar ao trabalho, além de reduzir os gastos com internações, remédios nos hospitais públicos, pois, sendo as crianças amamentadas por mais tempo, estarão, conseqüentemente, menos susceptíveis a doenças.

---

<sup>50</sup> Aleitamento exclusivo este recomendado pela Organização mundial da saúde, de seis meses.

<sup>51</sup> Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009, p. 315.

Para as empresas, a medida pode parecer, a princípio, negativa (onerosa), mas elas podem contratar funcionários temporários para substituir a funcionária que se licencia para cuidar do filho, respaldadas na Lei 6.019 de 1974 ou no antigo artigo 443, parágrafo 2º, alínea “a” da CLT.

Assim, as empresas de contrato de trabalho temporário terão que disponibilizar dois profissionais, ao invés de um, permanecendo cada um por três meses, até o retorno da profissional que estava de licença.

Conforme dispõe o artigo 443, parágrafo 2º, alínea “a” da CLT:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;

Dessa forma, o afastamento da funcionária, por conta da maternidade, caracteriza uma situação transitória pela qual passa a organização, justificando a contratação por tempo determinado.

Portanto, a licença-maternidade de 180 dias, sendo obrigatória, auxiliaria na efetivação do direito fundamental à saúde, na perspectiva de uma atenção materno-infantil adequada, e também contribuiria para reduzir gastos públicos relacionados à desnutrição, ao desmame precoce, a internações, a remédios nos hospitais públicos e a creches.

### **3.3 Ações Judiciais cabíveis para evitar a violação das políticas públicas e assegurar o direito à saúde**

Mesmo com as medidas abordadas no tópico acima para assegurar a atenção materno-infantil, muitas vezes essas medidas não se mostram suficientes para garantir o direito à saúde, haja vista serem violadas pelo próprio Poder Público. Contudo, havendo violação às políticas públicas por parte do Estado, essas podem ser sanadas por meios de algumas ações como serão apresentadas nas linhas abaixo.

#### *3.3.1 Ação Civil Pública*

Iniciar-se-á discorrendo acerca da ação civil pública. Esta, que é uma ação utilizada para impedir ou reprimir danos aos interesses transindividuais, se destinada à tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Possui como legitimados para sua propositura os previstos no art. 5º da Lei n. 7347/85, quais sejam:

Art. 5º-Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

A ação civil pública está mencionada no art. 129, inc. III da CF/88 que traz as competências do Ministério Público, que são elas: “promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Entretanto, essas ações realizadas pelo *parquet* não raramente veiculam interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e pequeno. Aqui não se quer questionar se o Ministério Público pode representar paciente em juízo, haja vista que no art. 127, caput da CF/88, já lhe dá essa possibilidade:

Art. 127- O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como pode ser observado no julgado do STF:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. MENOR CARENTE. DIREITO À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública visando à proteção de direitos individuais indisponíveis do menor carente.
2. Agravo Regimental não provido.  
(AgRg no REsp 946.973/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 19/12/2008)

A ação civil pública é, portanto, um instrumento de tutela coletiva de direitos que são direitos indivisíveis de um número de pessoas determinado, que estão agrupados por meio de uma relação jurídica básica comum, podendo-se citar como exemplo os pacientes para protegerem seus direitos quando internados numa clínica.

Fazendo uma diferença entre interesses difusos dos coletivos, Hugo Nigro Mazzilli assevera que:

Tanto interesses difusos quanto coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias do fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.<sup>52</sup>

Todavia, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 80780/90), não ficou restrito apenas aos interesses difusos e coletivos poderem ser resguardados por ação civil pública, mas também o interesse individual homogêneo em face da legislação consumerista integra-se com a Lei de Ação Civil Pública (LACP) em matéria de defesa de interesses transindividuais.

Um instrumento bastante eficaz para combater a ineficácia do Poder Público perante a realização de políticas públicas ineficazes é a formulação da ação civil pública em observância da proporcionalidade, tendo em vista que essa preserva o equilíbrio entre os princípios e as regras.

Muitos são os exemplos nesse sentido, como mostra a ementa transcrita abaixo, retirada do Tribunal de Justiça de São Paulo.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer – Implantação por parte do Município e do Estado de programa de atendimento à criança e ao adolescente portador de “diabetes mellitus” e ao fornecimento de medicamentos e materiais necessários ao controle da doença – Carência da ação – Ilegitimidade passiva “ad causam” – Inocorrência – Competência administrativa concorrente da União, do Estado e do Município para cuidar da saúde pública – Inteligência dos artigos 23, II, e 198, I, da Constituição Federal e 4º e 9º da Lei n. 8.080/90 – Preliminar rejeitada. (Apelação n. 513.556-5/0 – Bauru – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Nalini – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 12.482).

---

<sup>52</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

Vale salientar que a ação civil pública é um meio processual muito utilizado para proteger o direito à saúde e garantir a atenção materno-infantil a ser proposta contra o Estado, os profissionais de saúde pública, de forma a promover o atendimento adequado nos postos públicos de saúde e garantir melhores estruturas sanitárias em hospitais e clínicas de saúde.

### 3.3.2 Mandado de segurança coletivo

Outro instrumento processual que pode ser utilizado para garantir o direito à saúde e a atenção materno-infantil é o mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança constitui uma inovação trazida pelo art. 5º, inc. LXIX da Constituição Federal/88, que prevê:

LXIX- conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

São as Leis n. 1533/51 e 4348/64, que tratam do processo de mandado de segurança. Para o professor Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança pode ser visto como:

“o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.<sup>53</sup>

Uma novidade trazida pela Constituição diz respeito ao mandado de segurança coletivo que defende os interesses transindividuais, no art. 5º, inc. LXX, o qual prevê que:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:  
 a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
 b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

O mandado de segurança coletivo é um remédio constitucional de natureza civil, que possui as mesmas condições da sua versão singular, porém com algumas diferenças no que tange à legitimidade, pois quem pode ingressar são os partidos políticos, com representação no congresso, e as organizações sindicais, entidades de classes ou associação legalmente constituída e em funcionamento, há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

---

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18 ed.(atualizado por Arnold Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

Dessa maneira, podem ser requisitos de cabimento do mandado de segurança coletivo: a possibilidade de ter havido alguma violação ou grave ameaça a direito líquido e certo coletivo, porém esta deve ser decorrente de uma ilegalidade de agente de pessoa jurídica ou autoridade pública no exercício das funções do Poder Público. Sobre direito líquido e certo, Pedro Lenza aduz:

“O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, através de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de sua impetração”.<sup>54</sup>

Vale ressaltar a crítica que a doutrina faz em relação à terminologia utilizada pela Constituição, uma vez que, se é direito e existe, já é, portanto, líquido e certo.

O direito à saúde é um direito social, então, sendo considerado como direito de segunda geração, no qual é necessário que haja uma atuação positiva e programática do Estado. Além disso, está diretamente ligado ao direito à vida que é uma norma de aplicação imediata.

### 3.3.3 Ação Popular

A ação popular está consagrada no art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal de 1988, e também na Lei nº 4717/85. Essa lei é uma ação civil concedida a qualquer cidadão que queira tornar nulo um ato que seja praticado pelo Poder Público, ou entidade da qual o Estado participe, que lesem o patrimônio público, o meio ambiente, a moralidade administrativa ou o patrimônio histórico ou cultural, e também que intencione condenar os responsáveis pelo pagamento de perdas ou danos, ou pela restituição de bens e valores.

Segundo José Afonso Silva, a ação popular é:

Um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente político, constituindo manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, § único da Constituição Federal/88, no sentido de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou de forma direta.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007. p.757.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 462.



Dessa forma, a ação popular mostra-se como um remédio constitucional dado ao cidadão de poder participar da vida pública, realizando primeiramente a função de fiscalizar juntamente com a finalidade de defender a coisa pública e a tutela dos interesses coletivos.

Dispõe o art.1º e seu § 3º, da Lei 4717/65:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

A ação popular pode ser corretiva ou preventiva, pois, muito embora a Constituição de 1988 discorra apenas em tornar nulo o ato que lesa à coisa pública, passando a impressão de que isso somente é possível quando a lesão já se concretizou, pode a referida ação ter caráter preventivo.

Ação popular é utilizada na área da saúde, quando os gestores públicos, serviços de saúde e a iniciativa privada, que fizerem parte de maneira complementar e em colaboração com o Sistema Único de Saúde (SUS), cometerem atos lesivos no exercício de suas funções, inseridos no âmbito de atuação do SUS, que importem em atos de improbidade administrativa, tais como enriquecimento ilícito, que cause dano aos cofres públicos e que atente contra os princípios da administração pública (art. 9, 10 e 11 da Lei nº 8429/92).

A pessoa que comete uma infração sanitária pode ser responsabilizada administrativa, civil e criminalmente, nas infrações previstas na Lei nº 8429/92, pela prática de atos de improbidade, colocando em punição a conduta do administrador público e dos que prestam serviços públicos no âmbito de abrangência do SUS que retardam ou deixam de praticar, indevidamente, ato de ofício destinado a proteger a saúde pública.

### *3.3.4 Ação de improbidade administrativa*

Uma última medida para proteger o direito à saúde é a ação de improbidade administrativa, que está prevista na Lei nº 8429/92. Essa ação possui um rol meramente

exemplificativo em relação aos atos ilícitos que configuram improbidade administrativa, cominando as respectivas críticas, entendendo o ato danoso em três modalidades: os que gerem enriquecimento ilícito do agente (art. 9º); os que de alguma forma causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam ou estejam em dissonância com os princípios norteadores da Administração Pública (art. 11).

Caracterizam-se como atos de improbidade administrativa na área da saúde a aferição de vantagem patrimonial indevida realizada pelo agente público de saúde, no seu exercício de cargo, mandato ou função (art. 9º); o descaso com o controle dos gastos e o desperdício de recursos do erário quando da ordenação ou permissão de despesas não autorizadas em lei ou regulamento, que revelem dilapidação dos bens que integram o patrimônio público (art. 10); e também a não observância de princípios reservados à Administração, como o da legalidade, o da publicidade e o da lealdade às instituições, a exemplo do que ocorre na dispensa indevida de processo licitatório (art. 11).

Importante ressaltar que a proteção jurídica contra realização de atos de improbidade administrativa, não inclui somente a omissão do Poder Público, em relação aos serviços que deveriam ser prestados, mas também em relação às ações e serviços de saúde em que ocorra mudança de finalidade, extravio de recursos e aplicação das verbas do Sistema Único de Saúde (SUS) em outros fins, sem a devida observância da vinculação constitucional específica para a área da saúde pública.

Pode ser sujeito ativo do ato de improbidade qualquer agente público ou terceiro que induza ou concorra para a realização do ato danoso ou dele se tome proveito de qualquer forma direta ou indireta (art.1º e 3º, da Lei 8429/92).

Pode ser agente público que causa dano aos cofres públicos tanto o servidor público que possua vínculo empregatício estatutário ou contratual com o Estado, ou qualquer indivíduo que preste serviço ao Estado, incluindo os agentes políticos, e os particulares em colaboração com o Poder Público que atuam sob a forma de delegação, requisição ou espontaneamente, como, por exemplo, o que ocorre com a iniciativa privada, em hospitais e clínicas particulares que prestam serviços ao SUS.

José Marcelo Vigliar fala das sanções a serem aplicadas aos agentes públicos, quando há a prática de atos de improbidade administrativa, asseverando que:

“A denominada Lei de Improbidade Administrativa atendeu ao quanto fora determinado pela Constituição Federal. Assim, vinculou a incidência de sanções diversas, deixando claro que a realização do ato de improbidade administrativa não excluiria a incidência da sanção de natureza penal, caso o ato realizado também guardasse os elementos necessários para que fosse considerado um delito.”<sup>56</sup>

São classificadas como sanções aplicadas a título de dolo ou culpa ao condenado por ato de improbidade administrativa: as perdas da função, a suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento ao erário, a indisponibilidade dos bens, a multa civil, sempre proporcional ao dano causado ao erário ou aos vencimentos do agente público. E o condenado fica também impossibilitado de se contratar com o Poder Público ou de alguma forma obter benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios seja direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

É regida pela Lei Orgânica da Saúde e a Lei de improbidade administrativa, a responsabilização civil de quem cuida das verbas dos SUS, aplicando punição a qualquer pessoa jurídica de Direito Privado ou pessoa física que utilize, administre, gerencie, invista ou retire a título de contraprestação de serviço dinheiro da União, que faça parte do sistema, desde que fique provada a má administração de finalidade ou a não aplicação desses recursos, que resulte em dano direto ao Fundo Nacional de Saúde (FNS) ou quaisquer recurso financeiro da União.

Vale lembrar que a utilização dessas referidas ações deve ser realizada somente em casos extremos, ou seja, quando não houver outra forma para fazer com que o Estado cumpra com o seu papel que é de implementar políticas públicas efetivas. Diante do que foi exposto, pode-se dizer que os métodos de se efetivar o direito à saúde e a atenção materno-infantil pelo Judiciário são muitos, como o caso das ações civis públicas, o mandado de segurança, as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar, a ação popular e a ação de improbidade administrativa, que são meios processuais de cobrar do Poder Público que realizem políticas públicas eficientes para, assim, garantir uma saúde de qualidade a todos os cidadãos.

---

<sup>56</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Saúde pública e improbidade administrativa. In: ARANHA, Márcio Iorion(Org.). **Direito sanitário público: coletânea de textos**. Brasília: Síntese, 2003, cap.6 p. 134.v.1.

## CONCLUSÃO

O estudo acerca do direito à saúde e da atenção materno-infantil como expressão desse direito, evidencia a importância desse tema para a toda a sociedade e, especialmente, para a comunidade jurídica brasileira, em razão das dificuldades ainda vivenciadas por boa parte da população nacional.

Acredita-se terem sido alcançados os objetivos propostos no início deste trabalho, e nesse sentido, salienta-se a importância de se efetivar o direito à saúde no Brasil, por se tratar de uma premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, bem como a busca por uma melhoria na área da atenção materno-infantil, que é potencializada por sua próxima relação com a qualidade de vida dos indivíduos.

Dessa forma, o direito à saúde interfere no conceito de qualidade de vida, e torna-se uma condição *sine qua non*, para que todo cidadão viva com dignidade. Em um legítimo Estado Democrático de Direito, é necessário que todos tenham acesso a condições de vida minimamente saudáveis, em razão, principalmente, das diretrizes oriundas do princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstrou-se, também, que o direito à saúde não envolve apenas cuidados médicos ou mesmo a ausência de doenças, mas um completo bem-estar físico, mental e social.

Verificou-se que os avanços conquistados com a Constituição de 1988, que alçaram a saúde à condição de um direito fundamental, não são postos em prática, devido à falta de interesse Estatal em colocar a saúde em primeiro plano. De fato, o que se percebe é a permanência de obstáculos que dificultam a efetivação do direito à saúde, de forma ampla, de acordo com o estabelecido pelo sistema jurídico nacional. Tais obstáculos podem ser observados na falta de implementação de políticas públicas adequadas e na insuficiência de recursos destinados à saúde para atender a demanda da população.

Assim, pode-se falar que a inefetividade do art. 196 da CF/88 dá-se, prioritariamente, devido à falta de interesse do poder público, uma vez que o desrespeito à Constituição por parte dos agentes públicos se estende desde a falta de saneamento básico e água encanada à ausência de leitos de UTI e escassez de medicamentos.

Diante da discussão gerada sobre os entraves e obstáculos que gravitam em torno da efetivação do direito à saúde, torna-se notório o papel de destaque exercido pelo Poder

Judiciário, que não pode se eximir de apreciar demandas que envolvem as mais diversas facetas do direito à saúde.

Já no que diz respeito à atenção materno-infantil, o presente trabalho mostrou que esta consiste em ações dirigidas às mulheres e às crianças/aos fetos durante a gestação, o parto e o puerpério, tendo como objetivo garantir a saúde da gestante e do bebê, além de prevenir a morte materna e/ou fetal. Preocupou-se em evidenciar as medidas a serem implementadas acerca da assistência à saúde da mulher e do bebê como forma de oferecer mecanismos – e ações judiciais – que possam vir a garantir o direito.

Apresentou-se, como estratégias para efetivação do direito à saúde, o incentivo à prática do aleitamento materno, a promoção de um atendimento mais humanizado para a gestante e o bebê, a implementação da licença maternidade de 180 dias obrigatória para as empregadas do setor privado e a utilização do Programa Mãe-Canguru e as ações judiciais: ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação de improbidade administrativa.

A garantia da saúde pela alimentação é uma realidade, na medida em que a promoção de uma nutrição adequada, como pode ser observada na amamentação, previne doenças decorrentes da desnutrição, carência de alguns nutrientes, diminuindo a mortalidade infantil.

Evidencia-se, desse modo, que o caminho a ser percorrido pelo direito à saúde é o de buscar efetivar a inovação, dada pela Constituição de 1988, de poder garantir saúde de qualidade a todos os cidadãos.

Assevera-se, finalmente, que é necessário investir em recursos para a saúde, em políticas públicas, e implementar alternativas para assegurar a atenção materno-infantil de qualidade, pois, assim, será garantido, pelo menos em parte, o direito à saúde no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Denise Almeida de. **A mediação de conflitos em meio hospitalar e o direito fundamental à saúde**. Fortaleza: UNIFOR, 2007.144p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, 2007.

Associação Brasileira de Medicina de Grupo - ABRAMGE. Dados e números da medicina de grupo Sistemas alternativos de saúde. Disponível em:< <http://www.abramge.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

ARAÚJO, Maria de Fátima Moura de; OTTO, Ana Flávia N.; SCHIMITZ, Bethsáida de Abreu Soares. Primeira avaliação do cumprimento dos “Dez Passos para o Sucesso do Aleitamento Materno” nos Hospitais Amigos da Criança do Brasil. **Revista Brasileira de Saúde Infantil**, Recife, n.3(4), p.411-419, out./dez.2003. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v3n4/18886.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. OPAS/OMS - Escritório de Representação no Brasil. **A Saúde no Brasil**. novembro/1998, p.28. Disponível em: <<http://www.opas.org>>. Acesso em: 30 set. 2009.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social Revista de Sociologia da USP**, 1(2), 2º Semestre/1989.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. **Portaria nº 1067 GM**, de 4 de julho de 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Marcus Renato de. **Método mãe-canguru de atenção ao prematuro**. Rio de Janeiro: BNDES, 2001.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde – evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi et. al. A responsabilidade pela saúde. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, n. 83, 1999.

DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA: **Conferência internacional sobre cuidados primários de saúde**. Alma-Ata/URSS, 6-12 setembro de 1978. In: Brasil. Ministério da Saúde. Promoção da saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

DEJOURS, Christophe. “Por um Novo Conceito de Saúde”. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 14, n. 54, abril-maio-junho/1996.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Á saúde como direito fundamental: abordagem contextualizada no estado democrático de direito**. Fortaleza: UNIFOR, 2006. 185p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, Ação Popular, Ação civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18 ed.(atualizado por Arnold Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

LAMY, Zeni Carvalho. Metodologia canguru: facilitando o encontro entre o bebê e sua família na UTI neonatal. In: Moreira, Maria Elisabeth Lopes; Braga, Nina de Almeida; MORSCH, Denise Streit (Org.). **Quando a vida começa diferente o bebê e sua família na UTI neonatal**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 141-156.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NUNES, E. D. **Sobre a sociologia da saúde**. São Paulo: Hucietec, 1999.

PARRA, Antonio Yepes. “El Derecho a la Salud. La Necesidad de Repensar los Derechos Sociales”. **Revista Cubana de Salud Pública**, n. 25(2), 1999.

RAMOS, Carmem Viana; ALMEIDA, João Agrício Guerra de. Aleitamento materno: como é vivenciado por mulheres assistidas em uma unidade de saúde de referência na atenção materno-infantil em Teresina, Piauí. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, v.3, n.3, jul./set.2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-38292003000300010&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1519-38292003000300010&script=sci_arttext&tlng=pt)> Acesso em: 20 mar. 2009.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Interpretação jurídica e racionalidade. **Revista da Faculdade de Direito/ Universidade de Cruz Alta**, Cruz Alta, ano 4, n.4, 1999, 1º semestre.

ROYO, Javier Perez. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed., Madrid: Marcial Pons, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEGRE, M.; e FERAZ, F. C. “O Conceito de Saúde”. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 31, outubro/1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 9 set. 2011.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 set. 2011.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **O direito regulatório do estado social e as normas legais de saúde pública**. Série Direito e Saúde. Brasília: Organização Pan – Americana de saúde: Escritório Regional da Organização Mundial de Saúde: Representação do Brasil, 1994, n.4.

TOMA, Tereza Setsuko; REA, Marina Ferreira. Benefícios da amamentação para a saúde da mulher e da criança: um ensaio sobre as evidências. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 24 Sup 2:S235-S246,2008. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/csp/v24s2/09.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2009.



VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Saúde pública e improbidade administrativa. In: ARANHA, Márcio Iorion(Org.). **Direito sanitário público: coletânea de textos**. Brasília: Síntese, 2003, cap.6 p. 134.v.1.