

A HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DIREITO À SAÚDE: FRUSTRAÇÕES E CONQUISTAS CONSTITUCIONAIS

LA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO BRASILIANO DAL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO ALLA SALUTE: FRUSTRAZIONI E RISULTATI COSTITUZIONALI

Janaína Machado Sturza¹
Claudine Rodembusch Rocha²

RESUMO

Este artigo trata da história do constitucionalismo brasileiro sob a ótica do direito à saúde: frustrações e conquistas constitucionais, tendo por escopo demonstrar que o direito à saúde se consubstancia como um verdadeiro direito à prestação, um direito social prestacional, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal. Através de uma abordagem histórico-bibliográfica percebe-se que é imprescindível a conexão entre Estado Democrático de Direito e direito à saúde, para a efetivação da mesma. É necessário que se analise a recuperação da dimensão histórico-constitucional do direito à saúde no Brasil para que se possa entender o porquê do modelo atual e dissipar eventuais dúvidas sobre a exegese e políticas de saúde pública pátria. A Constituição Brasileira de 1934 representa a pretensa inauguração de um Estado Social Brasileiro. Nela pode-se localizar as preocupações sanitárias. A Constituição de 1937 não se referiu ao tema da saúde, no qual a principal importância do texto constitucional era de fortalecer o Poder Executivo. Foi com a entrada em vigor da Constituição da República Italiana, que os fenômenos de saúde e doenças passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais. A saúde já não é concebida apenas como um fator de produtividade, mas como um direito do cidadão. No Brasil somente com a promulgação da denominada Constituição Cidadã, de 1988, é que se positivou o tema, ou seja, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹ Advogada, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Mestre em Direito pela UNISC e Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Professora no Centro Universitário Franciscano – UNIFRA, na ESADE *Laureate International Universities* e na Faculdade Dom Alberto. Integrante do grupo de pesquisa “Teoria Jurídica no Novo Milênio”, na UNIFRA e do grupo de estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” na UNISC. Email: janasturza@hotmail.com

² Advogada, Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Mestre em Direito pela UNISC e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Pública de Burgos/Espanha. Professora no curso de Direito da Universidade Feevale e da Faculdade Dom Alberto. Email: claudinerodembusch@yahoo.com.br

PALAVRAS – CHAVE: História do constitucionalismo brasileiro; direito à saúde; conquistas constitucionais.

RIASSUNTO

Questo articolo riguarda la storia del costituzionalismo brasiliano alla luce del diritto alla salute, le frustrazioni e le conquiste costituzionali, con lo scopo di dimostrare che il diritto alla salute si concretizza come un vero e proprio diritto di fornire un diritto prestacional sociale, in quanto richiedono azioni positive da parte dell'entità statale. Attraverso una storico-bibliografiche si accorge che è essenziale il collegamento tra uno Stato democratico e il diritto alla salute, per effettuare la stessa. E necessario esaminare il recupero della dimensione storica del diritto costituzionale alla salute in Brasile affinché tu possa capire perché il modello attuale e fugare ogni dubbio circa l'esegesi e la politiche di salute pubblica patria. La Costituzione brasiliana del 1934 rappresenta l'inaugurazione di una presunta dollari sociale dello Stato. Si possono trovare le preoccupazioni per la salute. La Costituzione del 1937 non ha fatto riferimento al tema della salute, in cui la primaria importanza del testo costituzionale è stato quello di rafforzare il potere esecutivo. E 'stato con l'entrata in vigore della Costituzione italiana, i fenomeni di salute e le malattie vengono trattati come processi biologici e sociali. Salute non è più visto solo come un fattore di produttività, ma come un diritto del cittadino. In Brasile, solo con la promulgazione della cosiddetta Costituzione Cittadino del 1988, che è il positivou il diritto alla salute, vale a dire 40 anni dopo la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

PAROLE CHIAVE: Storia del costituzionalismo brasiliano; diritto alla salute; conquiste costituzionali.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição do Império (1824) do Brasil foi reconhecidamente uma carta com algumas inovações no aspecto social, sinalizando para os direitos humanos do século XX, muito embora ainda contivesse forte conteúdo liberal (próprio da época) e, também estivesse impregnada de forte herança absolutista. Entretanto, o corpo do texto constitucional imperial, em nenhum momento, normatiza, regulamenta ou coloca como

princípio o direito à saúde. Fato compreensível ante o contexto histórico-político do século XIX. Vale lembrar que o Brasil, recém declarado independente, iniciava a construção de uma nova sociedade nos trópicos. Escassos eram os hospitais e os serviços de vigilância sanitária, para não dizer inexistentes. Entender a saúde, à época era visualizá-la como uma (des)graça das divindades.

A Constituição Republicana de 1891, fruto de um pacto liberal-oligárquico, seguiu no mesmo sentido: a não inclusão do direito à saúde no texto constitucional. Aliás, com relação aos direitos sociais pode-se afirmar que a Constituição de 1891 representou um retrocesso em relação ao tema, quando contraposta à Constituição do Império.

A Constituição de 1934 seguiu o legado das Constituições Sociais do século XX, ao positivar os direitos de segunda geração, ou seja, o surgimento dos direitos sociais como as normas de previdência social, associações profissionais, etc.

A Constituição de 1937 não se referiu ao tema da saúde, sendo que no Brasil as reformas de saúde, propriamente ditas, tiveram início com a promulgação da Constituição Federal brasileira em outubro de 1988. Criou-se então um sistema de Seguridade Social destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Dessa forma o Brasil está obrigado a realizar mudanças, na procura de que a saúde seja efetivamente aplicada, e que a mesma seja um real instrumento de justiça social. O direito à saúde é um direito fundamental dos cidadãos, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, possui caráter de auto-aplicabilidade, sendo que tal compreensão passa a ser um dos pilares da efetivação deste direito.

Dessa forma a noção de saúde positivada pela OMS, possui uma geral aceitação, evidenciando que o processo de bem-estar do ser humano constitui-se na constante busca pelo equilíbrio entre as influências ambientais, modos de vida e seus vários componentes. Por sua vez, pode-se entender que a saúde deve ser compreendida de forma global, ou seja, necessita-se também de uma saúde preventiva cuja responsabilidade cabe ao Estado, promovendo condições mínimas de qualidade de vida.

Por fim, se analisa o direito a saúde como sendo um direito individual de cada pessoa, porém a responsabilidade do Estado se encontra reconhecida em diversos

instrumentos internacionais aplicáveis ao regime dos direitos fundamentais e também da legislação do País e dos Estados. Assim, o direito à saúde se enquadra nos direitos sociais, estes são liberdades positivas do indivíduo, que devem ser garantidas pelo Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, de forma que se possa concretizar a igualdade social que é um dos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

1. Dos primórdios à contemporaneidade: o conceito de saúde

Desde os tempos mais remotos até os dias atuais, perpassando por sociedades primitivas e mais desenvolvidas e tradicionais, destaca-se um grandioso interesse nas discussões e tratamento da saúde enquanto direito, posto que

[...] la salute costituisce ormai da tempo uno dei temi più ampiamente discussi dagli studiosi delle scienze giuridiche e sociali, trovandosi contemporaneamente sempre al centro del dibattito istituzionale tra i mutevoli orientamenti politico-ideologici nei confronti dello stato sociale³.

Desta forma, em uma tentativa de conceituar o termo *saúde*, não se pode furtar, obrigatoriamente, de usar como ponto de partida o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS)⁴, erigido em 26 de julho de 1946, no qual fica instituído que a “*Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos,*” determinando que “*gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social,*” além de estabelecer que “*a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados,*” uma vez

³BOMPIANI, Adriano. *Considerazioni in merito alla politica di sicurezza sociale nel settore dell'assistenza e della sanità*. Rimini: Maggioli, 1996, p. 04.

⁴JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffè, 2006, p. 366: A sede da Organização Mundial da Saúde se encontra em Genebra, mas a sua junta organizativa se vale de outros seis Ofícios Regionais na África, América, Ásia Sul Oriental, Europa, Mediterrâneo Oriental e Pacífico Ocidental. Esta ramificada estruturação a rende organizações sanitárias internacionais muito importantes. Isto é provado também pelo fato que a OMS, hoje, é constituída internamente por instituições das Nações Unidas. O objetivo declarado foi, desde o seu início, aquele de garantir um completo estado de bem estar físico, psíquico e social, sem distinção de raça, religião, opinião política, condições econômicas e sociais. A OMS representa, portanto, a máxima autoridade internacional no campo sanitário, posto que a sua função institucional é aquela de assegurar a cooperação entre os diversos Estados das Nações Unidas com todos os outros organismos e institutos empenhados nos vários temas do campo sanitário.

que “os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos⁵.”

Neste sentido, em uma visão bastante avançada para a sua época de construção, a OMS expandiu o conceito de saúde historicamente atrelado à prevenção e principalmente à cura, abarcando, essencialmente, a promoção da saúde. Todavia, esse conceito usado pela OMS é amplo e, praticamente, inexequível, já que tem um forte componente de idealização e a importância de associar a saúde à própria defesa da vida em sua plenitude. Assim, a saúde pode ser entendida como um valor universal compartilhado por todos que defendem a vida e o caráter dual da saúde se manifesta no paradoxo de que tanto ela pode ser vista como um valor universal quanto sua realização concreta implica na necessidade de sua politização, para que, além de uma orientação ético-normativa, ela se transforme em uma política pública que amplie a democracia e assegure a universalização do direito à saúde a toda a população.

Ao entender a saúde como um completo estado de bem estar físico, psíquico e social é necessário não obscurecer as continuidades existentes entre as condições de saúde e enfermidade, uma vez que [...] *salute non è solo assenza di malattia, ma stato di completo benessere – Questa affermazione sintetizza efficacemente l'evoluzione del pensiero moderno che, nel giro di un periodo relativamente breve di tempo, ha progressivamente esteso la propria attenzione, in tema di sanità*⁶.

A saúde e a busca incessante por ela é uma realidade que remonta aos primórdios da humanidade, quando então os curandeiros e feiticeiros nas sociedades mais primitivas externavam a sua preocupação com a valorização da vida e com o medo da morte. Assim, desde os tempos mais longínquos sempre existiu uma grande preocupação com a saúde, seja por instituições oficiais que sempre se preocuparam em manter os indivíduos em condições de trabalhar, no sentido de proteção de uma determinada classe social, seja pela reação de procurar alternativas no sentido de preservar a espécie, mesmo que em direção somente das classes mais favorecidas economicamente.

⁵Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <http://www.unifran.br/mestrado/promocaoSaude/docs/ConstituicaoWHO1946.pdf>. Acesso em: jul. 2008.

⁶MARTIN, Alessandro; NACCARATO, Remo. *Diritto alla salute e coscienza sanitaria*. Padova: CEDAN, 1989, p.5.

Através dos tempos foi acontecendo, sucessivamente, a chegada da civilização, juntando-se a este processo também a evolução da saúde. Inicialmente, esta era pensada como uma forma de exterminar todos os males que acometiam e ameaçavam a espécie. Tal sentença pode ser ilustrada quando se afirma:

É perfeitamente compreensível que a humanidade tenha primeiro pensado a saúde como uma forma de eliminação dos males que afligiam os componentes da espécie. Ao longo do tempo os seres humanos foram invariavelmente acometidos por doenças que ameaçaram a sua sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera eram a grande preocupação da civilização. Na Índia e na China antigas, foi a varíola. Na antiguidade Grego-Romana, a malária se fez presente. Na Idade Média, ocorreu a “Peste Negra”, onda de peste bubônica que assolou a Europa [...] ⁷

Portanto, a saúde e suas acepções perpassam a história da civilização humana, sendo que o primeiro conceito de saúde, ao que tudo indica, pode ser atribuído aos gregos de Esparta, onde o axioma *Mens Sana In Corpore Sano* nada mais é que o ponto culminante da definição do que é ter saúde. Para eles, na verdade, o ser humano ideal era uma criatura equilibrada no corpo e na mente e de proporções definitivamente harmoniosas⁸.

Neste eixo destaca-se Hipócrates, que iniciou na saúde através da medicina, desencadeando uma tradição médica que procurou fazer com objetividade o registro dos sintomas, libertando-se das práticas mágicas da medicina egípcia e babilônica, deixando até hoje o legado do *Juramento de Hipócrates*, firmado em todo o mundo pelos profissionais da medicina.

A tradição clássica grega foi seguida, em grande parte, pelos romanos que também se esforçavam na busca de uma engenharia sanitária que fosse condizente com as necessidades da crescente demanda populacional concentrada nas grandes cidades como Roma⁹. Nesta época já existia uma super-população que trazia com ela todo o advento de doenças infecto-contagiosas provenientes de grandes aglomerados humanos.

⁷ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora LTr, 1999, p. 90-91.

⁸SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 16.

⁹SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: 2001, p. 31.

Com a chegada da Idade Média, considerada um período de ignorância e superstições, tendo sido inclusive chamada de Idade das Trevas, houve um declínio nas atividades científicas, atingindo também a esfera da saúde. A maior parte dos estudos foi dedicado à filosofia e à teologia, deixando de lado os estudos das ciências naturais. Neste período a igreja determinou que a saúde poderia ser tanto uma graça quanto uma desgraça advinda dos deuses, sendo que para os cristãos a doença poderia ser considerada a purificação dos seus pecados e a cura e salvação seriam atribuídas somente à quem as merecesse.

Notoriamente, foi também a própria igreja quem retomou as idéias gregas, iniciando um processo de resgate da medicina de Hipócrates. Desde então, as acepções de saúde passaram a se expandir através dos processos de evolução da medicina e em 1543 foi publicado o primeiro livro ilustrado sobre anatomia, baseado, fundamentalmente, nas experiências de dissecação de cadáveres desenvolvidas nos mosteiros¹⁰.

Já no século XVII as sociedades européias presenciaram rebeliões e perseguições religiosas, testemunhando também o avanço do racionalismo, que resultou em novas descobertas científicas, bem como no desenvolvimento de alguns dos conhecimentos científicos que atingiram momentos grandiosos com pesquisadores como Descartes, que percebeu ser a saúde a ausência de doença¹¹.

No século XVIII aconteceu, enfim, a denominada Revolução Científica, fruto das pesquisas e experiências de grandes cientistas, sendo que a saúde como ausência de doenças ainda era o marco nos estudos e debates. Todavia, foi somente na Revolução Francesa que se começou a pensar na saúde como um bem acessível a todos, destacando-se neste período a internação dos doentes mentais em hospícios, o que, em termos de saúde, poderia ser analisado hoje como uma prática não acessível a todos, mas sim como um processo de exclusão dos diferentes.

Adentrando no século XIX, século da Revolução Industrial e período em que algumas sociedades entraram numa fase de transformação originada pelo emprego de

¹⁰SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: 2001, p. 32.

¹¹DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de saúde pública*. São Paulo, n 22, p. 57-63, 1988, p. 58.

máquinas modernas, tem-se um novo olhar para a saúde, a qual passa a ser de extrema importância para o capitalismo, uma vez que o trabalhador não pode adoecer para não prejudicar a produção. A saúde, então, além de ser a ausência de doença, tinha como função manter ou repor o indivíduo no trabalho e neste sentido “[...] a saúde dentro dos padrões do individualismo liberal que floresceu no século XIX é uma saúde “curativa”, ligada ao que a moderna doutrina atual chama de aspecto negativo da saúde: a ausência de enfermidades¹².”

Em verdade, prevalece a idéia de saúde no sentido estrito de cura, ou melhor, às atividades curativas no sentido de reorganizar ou refazer as disfunções que acometessem o organismo dos indivíduos, recolocando-os capazes no mercado de trabalho. Nesse sentido, a preocupação com a saúde não era voltada para as pessoas em si, mas sim com os transtornos que a ausência delas causaria para o mercado de trabalho e conseqüentemente para o comércio.

Assim, a industrialização do século XIX trouxe consigo a urbanização, acarretando ao Estado a obrigação de assumir a responsabilidade pela saúde da população. Neste mesmo período, a preocupação com as questões sanitárias ganhou força e em 1851 doze países assinaram a Primeira Conferência Sanitária Internacional¹³, elaborada com o intuito de combater as epidemias de cólera, peste e febre amarela que acometiam os

¹²SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: 2001, p. 33.

¹³No ano de 1851, depois da propagação da cólera, peste e febre amarela na Europa, responsáveis pela morte de milhares de pessoas, realizou-se em Paris a Primeira Conferência Sanitária Internacional, que resultou numa convenção sanitária internacional em prol do combate às epidemias e doenças infecciosas. Disponível em:

<http://www.accaosocialista.net/98/969_09_04_1998/saude.htm>. Acesso em: jul. 2008.

trabalhadores. Já o ano de 1864 foi marcado pela criação da Cruz Vermelha Internacional¹⁴, significando uma grande conquista para a saúde¹⁵.

A chegada do século XX impulsionou marcantes transformações sociais, juntamente com as grandes guerras ocorridas no mesmo período. Até então a saúde era vista como algo individual, passando a ter outra conotação com a chegada da idéia do *Welfare State*¹⁶, surgida após estas grandes guerras e trazendo consigo a visão do Estado de Bem-Estar Social, caracterizado como um marco nas idéias de saúde enquanto prevenção:

A prevenção complexifica o tema incorporando ao mesmo uma situação antecipada no sentido de evitar a ocorrência da doença através de serviços básicos garantidores da salubridade pública. Percebe-se, então, que a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social, como direito coletivo, bem como alarga-se o seu conteúdo. Tem-se a prevenção da doença¹⁷.

¹⁴A idéia da Cruz Vermelha nasceu em 1859, alguns anos antes de sua efetiva criação e reconhecimento internacional. Tudo começou quando Henri Dunant, um jovem suíço, se comoveu com o sofrimento no campo de batalha de Solferino, no Norte da Itália, onde os socorros militares não eram suficientes. A forte impressão causada pela dor das pessoas inspirou Henri Dunant a escrever um livro: "Recordações de Solferino", em que descrevia dramáticas cenas da guerra. A partir dali, Dunant já percebia a necessidade de uma entidade que pudesse ajudar pessoas naquele tipo de situação. A diferença é que, no livro, ele não se limitou a relatar as desgraças da guerra. Mais do que isto, ele sugeria a criação de grupos nacionais e internacionais de ajuda e apontava a necessidade de se pensar "um princípio internacional, convencional e sagrado", que inspiraria posteriormente a Convenção de Genebra. Em 1864, também sob influência do livro, seis pessoas se reuniram - entre elas, Henri Dunant - para tomarem providências práticas em relação à situação exposta. Com a presença de representantes de 16 nações, o resultado foi a criação da Cruz Vermelha Internacional. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/cruz_vermelha/comosurgiu.html>. Acesso em: jul. 2008.

¹⁵ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora LTr, 1999, p. 91.

¹⁶Aqui entendido como Estado de Bem-Estar Social ou Estado-Providência (em inglês: *Welfare State*) é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. Os Estados de Bem-Estar Social desenvolveram-se principalmente na Europa, onde seus princípios foram defendidos pela social-democracia, tendo sido implementado com maior intensidade nos Estados Escandinavos (ou países nórdicos) tais como a Suécia, a Dinamarca, a Noruega e a Finlândia, sob a orientação do economista e sociólogo sueco Karl Gunnar Myrdal. Esta forma de organização político-social, que se originou da Grande Depressão, se desenvolveu ainda mais com a ampliação do conceito de cidadania, com o fim dos governos totalitários da Europa Ocidental (nazismo e fascismo) com a hegemonia dos governos sociais-democratas e, secundariamente, das correntes euro-comunistas, com base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão. Pelos princípios do Estado de Bem-estar Social, todo o indivíduo teria o direito, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido seja diretamente através do Estado ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos incluiriam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o auxílio ao desempregado, a garantia de uma renda mínima e recursos adicionais para a criação dos filhos. Disponível em: <http://pt.estadosocial.org/Estado-provid%C3%A2ncia#_note-SCHUMPETER>. Acesso em: out. 2008.

¹⁷MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 188.

Logo, a prevenção realmente estende-se como ponto culminante na esfera das discussões sobre o tema saúde, uma vez que ela pode ser vista, através de ações articuladas, como uma forma de evitar a ocorrência de doenças e a proliferação de epidemias, antecipando e garantido uma vida saudável a todos.

Finalmente, adentra-se no século XXI, auge da expansão dos meios de comunicação e em especial da informática. Vive-se um momento em que a criatividade humana alcançou uma extraordinária expressividade, colocando-se em um novo sistema de alcance global. Este século herdou fantásticas experiências científicas e tecnológicas, que promoveram o crescimento da produção e proporcionaram condições de bem-estar e de acesso a serviços, como nos setores da saúde.

Pode-se perceber, assim, que o entendimento de saúde, mais precisamente o seu conceito, passa por vários períodos da história da humanidade, alcançando em alguns momentos o status curativo e em outros o status preventivo. Todavia, a base para ambas as visões é a idéia de saúde enquanto ausência de doenças, sendo esta abordagem modificada com a chegada do conceito trazido pela OMS¹⁸, no qual é evidenciado a importância da existência de uma qualidade para o equilíbrio interno do homem com o meio ambiente.

Ainda sobre o conceito de saúde acordado pela OMS, temos que este corresponde à definição de felicidade e que tal estado de completo bem-estar é impossível de ser alcançado, posto que não é nada operacional. Muito embora este conceito tenha grande aceitação, ele é marcado por um caráter positivo e outro negativo. O primeiro trata da promoção do bem-estar e o segundo da ausência de enfermidade.

A saúde, então, pode ser considerada também sob outros aspectos, tendo em vista que abrange toda a coletividade, inserida nos direitos sociais onde o ideal passa a ser a prevenção e não a cura estritamente. O conceito de saúde está relacionado à questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, que resultará em sua qualidade de vida. Esta, por sua vez, deve primar pelos benefícios para o desenvolvimento do homem e sua existência,

¹⁸«Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos.» Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.unifran.br/mestrado/promocaoSaude/docs/ConstituicaoWHO1946.pdf>>. Acesso em: jul. 2008.

constituindo-se como “o centro de irradiação por excelência de todos os bens ou interesses jurídicos protegidos¹⁹.”

Assim, o que se viu até aqui foi um resgate de fatos que circundam a saúde e sua evolução conceitual, entendendo-se que a saúde, enquanto *estado de bem-estar físico, mental e social* pode ser abarcada na esfera da concretização dos direitos fundamentais sociais, onde “a consolidação dos direitos sociais e sua conseqüente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política²⁰.” Desta forma, a concretude dos direitos fundamentais sociais é princípio-condição da justiça social, aqui em especial o direito fundamental social à saúde, o qual emerge da Constituição e impõem-se ao legislador, devendo ser concedido a toda a coletividade.

2. O direito à saúde na contextualização da realidade constitucional brasileira: frustrações e conquistas

Os aspectos sociais, históricos e especialmente jurídicos que fundamentam e perpassam a trajetória do direito na sociedade são de extrema relevância para que se possa compreender o direito como um instrumento válido para a consolidação de um *Estado Democrático de Direito*²¹. Neste sentido, Bobbio²² já dizia que todo o Direito fundamenta-se em sua historicidade e o direito à saúde não seria diferente, uma vez que sua concretização é galgada através de um longo caminho marcado por significativas conquistas posteriores a grandes frustrações pelo seu não reconhecimento em nossas Constituições anteriores.

¹⁹DIAS, Hélio Pereira. *A responsabilidade pela saúde – Aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, p. 9.

²⁰OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 75.

²¹Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: [...] reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (grifo nosso) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²²BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, passim.

Portanto, para o melhor entendimento dos fins a que se propõe este estudo, necessário se faz resgatar a trajetória destas referidas frustrações e conquistas do direito à saúde no Brasil, perpassando pelas diversas Constituições e seus fundamentos, até chegar à atual Constituição Federal de 1988, ponto culminante de legitimação dos direitos fundamentais sociais e a qual reconheceu, depois de muitos anos de esquecimento, a saúde como um direito fundamental social essencial a todo o povo brasileiro.

2.1 A saúde e seu (não) reconhecimento como direito nas Constituições brasileiras

A longa trajetória de não reconhecimento da saúde enquanto direito constitui-se como fato marcante no percurso evolutivo de nossas Constituições. Inicialmente, tem-se a Constituição do Império ou também denominada Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824, a qual declarou que o Império do Brasil era a associação política de todos os cidadãos brasileiros, formando uma nação livre e independente²³, trazendo em seu art. 179²⁴ uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores²⁵.

O governo nesta época seguiu o sistema monárquico, porém constitucional, com um forte conteúdo liberal inspirado na Revolução Francesa. Esta Constituição foi uma Carta com algumas inovações no aspecto social, a qual claramente sinalizou para os Direitos Humanos do século XX, que em seu título VIII, art. 179²⁶ assegurava o direito ao socorro público como garantia de direito civil e político, entretanto, mesmo com estas características, o texto constitucional imperial não mencionou, normatizou, regulamentou ou sequer colocou como princípio o direito à saúde.

²³Art. 1º O IMPÉRIO do Brasil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha à sua Independência. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

²⁴Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, [...]. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

²⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

²⁶Art. 179 [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

Tal situação tinha sua justificativa focada no fato da nação estar em processo de estruturação, principalmente das cidades, onde as reformas legislativas foram impulsionadas pela evolução sócio-econômica. Portanto, a saúde ainda não havia sido positivada como direito e era atribuída, essencialmente, aos deuses e ao catolicismo exacerbado da época.

Já em 1891, mais precisamente na data de 24.02.1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual estabeleceu que a Nação Brasileira adotasse como forma de governo a República Federativa²⁷. A sociedade continuava em processo de estruturação e a saúde ainda era uma questão “celestial”, sendo tais fatos agravantes do retardamento em relação à Constituição anterior. Todavia, esta constituição representou grandes transformações com o surgimento da federação e da república, além do incremento dos poderes regionais ou locais, caracterizados pela política dos governadores e do coronelismo regionais²⁸, sem, contudo, delimitar à saúde a sua verdadeira relevância.

Assim, na Constituição Republicana, marcada como fruto de um pacto liberal-oligárquico, a situação não tomou forma diferenciada e perseguiu o mesmo caminho do não reconhecimento e, portanto, da não inclusão do direito à saúde no texto constitucional²⁹. Logo, as “grandes transformações” não atingiram o direito à saúde, que mais uma vez ficou no esquecimento.

A segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16.07.1934, não era tão bem estruturada como a primeira, de 1891. Ela trouxe conteúdo novo e manteve da anterior, porém, os princípios formais fundamentais. Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, expressa em seus artigos 113 e 114³⁰, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a

²⁷Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

²⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

²⁹BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Pulo: Editora Paz e Terra, 1991.

³⁰Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]; Art. 114 A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da*

educação e a cultura, com normas quase todas programáticas³¹, sob a influência da Constituição alemã de Weimar³².

Desta forma, a Constituição de 1934 elevou o regime governamental à condição de Estado Social de Direito. Esta carta inovou quando em seu artigo 10, inciso II³³, determinou que a competência em relação à saúde e assistência pública era de competência da União e dos Estados e em seu artigo 121, letra h³⁴, demonstrou clara preocupação com a saúde do trabalhador e a gestante.

Esta constituição recebeu, notadamente, algumas influências no tocante ao tratamento dado à saúde. Ela representou não só a inauguração do Estado Social brasileiro³⁵, mas também trouxe consigo algumas preocupações sanitárias de incumbência da União, dos Estados e Municípios, referentes à infância e à higiene social e mental, descritas em seu artigo 138³⁶.

República dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

³¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

³²A Constituição de Weimar (alemão: *Weimarer Verfassung*) foi o documento que governou a curta república de Weimar (1919-1933) da Alemanha. Formalmente era a Constituição do estado alemão (*Die Verfassung des Deutschen Reiches*). A Constituição de Weimar representou o auge da crise do Estado Liberal do séc. XVIII e a ascensão do Estado Social do séc. XX. Foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais de 2ª geração e reorganizou o Estado em função da Sociedade e não mais do indivíduo. Disponível em:

<http://pt.weimarer.org/Constitui%C3%A7%C3%A3o_de_Weimar> Acesso em: jul. 2008.

³³Art. 10 Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas; [...]; BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

³⁴Art. 121 A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; [...]. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

³⁵Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, [...] BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

³⁶Art. 138 Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

Ao positivizar os direitos de segunda geração, a Constituição de 1934 seguiu o percurso das demais constituições sociais do século XX, marcando o surgimento dos direitos sociais como as normas de previdência social e associações profissionais. Ao Estado ficou delimitada sua responsabilidade para com a assistência social, à qual coube assegurar o auxílio aos desvalidados, à infância, à maternidade, às famílias numerosas e à juventude³⁷.

Todavia, a Constituição de 1934 foi revogada e promulgou-se então a Carta Constitucional de 10.11.1937, a qual implementou o regime ditatorial outorgado por Getúlio Vargas. Esta Constituição acabou com o princípio de harmonia e independência entre os três poderes. O Executivo foi considerado "órgão supremo do Estado" e o presidente a "autoridade suprema" do país: controlava todos os poderes, os Estados da Federação e nomeava interventores para governá-los. Os partidos políticos foram extintos e instalou-se o regime corporativista, sob autoridade direta do presidente. E, mesmo com todas estas mudanças, a saúde ainda permanecia na banalidade.

Esta Constituição, então, não se referiu ao tema da saúde, e seu principal norteador foi o fortalecimento do Poder Executivo, ao qual foi dada atribuições do Legislativo, concentrando o poder na figura do Presidente da República³⁸. Em síntese, esta Constituição, também denominada de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, teve como principais preocupações o fortalecimento do Poder Executivo; a atribuição ao Poder Executivo de uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis; o reconhecimento e garantia dos direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo³⁹, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público⁴⁰.

³⁷MORAIS, J. L. B. de; SCHWARTZ, G. A.; PILAU SOBRINHO, L. L. Análise jurídico – constitucional do direito à saúde. In: Leal, R. G.; ARAÚJO, L. E. B. de (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas – desafios contemporâneos*. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 625-641.

³⁸Art. 41 Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: jul. 2008.

³⁹Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]. BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: jul. 2008.

⁴⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Encerrado o período ditatorial, surgiu a então denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946, a qual trouxe à tona o liberalismo afrontado anteriormente pelas medidas ditatoriais do período de 1937 à 1945. Ao contrário das constituições anteriores, esta não foi elaborada com base em um projeto preordenado e tentou, primeiramente, restabelecer o Estado Democrático⁴¹ através do resgate das medidas que protegiam os direitos individuais.

Esta constituição voltou-se para as Constituições de 1934 e 1937, declarando-se indiferente à matéria que tange especificamente ao direito à saúde. Todavia, ela preconizou as *fontes formais do passado e nasceu de costas para o futuro*, mas mesmo desta forma não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os anos em que o regeu⁴².

No período de 1964 e anos seguintes, expediram-se alguns Atos Institucionais⁴³, os quais deveriam manter a ordem constitucional vigente. O Brasil enfrentava neste período severas modificações não só no campo político, mas também no campo social. A população perdeu seus direitos de cidadão comum, prevalecendo o ordenamento da ditadura militar, a qual, em sua essência, caracterizava um período paradoxal. Mesmo sendo o Brasil um dos signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, tal fato não acarretou em grandes modificações neste período, o qual apenas retornou à situação da Carta de 1934. Assim, as questões de saúde ainda eram problema do executivo e necessitavam, primordialmente, da implementação de políticas públicas.

A sexta Constituição do país e a quinta da República, promulgada em 24.01.1967, traduziu a ordem estabelecida pelo Regime Militar e institucionalizou a ditadura. Incorporou as decisões instituídas pelos atos institucionais, aumentou o poder do Executivo, que passou a ter a iniciativa de projetos de emenda constitucional, reduziu os

⁴¹Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos [...]. BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: jul. 2008.

⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴³Os atos institucionais eram mecanismos adotados pelos militares para legalizar ações políticas não previstas e mesmo contrárias à Constituição. De 1964 à 1978 foram decretados 16 atos institucionais e complementares que transformaram a Constituição de 1946 em uma “colcha de retalhos”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhbrasil/br10.html>>. Acesso em: jul. 2008.

poderes e prerrogativas do Congresso, instituiu uma nova lei de imprensa e a Lei de Segurança Nacional.

A Constituição de 1967 deu mais poderes à União e ao Presidente da República, reformulou o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais⁴⁴. Porém, mais uma vez, o direito à saúde não avançou significativamente, uma vez que é lembrado, rapidamente, apenas em seu artigo 8º, XIV⁴⁵, deixando de conquistar lugar de destaque no ordenamento.

Junto à Carta de 1967 criou-se a Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Esta, por sua vez, possuía o mesmo teor da Carta Constitucional, porém com algumas modificações e implementações de outros Atos Institucionais. Essa carta aprofundou o retrocesso político, se comparada a Constituição de 1967, pois incorporou a seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais anteriores, consagrando a intervenção federal nos Estados, cassando a autonomia administrativa das capitais e outros municípios e impondo restrições ao Poder Legislativo, além de validar o regime dos decretos-leis e manter e ampliar as estipulações restritivas da Constituição de 1967, quer em matéria de garantias individuais, quer em matéria de direitos sociais, sem avançar significativamente no que diz respeito ao direito à saúde.

Finalmente, em 27 de novembro de 1985, através da emenda constitucional n. 26, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, com a finalidade de elaborar um novo texto constitucional que expressasse a nova realidade social, a saber, o processo de redemocratização e término do regime ditatorial. Assim, em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, denominada de Constituição Cidadã, a qual apresentou um texto razoavelmente avançado e sem dúvida alguma muito moderno e com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e

⁴⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁵Art. 8º Compete à União: [...] XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

até mesmo mundial. É uma constituição que teve a ampla participação popular em sua elaboração, voltada para a plena realização da cidadania⁴⁶.

Através desta Carta, o direito à saúde, em um ato de equilíbrio e justiça, foi deliberado que passaria a ser universal. Desta forma, somente após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem é que o Brasil positivou o tema do direito à saúde⁴⁷, através do artigo 196 da Constituição Federal. Portanto, esta é a primeira vez na história constitucional brasileira que o direito à saúde faz parte do corpo da Carta Magna.

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem⁴⁸, sendo esquecida na maioria das nossas Constituições e, quando lembrada, sempre de forma inconsistente e sem a devida importância. Neste sentido, vale ressaltar:

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 saúde⁴⁹.

É cristalino o atraso constitucional brasileiro no que tange à colocação do direito à saúde como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros, uma vez que nossos modelos de Estado não permitiram a efetivação deste direito. Desta forma, o direito à saúde está contemplado na atual Carta Magna brasileira, sendo esta carta um marco significativo na efetivação do Estado Democrático de Direito, consolidando direitos sociais essenciais à dignidade e à vida humana, como o Direito Fundamental Social à Saúde

2.2 A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito: a saúde como um direito fundamental social

⁴⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁷GOUVEIA, Roberto. *Saúde pública, suprema lei – a nova legislação para a conquista da saúde*. São Paulo: Mandacaru, 2000.

⁴⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁹DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, n.22, p.57-63, 1988, p. 23.

A saúde comunga como um predicado essencial à qualidade de vida do homem e o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e cujos objetivos incluem a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, amparado através de sua Constituição de 1988⁵⁰, deve também oferecer e garantir o direito à saúde de forma igualitária para todos os cidadãos e protegendo, por consequência, o bem maior que é a vida.

Todavia, o tema do direito à saúde não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior a 1988, o qual delegava competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, ressaltando-se aqui a existência de toda uma movimentação em direção à constitucionalização do direito à saúde. Porém, isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias, sendo isto modificado na atual conjuntura, pois com a promulgação da Constituição de 1988 a saúde passou a ser um direito do homem⁵¹, assumindo status de grande relevância em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, portanto, a saúde foi realmente reconhecida como direito em 1988, apesar de já existirem discussões anteriores, com a promulgação da nossa Constituição Federal. Esta Carta proclamou a existência do direito à saúde como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, além de estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, organizando a forma e os aspectos do atendimento a ser dado através da criação de um Sistema Único de Saúde⁵², integrado por uma rede pública regionalizada e

⁵⁰Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁵²Em relação ao Sistema Único de Saúde – SUS, cabe ressaltar os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Art. 200 Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do

hierarquizada, descentralizado, com direção única em cada esfera de governo, devendo oferecer atendimento e qualidade a toda população, priorizando as atividades preventivas sem haver prejuízo dos serviços essenciais.

Notadamente, a atual Carta Magna também submete o direito à saúde ao conceito de seguridade social⁵³, cujas ações e meios se destinam a assegurar e tornar eficaz o direito à saúde. Já no que tange à atividade sanitária, se estabeleceu um novo patamar de relação entre o Estado e a sociedade do Brasil, descobrindo-se uma nova forma de reestruturação da realidade, frente ao Estado Democrático.

Não há dúvidas, portanto, quanto à fundamentalidade do direito à saúde, sendo a constituição atual a primeira das nossas cartas políticas a reconhecer explicitamente e assegurar este direito. Desta forma, a evolução conduziu à concepção da nossa Constituição Federal de 1988, onde em seu Art. 196 estabelece⁵⁴:

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

É através deste artigo que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, sendo reconhecido como um direito social e um direito fundamental de todos. Neste sentido, quando se fala em direitos fundamentais, oportuno se

trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵³Em relação à Seguridade Social, cabe destacar os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...].BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

faz lembrar Bobbio⁵⁵ quando diz que não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los e para impedir que sejam continuamente violados.

No Brasil, portanto, o direito à saúde passou por grandes transformações e, a despeito de muitos obstáculos, opostos por setores sociais privilegiados e retrógrados, tem havido muitos avanços na luta pelo estabelecimento de melhores condições de vida para todos os brasileiros, dentre elas a saúde. Nesta área é possível perceber-se o evidente progresso, podendo-se considerar superada a concepção estreita e individualista que limitava a saúde exclusivamente ao oferecimento de serviços médico-hospitalares, dos quais somente os mais ricos teriam acesso, sendo que aos pobres restariam a precariedade e ainda como um favor do Estado⁵⁶.

Assim, o direito à saúde é o segundo dos direitos sociais, conforme o art. 6º da Constituição Federal, logo após a educação. Surge como um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa sob pretexto algum, apesar de, na maioria das situações da vida diário, ele estar sendo constantemente negado, devendo ser assegurado pelo judiciário e não pelo sistema da saúde. Todavia, este direito se rege pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços respectivos, onde estes são de relevância pública e por isso devem ficar inteiramente sujeitos à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

Através do pressuposto de que o direito à saúde é igual à vida de todos os seres humanos, significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais⁵⁷.

⁵⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

⁵⁶CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

⁵⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas⁵⁸. O direito à saúde, a partir do artigo 196, utilizando-se do artigo 197⁵⁹, ambos da Carta Magna, retratam a relevância pública das ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Assim, sua execução deve ser feita diretamente ou então através de terceiros, ou ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado⁶⁰.

Em conformidade com o artigo 196, caracterizado como fundamento constitucional essencial no que tange à matéria de saúde, o direito à saúde respaldado em tal dispositivo trata-se de um programa a ser atendido pelo Estado, mediante norma de conteúdo programático, através da qual fixam-se vetores maiores que apontam para direções e objetivos a serem atingidos pela ação estatal⁶¹.

Sendo assim, o Direito Fundamental Social à Saúde trata de um direito positivo, que não pode ser visto de forma individual ou isolada, sob pena de impacto direto sobre toda a coletividade, exigindo prestações eficazes e principalmente de concretização por parte do Estado, impondo aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, de cujo cumprimento depende a própria realização do direito⁶². Nesta esfera decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo, por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua efetivação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e 103, § 2º)⁶³ e, por outro lado, o seu não atendimento, inconcreto, por falta

⁵⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁵⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

⁶⁰MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2001.

⁶¹RAMOS, João Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 12, p. 281-290, jul./set. 1995.

⁶²SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁶³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição,

de regulamentação⁶⁴, pode abrir pressupostos para a impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI)⁶⁵.

A saúde, em nível constitucional e da legislação ordinária, é um bem jurídico tutelado, extensivo a todas as pessoas que estejam sujeitas à ordem jurídica brasileira. É, portanto, intolerável que uma pessoa ou toda a coletividade possa ser ferida nesse direito. Nesta dimensão, é possível reforçar a menção anterior descrevendo que desde o seu preâmbulo a Constituição indica um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna⁶⁶, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e abrangendo, assim, o direito à saúde⁶⁷.

Portanto, este direito acena como um dos importantes elementos da cidadania, como um direito à promoção da vida das pessoas, pois direito à saúde é direito à vida⁶⁸. Partindo desta análise, a questão do direito à saúde é abrangente e complexa, assim como a do acesso igualitário às ações de saúde, estando assegurado constitucionalmente tanto na seção específica como nas disposições gerais sobre a Seguridade Social⁶⁹.

cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; Art.103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

⁶⁴Cf. a Lei 8.080, de 19.09.1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, e reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cf. também a Lei 8.142, de 28.12.1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS. CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

⁶⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]

⁶⁶Neste sentido, ver a obra: RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 3. ed. Bari: Laterza, 2005.

⁶⁷PODVAL, Maria Luciana de Oliveira. A tutela específica em face do poder público. Políticas públicas de saúde e o princípio constitucional da separação dos poderes. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. especial, p. 167-194, jan./dez. 2003.

⁶⁸MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

⁶⁹NETO, Eleutério Rodriguez. *Saúde – Promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

É possível visualizar-se em nossa Constituição, desta forma, um rol quase exaustivo de direitos e garantias individuais, além, é claro, dos direitos sociais. É neste patamar que se encontra o direito à saúde, ou seja, um direito fundamental social de segunda geração⁷⁰. Neste sentido, conveniente são as palavras de Dallari⁷¹, quando diz que “[...] o direito à saúde deve ser assegurado a todas as pessoas de maneira igual [...].” Assim, em uma Carta denominada *Cidadã*, nada mais justo que o acesso igualitário ao direito à saúde, de forma imediata, concreta e efetiva, promovendo desta forma a concretude da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Constitucional de 1891 foi liberal pela moderação com que está disposta no tocante ao preparo social e econômico em harmonia com o papel do Estado. Ao ignorar o direito à saúde, em seu texto, cometeu um retardamento em relação a Constituição Imperial. A Constituição de 1934 representa a pretensa inauguração de um Estado Social Brasileiro, nesta se percebe uma preocupação com as questões sanitárias.

É explícito o atraso constitucional brasileiro no que se refere à inserção do direito à saúde como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros. O direito à saúde é garantido por algumas declarações de direitos. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e a Carta Social Européia corroboram a importância do direito à saúde na procura de uma justiça social aplicável universalmente.

Enfim, se verifica que somente com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 foi que se consolidou o Estado Democrático de Direito no País, com o trabalho dos constituintes em fazer uma nova Constituição na qual a democracia foi

⁷⁰Neste sentido, conforme a Teoria da Geração de Direitos Humanos, descrita na obra BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 217: o direito à saúde é direito de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª gerações. Assim, como direito de 1ª geração protege a vida prevalecendo a autonomia da vontade; como direito de 2ª geração tipifica o direito à saúde como direito social; como direito de 3ª geração eleva o direito à saúde ao status de direito coletivo e difusos (transindividual); como direito de 4ª geração remete o direito à saúde aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia e como direito de 5ª geração, o direito à saúde está abrangido pelos direitos de realidade virtual, revolução cibernética e internet.

⁷¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em sociedade*. São Paulo: Moderna Ltda, 1985, p. 24.

restaurada, também ficaram asseguradas as garantias jurídico-legais e a preocupação social.

A Carta Maior positivou o direito à saúde em seu art. 196, dando-lhe assim proteção constitucional, ou seja, uma inovação no que diz respeito à saúde. A partir deste momento a saúde é então reconhecida como um direito social de toda a população, sendo o Estado responsável pela implementação de políticas públicas que sirvam de suporte para dar efetividade a saúde pública.

A saúde é indiscutivelmente um direito humano fundamental. Sua importância é tão grande que em alguns países em que não está positivado expressamente na Constituição, foi reconhecido como um direito fundamental implícito. Na verdade é óbvio que uma ordem jurídica constitucional que resguarda à vida e garante o direito à integridade física e corporal, conseqüentemente protege a saúde.

Dessa forma, os maiores desafios atuais estão ligados à estruturação do novo modelo de atenção à saúde que, a partir das grandes funções da saúde pública, subordine os conceitos e programas da assistência médica individual aos preceitos e programas dos interesses coletivos e direitos da cidadania, e realize efetivamente as atividades de promoção e proteção à saúde, sob os princípios éticos da universalidade, equidade e integralidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOMPIANI, Adriano. *Considerazioni in merito alla politica di sicurezza sociale nel settore dell'assistenza e della sanità*. Rimini: Maggioli, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Pulo: Editora Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>.

Acesso em: jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>.

Acesso em: jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. Comentários à Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 1990 e 8.142 de 1990. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, n.22, p.57-63, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Viver em sociedade*. São Paulo: Moderna Ltda, 1985.

DIAS, Hélio Pereira. *A responsabilidade pela saúde – Aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

GOUVEIA, Roberto. *Saúde pública, suprema lei – a nova legislação para a conquista da saúde*. São Paulo: Mandacaru, 2000.

JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffè, 2006.

MARTIN, Alessandro; NACCARATO, Remo. *Diritto alla salute e coscienza sanitaria*. Padova: CEDAN, 1989.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2001.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

_____; SCHWARTZ, G. A.; PILAU SOBRINHO, L. L. Análise jurídico – constitucional do direito à saúde. In: Leal, R. G.; ARAÚJO, L. E. B. de (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas – desafios contemporâneos*. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

NETO, Eleutério Rodriguez. *Saúde – Promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PODVAL, Maria Luciana de Oliveira. A tutela específica em face do poder público. Políticas públicas de saúde e o princípio constitucional da separação dos poderes. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. especial, p. 167-194, jan./dez. 2003.

RAMOS, João Saulo. Serviços de saúde prestados pela iniciativa privada e o contrato de seguro-saúde. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 12, p. 281-290, jul./set. 1995.

RESTA, Eligio. *Il Diritto fraterno*. 3. ed. Bari: Laterza, 2005

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

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 16.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.