



A fundamentalidade constitucional do direito à saúde

Thiago Alexandre de Oliveira Leite¹

RESUMO: A presente pesquisa busca analisar a fundamentalidade da saúde como direitos humanos na perspectiva moderna, sobretudo no caso brasileiro com a Constituição de 1988. Iniciaremos a pesquisa com um breve histórico abordando o surgimento da saúde como direitos humanos de segunda geração, bem como a sua implementação na Constituição Cidadã Brasileira. Para a presente pesquisa utilizaremos da pesquisa bibliográfica, seguindo o artesanato intelectual proposto por Clifford Geertz, o qual teceremos nossa teia de conhecimento com fios extraídos de artigos, livros e legislação brasileira. Nosso foco principal é abordar os aspectos jurídicos dos direitos inerentes a saúde e seus reflexos na prática.

Palavras-chaves: fundamentalidade, saúde, direito, constituição.

Introdução

Pouco se sabe a respeito da origem dos interesses coletivos, segundo o doutrinador Cleber Masson (1), o cristianismo foi o marco inicial de garantias e proteções aos interesses humanos, ainda que de forma bem arcaica. A introdução do homem como a imagem e semelhança de Deus começou a despertar os interesses pelo cuidado da coletividade.

Para compreendermos a evolução dos direitos inerentes a saúde devemos passear pela recente história da humanidade. Não é difícil de perceber que durante todo processo evolutivo da sociedade não havia proteção à saúde até primórdios dos séculos XX. Ocorre que para tal inserção, ocorreu um longo e gradativo processo de conquistas sociais e políticas até a chegada do estado moderno.

Após a criação do Estado Democrático de Direito, surgiram novas possibilidades de atuação da máquina pública para fomentar a dignidade da pessoa humana. Não há como falar de dignidade e não citar a saúde, e é nesse contexto que abordaremos como a mesma foi introduzida no direito, e quais seus meios legais de proteção.

Material e método

A palavra metodologia é formada por “methodo”, que por sua vez é derivada do grego, que significa caminho, e “logia” que significa estudo. Dessa forma, metodologia expressa o estudo dos caminhos a serem seguidos para se fazer ciência.

¹ Universidad de Buenos Aires – Argentina. E-mail: thiagospe@yahoo.com



No presente caso, método é a ordenação de um conjunto de etapas a serem cumpridas durante o estudo de uma determinada ciência na busca de uma verdade, almejando chegar a um fim determinado. Sendo assim, o método a ser utilizado na elaboração da pesquisa científica será o de compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolver-se-á uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a livros periódicos.

Serão observadas algumas etapas para a elaboração da pesquisa bibliográfica, como por exemplo, a seleção do fenômeno objeto da pesquisa e sua posterior delimitação; a identificação de obras; a compilação, consistente na reunião de material; o fichamento ou tomada de notas; a análise e interpretação do tema e, finalmente, a redação do texto, que será submetido à rigorosas revisões, correções e crítica, visando não só a correção de sintaxe, vocabulário, mas, principalmente, da disposição de ideias e apresentação de posições, teorias e esclarecimentos a serem feitas da forma mais adequada e satisfatória possível. Salienta-se ainda que todos os procedimentos utilizados serão caracterizados pela precisão de ideias, clareza e concisão dos argumentos.

Resultados e discussões

Indubitavelmente o surgimento do estado moderno está atrelado a Revolução Francesa, onde a figura do Rei Luís XIV representava a figura do Estado. Com a queda da monarquia surgiu a estrutura do estado liberal, legalista e garantidor da igualdade formal, ou seja, todos são iguais diante da lei, não havendo, em tese, os privilégios até então existentes. (1)

Com o estado liberal surge a primeira geração de direitos, que impedem a atuação estatal, nos dizeres de Adam Smith – sociedade não é caos – logo, o Estado deve agir com as mãos invisíveis, quanto menos atuação desse, melhor desenvolveria essa sociedade. Ocorre que a falta de fomento estatal proporcional caos e exploração, sobretudo nas relações de trabalho. (2)

Conforme podemos aferir, as primeiras concepções de Estado pouco contribuíram para a saúde, mas trouxeram atribuições positivas, a saber: separações de poderes e a desconcentração e descentralização propostas por Montesquieu. Tais mecanismos



ajudaram alterar a inexistência do poder público nas políticas públicas garantidoras de direitos humanos fundamentais, no qual se insere a saúde.

Durante a Revolução Industrial, ficou evidente que era necessário a atuação estatal nas relações humanas, sobretudo no trabalho. As condições precárias demonstram que existe enorme diferença entre igualdade formal e igualdade material, a primeira é abstrata e não faz distinção entre pessoas, ocorre que, ao não fazer distinção, não se pode promover a igualdade material.

E nesse contexto histórico, surge a figura da saúde como direitos humanos fundamentais de segunda geração, que juntamente com o trabalho compunha o rol dos direitos sociais. O Estado deveria se afastar das relações entre os particulares, entretanto, caso necessitasse de sua atuação, o mesmo deveria fazer para garantir a igualdade material. (3)

Karl Marx (4) defendia que o Estado deveria intervir nas relações de trabalho, haja vista a fragilidade do trabalhador ante seu patrão. Além do mais, as precárias condições de trabalho acabam por afetar demais a saúde dos trabalhadores, que na época, possuíam uma péssima qualidade de vida, o que refletia na baixíssima expectativa de vida.

Juntamente com os direitos humanos de segunda geração surge o Estado Social, em que pese estar preocupado com as demandas sociais e qualidade de vida de sua população. Uma das principais características do Estado Social é a atuação no caso concreto, tratando a questão da igualdade além de uma perspectiva legal, não basta a lei estabelecer e não cumprir, surgindo então as chamadas políticas públicas.

Com a surgimento das políticas públicas, o poder executivo ganhou representatividade, coisa que até então era hegemonia do poder legislativo. Ao ofertar mecanismos de fomento social, o poder executivo ganhou destaque e conseqüentemente elevou o poder judiciário a mesma categoria, ao ponto que essa garantia a efetivação das referidas políticas.

Para Reynaldo Mapelli Júnior (5), o direito a saúde vai além de um direito fundamental de segunda geração, pois é necessário para a vida, para os anseios básicos dos indivíduos.

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



fornecer aos cidadãos prestações positivas voltadas à satisfação de suas necessidades básicas (Estado social) "002E

É importante lembrar que os direitos humanos fundamentais de segunda geração admitem que o Estado faça distinção entre as pessoas a fim de garantir a igualdade material, tal tema é de permanente relevância na contemporaneidade. O grande jurista brasileiro Rui Barbosa defendia que os desiguais deveriam ser tratados com desigualdade para alcançar a igualdade.

O grande marco da efetivação dos direitos sanitários foi em 1948 com a Declaração universal dos direitos Humanos que estabeleceu em seu artigo 25 que todos têm direitos a um padrão de vida que possa assegurar a si e sua família a saúde, bem-estar, lazer, cuidados médicos dentre outros direitos. Podemos perceber que o conceito de saúde é bem amplo vai bem além da relação indivíduos e hospitais.

Para a professora Sueli Gandolfi Dallari (6) o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos introduziu uma nova perspectiva da saúde, haja vista que o referido artigo insere o direito a saúde com coletivo. Ao se tornar direito coletivo, o mesmo passa a compor também, os direitos humanos de terceira geração, pois agora ele é direito difuso, ou seja, impossível de mensurar seus detentores, é direito de todos.

Na Constituição Cidadã de 1988 (7), a saúde ganhou status de direitos fundamentais, sendo inserido no artigo 6º como direitos sociais. O principal artigo a tratar do direito a saúde é o 196 que estabelece:

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.

No presente artigo, o constituinte originário atribui ao estado e sociedade a obrigação de fazer políticas públicas que garantam as satisfações dos usuários. Percebemos que são muitos atores no polo ativo – todos os entes da federação, e sociedade – o que de fato gera a universalização da saúde.

No artigo 197 da CF/88 o legislador traz a ideia que o direito da saúde é de relevância pública, detalhe: é o único direito social a ser tratado como tal. Tem exigibilidade redobrada, pois o poder público deve regulamentar, fiscalizar e executar os serviços de prestação a saúde, quais sejam, através de hospitais e postos de saúde, e até mesmo com parcerias feitas com terceiros, como hospitais, clínicas, laboratórios entre outros.



Sua consolidação veio com a implantação do Sistema Único de Saúde – SUS – através da Lei 8080/90, (8) que tinha como principal função o cumprimento do artigo 198 da CF/88. O SUS é referência na América Latina, de fato ainda possui um longo e árduo caminho a seguir, entretanto não podemos deixar de reconhecer os numerosos avanços pós-constituição de 1988.

Vale ressaltar que tais dispositivos são frutos da 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986, (9) notemos que apesar de ser pretérita a Constituição de 1988, tal conferência foi realizada no período democrático e contou com a participação de distintos grupos da sociedade.

Nestes moldes, a saúde não está apenas relacionada a dignidade da pessoa humana, mas principalmente, o bem-estar de todos. A saúde norteia diversos direitos fundamentais, inclusive os direitos ao trabalho e a educação, pois sem saúde vários direitos são suprimidos. Por isso, saúde passou a ter uma relevância significativa em nossa topografia constitucional, na efetividade de direitos sociais

Hodiernamente temos a lógica da participação na saúde, o Estado é participativo, vai além do estado social. A aproximação entre estado e sociedade é tão grande que a prestação da saúde não é mais unilateral – sendo apenas obrigação do estado- a sociedade pode e deve influenciar nas políticas públicas inerentes a saúde.

Com tamanha participação popular, surgiram os Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. O cidadão pode participar diretamente nas questões de saúde, até mesmo pelo fato das decisões acerca da saúde exigir tal participação, pois queira sim ou não, as decisões ali tomadas afetaram toda a coletividade, é a chamada densificação da saúde, onde os usuários devem deliberar sobre as questões para que a formatação da saúde vá além dos espaços institucionais.

O usuário deve deliberar nas questões de saúde. Essas questões delineiam a formatação da saúde. Requer participação, além dos espaços institucionais.

Na estética da arte quando o quadro é pequeno a moldura tem que ser grande, para compensar a pequenez do quadro, e vice e versa. Para melhor compreender os direitos humanos, iremos usar esses exemplos. Os quadros pequenos são direitos individuais - uns tem outros não - por isso são pequenos, exemplos desses direitos são a propriedade e a liberdade. Diz respeito aos indivíduos isoladamente, e possuem meios bem sólidos para



sua proteção, a moldura é grande, ou seja, os direitos são os quadros e as molduras são os mecanismos que os protegem.

Não há como negar que os direitos humanos individuais são pequenos, mas com arcabouços grandes, existem vários mecanismos de proteção aos interesses individuais, a exemplo do que ocorre com os remédios constitucionais e tantos outros artifícios de proteção aos interesses e garantias individuais.

Ao contrário do que ocorre nos direitos individuais, os direitos sociais são grandes, mas a moldura é bem fina, os direitos sociais carecem de moldura sólida. Não basta discutir apenas o conteúdo do direito à saúde, deve - se discutir os meios de se implementar, não é exatamente no direito em si, mas nos instrumentos executores e garantidores do direito à saúde no Brasil.

A precedência das ideias sobre os fatos é uma das coisas que mais nos prejudicam, temos um vício de pesarmos na teoria para posteriormente encaixar em nossa realidade. O sociólogo brasileiro Eurípedes da Cunha (10) conhecido por sua obra “Os Sertões” questionou o pensamento político brasileiro em seus pequenos textos nominados “Margens da História”, na mesma esteira, Raimundo Faoro (11) questionou tal pensamento.

Na perspectiva desses pensadores, somos filhos das teorias políticas europeias e norte-americanas, não gozamos de hegemonia, o que de fato reflete no próprio direito brasileiro. Nossa cultura foi de transação, em que pese não termos conquistas através de derramamento de sangue, nossos avanços sempre foram lentos e progressivos.

Apesar de lentos avanços, atualmente a saúde pública brasileira é referência na América Latina. Vale destacar que tal aspecto se dá pelo fato da saúde ser tratada como direitos fundamentais garantidor da dignidade da pessoa humana, sem saúde não se pode falar em educação, trabalhos e tantos outros atributos indispensáveis para a vida.

Considerações finais

De fato, tratar de saúde, principalmente saúde pública num país de elevada extensão, como é o caso brasileiro não é tarefa fácil. Devido a nossa enorme diversidade social, cultural e econômica, as políticas públicas devem ser dotadas de particularidades para atender a demanda local.



Conforme podemos perceber no decorrer do trabalho, o poder legislativo é o responsável para elaborar as leis, entretanto ao executivo atribui a nobre missão de implementar as políticas públicas inerentes a saúde com estratégias modernas e eficientes, cabendo ao judiciário a garantia jurisdicional de sua execução.

Por último e não menos importante, o nosso ordenamento jurídico trabalha a questão da saúde com muito rigor e propriedade, o ponto mais crítico está na própria execução dos serviços. Por isso reiteramos a necessidade de políticas públicas voltadas na valoração da saúde brasileira.

Referências

1. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado. 5ª ed. São Paulo, Editora Método, 2015.
2. BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro, Campus, 2000.
3. BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
4. MARX, Karl. Trabalho Assalariado e Capital. 4ª edição, São Paulo, Global, 1987.
5. MAPELLI JUNIOR, R. Direito Sanitário. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012. P. 15
6. DALLARI, S. G.; NUNES JUNIOR, V. S. Direito Sanitário. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. P. 96
7. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 12 set 2017.
8. _____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 15 set 2017.
9. _____. Ministério da Saúde (MS). VIII Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final. Brasília: MS; 1985.
10. Cunha, Euclides da 1996b. À margem da história. Em A. Coutinho (org.), Euclides da Cunha obra Completa. Rio de Janeiro, Aguilar, vol. II.
11. FAORO, Raymundo. Os donos do Poder – Formação do patronato político brasileiro. Editora Globo, ed. 3, revista 2001, SP.