



Carlos E. F. Bartolomei, Mariana S. Carvalho, Maria Célia Delduque

SAÚDE,

DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

O Direito à Saúde como Direito Fundamental

A idéia de direito humano sempre esteve presente nas sociedades, seja por razões religiosas ou filosóficas. Portanto, faz-se aqui necessário conhecer a evolução da idéia de direito humano e de direito fundamental para que se possa compreender a moderna noção do Direito à Saúde.

O primeiro documento estatal a proteger os direitos fundamentais é da Espanha, concedido pelo Rei Afonso IX, nas cortes de Leão, em 1188, que, já na época, protegia os bens dos súditos tais como a vida, a honra e a propriedade. Porém, o mais famoso texto da Idade Média, que esboçava as linhas iniciais de garantia aos direitos fundamentais, foi a Magna Carta de João-Sem-Terra (*Magna Charta Libertatum*), elaborada no ano de 1215 na Inglaterra. Muito embora os direitos não fossem assegurados a todos os súditos, mas somente a classes privilegiadas, proprietárias de terras e capazes de ler em latim¹, o texto restringia o poder do monarca e apresentava as primeiras chamadas de garantia de direitos.

A partir de então e antes do liberalismo, começaram a surgir inúmeras declarações visando garantir aos súditos determinados direitos, como a liberdade de expressão e a liberdade política. Como exemplos ingleses desses documentos pode-se citar o Petition of Rights (Petição de Direitos) de 1668, Ata de Habeas Corpus de 1679 e Bill of Rights (Declaração de Direitos) de 1689. Embora a concessão dos direitos assegurados nessas declarações ficasse condicionada à vontade do Soberano, é indiscutível que houve um avanço, que faria das Revoluções Liberais do Século XVIII o marco inicial das reivindicações dos direitos humanos dos oprimidos contra os opressores e da constitucionalização dos direitos fundamentais.

Assim, os ex-colonos ingleses que viviam na América editaram suas declarações de direito e, do mesmo modo, os burgueses franceses, ao tomarem o poder político dos nobres, aprovaram sua declaração. A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, protegiam os direitos em uma acepção individualista, isto é, a função do Estado restringia-se apenas a proteger a propriedade e segurança dos indivíduos, e as relações sociais e econômicas desenvolviam-se sem a interferência estatal. Foi a fase da consagração dos direitos de liberdade.

No entanto, não era suficiente apenas garantir a liberdade formal dos indivíduos, era preciso avançar. Com a revolução industrial, iniciada em meados do século XIX, ficou evidente a necessidade de reconhecer certos direitos sociais derivados das reclamações resultantes dos problemas sociais e econômicos surgidos com a industrialização. Então, ao lado dos direitos individuais já garantidos pelo Estado Liberal, surge um novo elenco de direitos, os direitos sociais.

Após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo inteiro estremeceu-se com as atrocidades que levaram ao questionamento das condições humanas e à necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos, os Estados viram-se obrigados a dar sentido concreto aos direitos sociais. Tal movimento iniciou-se com a própria Organização das Nações Unidas (ONU) que, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, "fonte mais importante das modernas constituições" (SÜSSEKIND, 1986, p. 21), estabeleceu um vasto campo de dispositivos referentes aos direitos sociais, em especial à saúde, a saber:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A partir desses documentos declaratórios de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos de cada país tenderam a garantir internamente os direitos fundamentais (sem perder de vista a necessidade conjunta de internacionalização), sob uma perspectiva de generalização (extensão da titularidade desses direitos a todos os indivíduos). Fruto desse processo, a Constituição brasileira de 1988 é um marco no que tange à garantia dos direitos fundamentais. Em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - o texto constitucional relaciona os direitos fundamentais de primeira geração, passando pelos direitos de segunda geração, chegando aos de terceira geração².

Bobbio (1992, p. 21) assevera que os ditos direitos fundamentais, de primeira geração, consistem em liberdades; os direitos sociais, de segunda geração, consistem em poderes, que se realizam por intermédio da imposição de obrigações a outros, incluído o poder público; e os de terceira geração são os direitos individuais e coletivos inexistindo determinação de seus titulares. Schwartz (2003, p. 118) particulariza esta idéia com a saúde, esclarecendo que se enquadra nos três tipos a saber: saúde é um direito de primeira geração, caracterizado pela titularidade individual e pela possibilidade de ser oposto à vontade do Estado e que, por isso, torna-se um direito irrenunciável, indisponível e inalienável; a seu ver, é um direito de segunda geração porque está ligada a um pensamento preventivo e que, portanto, constitui uma vinculação direta e orgânica aos Poderes instituídos; e, finalmente, a saúde pode ser compreendida como direito de terceira geração, pois tanto diz respeito à individualidade como à coletividade, em uma idéia de direito difuso.

A Constituição Federal do Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana a um princípio fundamental. Este é o núcleo informador do ordenamento jurídico brasileiro e critério de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema instaurado em 1988. Ou seja:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. (BARROS, 1996, p. 141).

No entanto, para a realização do direito à saúde e demais direitos fundamentais não é suficiente que os mesmos estejam consagrados na Constituição; eles precisam ser vividos por todo indivíduo na sociedade e estarão tanto mais realizados quanto mais os indicadores sociais refletirem condições ideais de vida para todos.

Assim, as normas sobre direitos fundamentais se concretizam por intermédio do agir político, sobretudo em sua dimensão social. É fácil perceber que a efetivação desses direitos torna-se uma questão de operação sistêmica de uma política de direitos fundamentais e que se de um lado está o direito à saúde, constitucionalmente estabelecido, do outro está o dever do Estado em garantir o gozo desse direito à população, por intermédio da adoção de políticas públicas que têm como instrumentos de realização o arcabouço legal, a execução de ações e a eleição de prioridades.

Acepções dos termos direito e saúde

O Estado tem a missão de assegurar a dignidade da pessoa humana, por meio da concretização da igualdade em situações reais. Assim, no que se refere à saúde, direito humano e fundamental, deixa de ser mero garantidor de direitos e liberdades individuais, para ser protagonista de prestações positivas que são implementadas mediante políticas e ações estatais. A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, quando no preâmbulo de sua Constituição proclamou que "saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos", ofereceu a matriz embrionária ao ordenamento jurídico constitucional da atualidade, que acolheu o conceito sob dupla perspectiva: a individual, de busca de ausência de moléstia, e a coletiva, de promoção da saúde em comunidade. Essa confluência das duas dimensões, individual e coletiva do direito à saúde, é que permite estabelecer algum critério na diferenciação

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

das expressões geralmente utilizadas para se referir a esse tema: Direito à Saúde, Direito da Saúde e Direito Sanitário.

O **direito à saúde** pode ser conceituado como o valor ideal da experiência humana, tanto na dimensão individual como na coletiva, erigido a preceito constitucional.

Já o **direito da saúde** é conceituado como o conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades sanitárias estatais e definem os meios de que o Estado dispõe para concretizar esse direito, desde a definição dos aspectos organizacionais e operacionais do sistema de saúde, o estabelecimento da forma e dos critérios a serem observados na formulação e implementação das políticas de saúde até as normas específicas aplicáveis a bens e serviços de interesse à saúde. É o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde.

E, por fim, o **direito sanitário**, conceituado como o estudo interdisciplinar que permite aproximar conhecimentos jurídicos e sanitários. Em outras palavras, é a disciplina que estuda o conjunto de normas jurídicas que estabelecem direitos e obrigações em matéria de saúde.

É no escopo do direito da saúde que está o tratamento jurídico do tema em toda a sua complexidade de planos constitucional, legal, administrativo, regulatório, civil, penal e internacional. É a legislação em saúde, muito embora este termo tenha um sentido estreito que não alberga a acepção jurídica em toda a sua amplitude, como as fontes do direito, os usos e costumes, a interpretação da literatura doutrinária nem a sucessão convergente e coincidente de decisões judiciais ou de resoluções administrativas (jurisprudência).

Fundamentos do sistema de saúde brasileiro

Como dito, a Constituição da República do Brasil adotou o entendimento de que saúde é um direito advindo da condição de pessoa humana, independentemente de quaisquer outras condições, redundando na afirmação de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. O modelo de saúde adotado pela ordem jurídica brasileira trouxe um enfoque das ações de saúde pública, não mais com ações predominantemente curativas, mas com ações preventivas; doenças não têm somente causas biológicas, mas também causas sociais: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais. Além disso, o texto constitucional reconheceu a essência coletiva do direito à saúde, condicionando sua garantia à execução de políticas públicas:



(...) para a realização do direito à saúde e demais direitos fundamentais não é suficiente que os mesmos estejam consagrados na Constituição; eles precisam ser vividos por todo indivíduo na sociedade e estarão tanto mais realizados quanto mais os indicadores sociais refletirem condições ideais de vida para todos.

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.

Competência em matéria de saúde

“O Brasil é uma República Federativa, isto é, optou pela Federação como forma de organização político-administrativa” (SILVA, 1995, p. 101); o Federalismo, como expressão de Direito Constitucional, baseia-se na união de coletividades políticas autônomas que são: União, estados federados, Distrito Federal e municípios.

A Magna Carta descreve, expressamente, as competências de cada esfera de poder público. “Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear de Estado Federal” (SILVA, 1995, p. 454). No Federalismo, as competências são distribuídas, necessariamente, entre os entes públicos e podem se dar de maneira coordenada ou cooperada. Assim, no Federalismo cooperativo, os resultados buscados são comuns e do interesse de todos. A decisão tomada em escala federal é adaptada e

executada autonomamente pelo ente federado, adequando-a às suas peculiaridades e necessidades (BERCOVICI, 2002). Este tipo de repartição é chamado de competência concorrente e está previsto no artigo 24 da Constituição de 1988. Já no artigo 23, nas chamadas competências comuns, revela-se a cooperação. Nesta, a decisão é de todos, mas a execução se realiza separadamente, muito embora possa haver, no que se refere ao financiamento das políticas públicas, uma atuação conjunta. O Brasil é um exemplo de Federação em que a cooperação é obrigatória.

No que se refere às competências em matéria de saúde, observa-se que “a CF/88 não isentou qualquer ente federativo da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde” (DALLARI, 1995, p. 42). A atuação conjunta e coordenada entre União, estados, Distrito Federal e municípios é uma imposição constitucional. Portanto, a saúde — “dever do Estado” (artigo 196) — é responsabilidade constitucional de todos.

O SUS como instrumento para a aplicação das normas sanitárias

Como já exposto, a implementação do direito à saúde vincula-se intrinsecamente à elaboração e realização de políticas públicas. Para tanto, a Constituição previu instrumentos realizadores ou garantidores dessa implementação. O SUS, Sistema Único de Saúde, é o mais importante deles.

A criação constitucional desse sistema é uma vitória dos movimentos sociais de apoio à Reforma Sanitária, que acabaram sensibilizando um grupo de parlamentares membros da Assembléia Nacional Constituinte com a demonstração pungente da inadequação do sistema de saúde então vigente, que não conseguia enfrentar problemas sanitários, como: quadro de doenças de todos os tipos, baixa cobertura assistencial da população, ausência de critérios e de transparência dos gastos públicos etc. (WESTPHAL; ALMEIDA, 2001).

A partir dessa pressão social, a Constituição Federal de 1988 previu a estruturação das ações e serviços de saúde em um sistema único, o denominado Sistema Único de Saúde. A idéia de unidade afasta a possibilidade dos entes públicos componentes do SUS constituírem sistemas autônomos ou subsistemas de saúde. Aliás, a própria referência constitucional a um sistema de saúde já traz imediatamente a idéia de ordenação e unidade, ou seja, “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios que devem ser seguidos de forma unívoca pelas três esferas de governo” (CANARIS, 1996, p. 9). Para Afonso (1994, p. 360), o único programa setorial de descentralização que relativamente prosperou foi o da saúde.

O SUS tem as suas principais atribuições previstas no art. 200 da CF/88, que vão desde “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde” (inciso I) até “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (inciso VIII). “As suas atribuições têm como objetivo a promoção (eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos), proteção (prevenir riscos e exposições a doenças) e recuperação (atuar sobre o dano já existente) da saúde” (WESTPHAL, 2001, p. 36). Para alcançar essas metas, o SUS, por meio de sua direção em cada esfera governamental (secretários de Saúde, estaduais e municipais, e ministro da Saúde), deverá promover as políticas públicas necessárias, com determinada autonomia, até para destinar recursos para programas de saúde específicos.

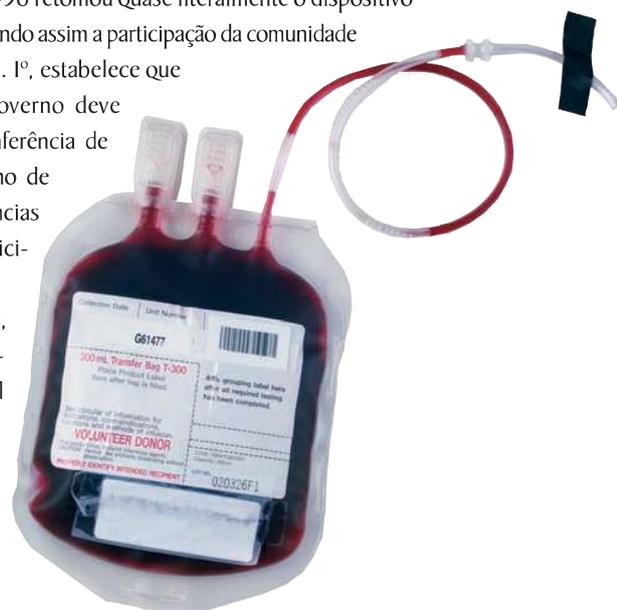
Participação da comunidade na aplicação das normas sanitárias - o controle social

A pressão dos movimentos sociais sanitários realizada no momento constituinte ensejou a introdução de novos instrumentos de participação social na formulação, execução e fiscalização das políticas públicas, em especial no que tange ao setor saúde. Em seu art. 198, a Constituição Federal de 1988, apoiando-se nesses ideais de democratização dos espaços decisórios, consagrou a ‘participação da comunidade’ como diretriz do SUS.

A Lei nº 8.080/90 reafirmou a participação da comunidade no SUS, porém teve seu art. II, que regulamentava esta participação, vetado pelo então Presidente da República Fernando Collor. O dispositivo estava inserido no capítulo “Da Organização, da Direção e da Gestão”, e o seu veto demonstrou a enorme dificuldade que existia (e ainda existe) para a implementação das conquistas da Reforma Sanitária já consagradas na Magna Carta.

A Lei nº 8.142/90 retomou quase literalmente o dispositivo vetado, regulamentando assim a participação da comunidade no SUS. Em seu art. 1º, estabelece que cada esfera do Governo deve contar com a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde como instâncias colegiadas de participação social.

Tem-se, assim, a tentativa de desdobramento inicial da previsão constitucional de construção de esferas de participação





social, com o objetivo de efetivar o princípio da democracia participativa no âmbito da saúde. A Constituição Federal de 1988 de forma tímida, porém concreta e incontestável, contempla tal princípio, ao dispor que "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (art. 1º, § único), além de prever, em outros dispositivos, a participação social na implementação de políticas públicas no que tange não só à saúde, mas à assistência social, à criança e ao adolescente, ao processo de organização das cidades etc.

Percebe-se, portanto, que "a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo espaço para a prática da democracia participativa" (BOAVENTURA, 2002 p. 33). Nesse contexto, surgem os conselhos de saúde.

"Não é um fenômeno novo no Brasil, nem exclusivo da área da saúde, porém não há na atualidade nada semelhante aos conselhos de saúde, com a sua expressiva representatividade social, atribuições e poderes legais, além da extensão de sua implementação, englobando as esferas municipais, estaduais e federal e, em alguns lugares, ainda há conselhos locais e regionais" (CARVALHO, 1995, p. 30-31) .

As competências legais básicas dos conselhos de saúde em todas as esferas encontram-se no art. 1º, § 2º, da Lei nº 8142/90, e podem ser divididas em dois grandes campos: a área de planejamento e controle, cujo tema principal é o do financiamento; e a área de articulação com a sociedade, como a atribuição de organizar as conferências de saúde, examinar denúncias e propostas populares, e também estimular a participação comunitária no controle da administração do SUS (Resolução nº 33/92, do Conselho Nacional de Saúde - CNS). As atribuições específicas de caráter executivo também estão na seara da competência legal dos conselhos, que cada vez mais participam na cadeia decisória da administração do SUS, como instância deliberativa e recursal.

Pelo exposto, parece claro que os conselhos de saúde significam hoje bem mais que uma prescrição legal de alcance duvidoso. Eles entraram em cena, trazendo consigo a estréia de alguns novos atores sociais. A sua existência e funcionamento possibilitam a participação sistemática de milhares de pessoas no debate e busca de soluções para os problemas de saúde.

É possível que hoje o número de conselheiros de saúde, dentre os quais os usuários são maioria, já se aproxime, talvez ultrapasse, o número de vereadores, o que configura uma situação inédita não só no setor saúde, mas no conjunto das políticas públicas (CARVALHO, 1995, p. 30-31).

Dessa forma, os conselhos de saúde são importante instrumento para a efetivação do SUS e para a garantia do direito à saúde a todos. Por meio de suas atribuições e poderes, esses órgãos podem intervir nas políticas estatais referentes à saúde, direta ou indiretamente, exigindo que o Estado atue quando omissivo e controlando as suas ações.

Construção do direito da saúde

É preciso que todos saibam que a saúde é direito fundamental individual e coletivo e não mera concessão do poder estatal ou palavras bonitas escritas na Constituição. É certo que a legislação sanitária brasileira é muito mais avançada que a situação fática do País, o que não invalida o paradigma do conceito de saúde amplo, que deve ser perseguido pelo esforço de todos os atores sociais e políticos comprometidos .

O SUS tem as suas principais atribuições previstas no art. 200 da CF/88, que vão desde "controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde" (inciso I) até "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho".

Referências:

AFONSO, José Roberto Rodrigues. Descentralização Fiscal: revendo idéias. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, v.15. n. 2, 1994.

BARROS, Suzane de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 141p.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de Políticas Sociais e o Federalismo Cooperativo Brasileiro. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3 n. 1, 2002.

BOAVENTURA, Sousa Santos (org.) *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 33.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 228 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.9-10.

CARVALHO, Antônio Ivo. *Conselhos de Saúde no Brasil: participação cidadã e controle social*. Rio de Janeiro: FASE/IBAM, 1995. p. 30-31.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. 133 p.

SCHWARTZ, Germano. Gestão Compartida Sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *A saúde sob os cuidados do Direito*. Passo Fundo: UPF Editora, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. II. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 101,454.

SÜSSEKIND, Armando. *Direitos Sociais na Constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1986. p. 21

WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). *Gestão de Serviços de Saúde: descentralização/municipalização do SUS*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 33.

¹ O texto da *Magna Charta Libertatum* era escrito em latim, somente vindo a ser traduzido para o inglês no século XVI.

² Classificação segundo a Teoria da Geração de Direitos, extraída dos ensinamentos de Norberto Bobbio.



Carlos E. F. Bartolomei é consultor BIREME/OPAS/OMS, editor executivo da Revista de Direito Sanitário/Journal of Health Law do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário e Núcleo de Pesquisas de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, bacharel em Direito, pós-graduando USP.



Mariana S. Carvalho é oficial de Chancelaria – Técnica de Cooperação Técnica Recebida Multilateral/CTRM da Agência Brasileira de Cooperação/ABC, do Ministério das Relações Exteriores/MRE, bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, especialista em Direito Sanitário pela Universidade de São Paulo, mestranda em Direito Público pela Universidade de Brasília.



Maria Célia Delduque é advogada do Núcleo de Direito Sanitário da Diretoria da Fundação Oswaldo Cruz em Brasília – DIREB/FIOCRUZ, especialista em Direito Sanitário pela Universidade de São Paulo, mestranda em Gestão e Planejamento em Meio Ambiente na Universidade Católica de Brasília.