

# A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*HEALTH AS A SOCIAL RIGHT IN THE 1988 BRAZILIAN CONSTITUTION*

---

*Mariana Siqueira de Carvalho<sup>(\*)</sup>*

## **RESUMO**

O artigo tem por finalidade estabelecer o contexto constitucional no qual se insere o direito à saúde. Para isso, verifica-se como os direitos fundamentais estão dispostos na Constituição Federal de 1988, como os direitos sociais fazem parte desse rol e, finalmente, como o direito à saúde foi, pela primeira vez, tratado como direito social fundamental no ordenamento jurídico nacional. Salienta-se, posteriormente, a necessidade de implementação do direito à saúde e alguns instrumentos realizadores, sem deixar de lado pontos polêmicos do tema proposto, como a aplicabilidade dos direitos sociais, a reserva do financeiramente possível e a importância de vontade política para a realização de políticas públicas.

## **Descritores**

Direito à saúde; Direitos Sociais; Direitos Fundamentais; Constituição Federal — Brasil; Política Social; Políticas Públicas.

## **ABSTRACT**

This article aims to establish the constitutional context in which the right to health is inserted. Therefore, the author verifies how the fundamental rights are set forth in the 1988 Brazilian Constitution, how social rights are part of this roll and, finally, how the right to health was, for the first time,

---

(\*) Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de São Paulo. Mestranda em Direito Público pela Universidade de Brasília. E-mail: [marianasiqcarv@hotmail.com](mailto:marianasiqcarv@hotmail.com)

Recebido em 15/3/2003. Aprovado em 05/05/2003.

regarded as a social fundamental right by the National Law. Further, the necessity to implement the right to health and some instruments to make it effective are highlighted, focusing on polemic topics on the subject proposed as well, like the matter of the applicability of social rights, the “financially able” reserve and the relevance of political will to implement public policies.

### **Key-words**

Right to health; Social Rights; Fundamental Rights; Constitution Brazil; Social Policies; Public Policies.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 é um marco no avanço democrático nacional. A sua elaboração é fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte caracterizada pela pluralidade e participação dos mais diversos atores sociais<sup>(1)</sup>. Em consequência, direitos, que anteriormente não eram assegurados pelo Texto Constitucional, foram erigidos a patamares nunca antes conquistados no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso do direito à saúde.

Pela primeira vez uma constituição brasileira prevê que a saúde é um direito fundamental social (art. 6º, CF/88) e que, para a sua implementação, devem ser promovidas políticas públicas. O art. 194, CF/88, ao conceituar seguridade social, a define como *“um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”* (grifei), o que demonstra o caráter transformador das novas regras de saúde pública, atentas à efetiva promoção, proteção e recuperação da saúde. Não há como negar que *“Entre as diretrizes políticas consolidadas pela Constituição Federal estão os fundamentos de uma radical transformação do sistema de saúde brasileiro”*<sup>(2)</sup>.

Dessa forma, a saúde objetivada pelo Estado Brasileiro não é meramente a ausência de doença na sua população. O que se quer é o completo bem-estar físico, mental e social do povo<sup>(3)</sup>, derivado de políticas públicas e reconhecido como um direito universal e igualitário<sup>(4)</sup>. Para se alcançar tais

---

(1) AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

(2) ALMEIDA, Eurivaldo S. *et al.* Políticas públicas e Organização do Sistema de Saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS. p. 33. In: WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). *Gestão de serviços de saúde*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 13-50.

(3) Conceito amplo da saúde, como foi estabelecido pela Organização Mundial de Saúde no preâmbulo de sua Constituição (1946): *“Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos”* e ratificado nacionalmente pela Lei Orgânica da Saúde.

(4) DALLARI, Sueli G. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 30.

metas trilhadas no campo da saúde, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Sistema Único de Saúde — SUS, definido pelo art. 4º, da Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde — LOS), como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos públicos, sem a exclusão da iniciativa privada.

É nesse contexto que se justifica a necessidade de aprofundar os estudos sobre o direito à saúde, como se pretende no presente trabalho, mesmo que de forma inicial e singela. O tema foi escolhido devido à sua relevância social, bem como pela possibilidade de se chegar, por meio da pesquisa proposta, a potenciais contribuições teóricas e práticas. A saúde vincula-se ao bem maior, a vida. Não há quem não perceba a imprescindibilidade de se voltar os estudos jurídicos para o campo interdisciplinar do Direito Sanitário.

Após a escolha do tema, foi realizado um levantamento modesto de obras relacionadas direta ou indiretamente ao tema. A pesquisa bibliográfica materializou-se em fichamentos, método eficaz para a apreensão de dados e idéias. Por fim, seguiu-se a redação final deste singelo trabalho, com a esperança de que seja apenas o início de uma pesquisa mais aprofundada e completa sobre o assunto.

### **1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A partir do processo de positivação dos direitos fundamentais, que teve como ponto culminante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>(5)</sup>, os ordenamentos jurídicos tendem 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, e não somente à “burguesia”)<sup>(6)</sup>.

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 desfia um rol desses direitos, que vão desde os direitos fundamentais de primeira geração (os ditos direitos negativos, ou individuais, como o direito à liberdade de profissão — art. 5º, XIII), passando pelos direitos de segunda geração (os direitos a prestações positivas ou direitos sociais, como o direito à saúde — art. 6º), até os direitos de terceira geração (os direitos difusos, como o direito ao meio ambiente saudável)<sup>(7)</sup>.

---

(5) ROIG, Rafael de A. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Debate, 1992. p. 36.

(6) Id. *Ibid.*

(7) Classificação segundo a Teoria da Geração de Direitos, extraída dos ensinamentos de Norberto Bobbio.

Entre as várias características dos direitos fundamentais (universalidade, inalienabilidade etc.), destaca-se, em princípio e para os fins do presente trabalho, a característica da vinculação dos Poderes Públicos<sup>(8)</sup>, entendida como: “os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado”<sup>(9)</sup>. A garantia e a realização dos direitos fundamentais é um dever do Estado, que não pode ser afastado sob pena de ofensa à Constituição. Tal vinculação é ampla, abrangendo legislador, governo/administração e tribunais, bem como as demais entidades públicas<sup>(10)</sup>. Essa visão atrela-se à idéia de que os direitos fundamentais são elementos limitadores do poder político, racionalizando a sua atuação e organização, para, dessa forma, proteger e garantir as liberdades e direitos dos indivíduos<sup>(11)</sup>.

Sob esse aspecto, chega-se à questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, convém, primeiramente, citar algumas Constituições estrangeiras<sup>(12)</sup>, numa tentativa de verificar como outros ordenamentos jurídicos conformam tal questão.

A Lei Fundamental alemã é clara ao afirmar em seu art. 1º, III, que “Os direitos fundamentais que seguem vinculam os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, como direito imediatamente aplicável” (grifei). Já a Constituição uruguaia, mais detalhista, dispõe que os direitos fundamentais “não deixarão de aplicar-se por falta de regulamentação respectiva (...)” (art. 332). Seguindo o mesmo entendimento, a Constituição Portuguesa determina que os direitos fundamentais “são diretamente aplicáveis (...)” (art. 18, I).

Por outro lado, a Constituição italiana, no que se refere aos direitos fundamentais sociais, declarou que as normas referentes são programáticas.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Apesar de o dispositivo estar subordinado ao art. 5º, sua abrangência não se limita aos direitos individuais, englobando todos os direitos fundamentais, inclusive e em especial os direitos sociais.

Dessa forma, “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas”<sup>(13)</sup>. Conclui-se que, de acordo com o Texto Constitucional, as normas definidoras de direitos fundamentais não são normas meramente programáticas, possuindo eficácia de pronto.

---

(8) Sobre as características dos direitos fundamentais ver, v. g., a 2ª parte do livro escrito por GONET, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direito fundamentais*.

(9) GONET, Paulo Gustavo. op. cit. p. 126.

(10) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 412-413.

(11) ROIG, Rafael de. op. cit. p. 43-45.

(12) As informações sobre tais constituições foram extraídas de KELLER, op. cit. p. 68-69.

(13) GONET, Paulo Gustavo. op. cit. p. 134.

Em última análise, a Constituição não é um simples ideário; é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas, em comandos. Segue, então, a mesma essência no que tange aos direitos fundamentais.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS

Primeiramente, cumpre observar que a previsão constitucional dos direitos sociais não se opõe aos direitos fundamentais de liberdade. Pelo contrário, os primeiros partem do mesmo princípio de garantia de liberdades, porém desenrola-se até a necessidade de assegurar também a igualdade social, que se via ameaçada com a falta de pressupostos sociais na efetivação sem limites das tais liberdades individuais<sup>(14)</sup>. Dessa forma, as Constituições atuais, além de prever os já tradicionais direitos fundamentais individuais, passaram a estabelecer também os direitos fundamentais sociais.

*A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, previu um capítulo só para os direitos sociais (Capítulo II — Dos Direitos Sociais). Em seu art. 6º, assim estabeleceu:*

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Entre as funções dos direitos fundamentais está a função de prestação social. *“Os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social”*<sup>(15)</sup>.

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos a prestações materiais (direitos a prestação em sentido estrito)<sup>(16)</sup>, isto é, exigem que o Estado aja prestando serviços ou atividades, para melhorar as condições de vida e o desenvolvimento da população, tentando atenuar desigualdades e moldar o país para um futuro melhor. O que se quer é um Estado ativo, interventor, implementador e transformador.

No entanto, a função de prestação social depara-se com três núcleos problemáticos, conforme lição do constitucionalista português *Canotilho*<sup>(17)</sup>: 1) os direitos sociais originários (a questão referente à possibilidade de

---

(14) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Verl. Gest., 1993. p. 74-75.

(15) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 384.

(16) GONET, Paulo Gustavo. op. cit. p. 145.

(17) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 384.

que as pretensões prestacionais dos particulares derivem diretamente das normas constitucionais); 2) os direitos sociais derivados (direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora e de exigir e obter participação igual nas prestações), e 3) a obrigatoriedade emanada da Constituição de vinculação dos poderes públicos a políticas públicas ativas. Sobre os primeiros dois núcleos, *Canotilho* afirma que é discutível a resposta aos problemas. Já sobre o terceiro, atesta que as normas consagradoras de direitos sociais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas<sup>(18)</sup>.

Sobre a *aplicabilidade dos direitos sociais*, já foi explicitado acima que os direitos fundamentais, sem distinção alguma, possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º. No entanto, não há como negar que a aplicabilidade imediata de determinados direitos sociais é de uma eficácia limitada, conforme classificação de *Silva*<sup>(19)</sup>. Para ele, tais direitos são emanados de normas de eficácia limitada, isto é, versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social.

Não se pode, contudo, afirmar que os direitos sociais são normativamente simples proposições programáticas políticas e não vinculantes<sup>(20)</sup>. A falta de condições fáticas (ou seria falta de vontade política?) para aplicá-las não condiz com os ditames extraídos da Magna Carta, na qual a dignidade humana impera como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

É bem verdade que os direitos sociais *“usualmente têm a sua eficácia plena condicionada a uma complementação do legislador”*<sup>(21)</sup>, porém esse condicionamento não pode ser visto como essencial para a aplicação da norma definidora de tais direitos no que couber. Ademais, a *“complementação do legislador”*, atualmente praticada de forma reiterada e exacerbada, confunde-se não poucas vezes com o fenômeno da *“inflação legislativa”* que *“cria a tendência do Direito Positivo em particularizar as relações sociais básicas, com a destruição de sua autenticidade e minando a sua identidade”* e, ainda e principalmente, causa *“um grande impacto no âmbito do Direito Positivo, comprometendo a efetividade de seus principais institutos, como, por exemplo, a legislação social e trabalhista (...)”*<sup>(22)</sup> (grifei).

---

(18) Id. Ibid.

(19) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 178.

(20) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. op. cit. p. 80.

(21) GONET, Paulo Gustavo. op. cit. p. 135.

(22) FARIA, José Eduardo *apud* KELLER, Arno Arnaldo. *O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo, LTr, 2001. p. 76.

Tal situação acaba gerando um outro fenômeno, o da transmutação, ou seja, a conversão de situações tradicionalmente consideradas políticas em situações jurídicas<sup>(23)</sup>, como se o Poder Judiciário fosse o grande implementador de políticas públicas, uma vez que a omissão do Estado em prestar serviços gera uma onda de demandas judiciais, cujo objeto irremediavelmente é a exigência de concretização das ações preceituadas no Texto Constitucional e muitas vezes já legisladas infraconstitucionalmente. A tensão entre o político e o jurídico acaba muitas vezes não cooperando para a efetivação dos direitos sociais, já que, ao não dialogarem, tentam, as duas esferas, produzirem soluções estanques, sem perceber que o Direito e a Política precisam se inter-relacionar para chegar a respostas concretas às questões de aplicabilidade dos direitos sociais.

No entanto, não há que se falar de ineficácia dos direitos fundamentais sociais quando ainda não há seu desdobramento infraconstitucional, como defende o jurista *Ingo Wolfgang Sarle*:

Constituindo, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, direito imediatamente aplicável, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (...), por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.<sup>(24)</sup>

Ainda sobre a aplicabilidade dos direitos sociais, convém destacar a questão da “reserva do financeiramente possível”<sup>(25)</sup> (*Vorbehalt des Möglichen*). Para a implementação dos direitos sociais, faz-se necessário um ajuste orçamentário que determine a destinação de recursos para a implementação de políticas públicas referentes àqueles. Na verdade, as previsões orçamentárias são importantes, mas não são os reais obstáculos da efetivação dos direitos sociais, uma vez que as mesmas dependem do quadro político de cada instante. O orçamento é construído de acordo com as vontades políticas do momento, que podem ou tender para o social ou para a satisfação de interesses econômicos. Esse, sim, que é o grande dilema.

Ao questionar “os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica”<sup>(26)</sup>, *Canotilho* sustenta que os custos dos

---

(23) MENDES, Gilmar F. *et. al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 205.

(24) SARLE, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Bancário*. Disponível em: <[www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional](http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional)>. Acesso em: 20 jan. 2003.

(25) Mendes refere-se a decisão paradigmática da Corte Constitucional Alemã sobre a “reserva do possível”. Op. cit. p. 205.

(26) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 451.

direitos sociais fazem com que essa visão persista. Por isso mesmo é que houve uma rápida adesão à *“construção dogmática da reserva do possível para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”*<sup>(27)</sup>.

No entanto, os direitos sociais possuem força imanente, já que dispõem de vinculatividade normativo-constitucional; servem de parâmetro de controle judicial; e geram medidas concretas e determinadas, que não são de livre disponibilidade do legislador, já que são imposições legiferantes<sup>(28)</sup>.

Em um país de dimensões e recursos naturais como o Brasil, é questionável o argumento da *“inexistência de recursos”* para a não-implantação das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais. A riqueza nacional é tamanha, basta apenas alinhá-la às conjunturas econômicas do momento, que devem andar de mãos dadas com as necessidades sociais da população. As disponibilidades materiais do Estado, quando bem direcionadas, permitem a realização de medidas práticas.

Conclui-se, assim, que *“nem a previsão de direitos sociais fundamentais na Constituição, nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização”*<sup>(29)</sup>. A importância dos chamados *“pressupostos de direitos fundamentais”*, quais sejam, *“as multiplicidades de fatores (...) que condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais”*<sup>(30)</sup>, é latente quando se quer alcançar a efetividade dos direitos sociais, já que *“a concretização destes direitos é indissociável de dimensões histórico-sociais, como, por exemplo, o enraizamento de associações e organizações de defesa de direitos sociais (...)”*<sup>(31)</sup>. Portanto, os inúmeros fatores condicionadores dos direitos sociais (situação econômica do país, grau de realização da cidadania, elaboração de políticas públicas etc.), atrelados ao contexto histórico-social, devem ser orquestrados para que, positivamente, possa-se realizar as mudanças necessárias no cenário da efetivação dos direitos.

### 3. DIREITO À SAÚDE

Após a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo inteiro restou estupefocado com as atrocidades sofridas que fizeram por fim questionar as

---

(27) Id. Ibid.

(28) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 452.

(29) SARLE, Ingo Wolfgang. op. cit.

(30) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 443.

(31) Id. Ibid. p. 444.



condições humanas e a necessidade de garantia efetiva dos direitos humanos, os Estados viram-se obrigados a reconhecer os direitos sociais.

Tal movimento iniciou-se com a própria Organização das Nações Unidas — ONU, que na Declaração Universal dos Direitos Humanos — DUDH (1948), “*fonte mais importante das modernas constituições*”<sup>(32)</sup>, 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 a 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.

Antes disso, mas já sob os efeitos do pós-guerra, a ONU incentivou a criação de órgãos especiais para garantir direitos essenciais do homem. É o caso da saúde que, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde — OMS<sup>(33)</sup>. No preâmbulo de sua Constituição, a OMS assim conceituou saúde: “*Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos*”, deixando claro, mais adiante, que “*a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano*” (grifei).

Seguindo esse entendimento, as Constituições europeias do pós-guerra afirmaram constitucionalmente o direito à saúde. A Constituição Italiana (1947) “*protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes*” (art. 32). A Constituição Portuguesa (1976, e posteriores revisões) garante que “*todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover*” (art. 64). Por fim, a Constituição Espanhola (com o referendo do povo em 1978) “*reconhece o direito à proteção da saúde*”<sup>(34)</sup>. As quatro constituições evocadas relacionaram o direito à saúde à seguridade social<sup>(35)</sup>.

O Brasil sofreu tardiamente os efeitos referentes aos direitos sociais trazidos pelo pós-guerra. Como *Dallari* assinalou, “*no Brasil a incorporação constitucional dos direitos sociais foi sobremaneira lenta*”<sup>(36)</sup>.

Fazendo um breve histórico do direito à saúde no contexto jurídico-constitucional brasileiro, observa-se que as constituições de 1891 e 1824

---

(32) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na Constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 21.

(33) DALLARI, Sueli G. op. cit. p. 19.

(34) Informações sobre as Constituições europeias extraídas de DALLARI, Sueli G. op. cit. p. 22.

(35) SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 299.

(36) DALLARI, Sueli G. op. cit. p. 22.

não mencionam expressamente o direito à saúde<sup>(37)</sup>, apesar de, já naquela época, o país sofrer grandes problemas de saúde pública, causados por epidemias de doenças infecto-contagiosas, como malária, varíola, febre amarela, peste bubônica, cólera, tuberculose, hanseníase, parasitoses etc., combatidas apenas pelo modelo hegemônico de saúde da época, o sanitarrismo campanhista<sup>(38)</sup>.

As demais constituições apenas referiam-se à saúde no que tange à competência dos entes federativos de legislar sobre defesa e proteção da saúde, além de estabelecer e executar planos de saúde. Ainda não se enxergava a saúde como um direito fundamental social.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira dentre as constituições brasileiras a garantir o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”<sup>(39)</sup>. Tal previsão encontra-se no art. 6º, entre os demais direitos sociais.

O conceito jurídico de saúde deve ser compreendido numa análise sistemática da própria Constituição, sem perder de vista a noção de saúde como completo bem-estar, de acordo com a idéia traçada pela OMS<sup>(40)</sup>. A Lei Maior vinculou a sua existência à observância de princípios, em especial o princípio da igualdade, já que é um direito que deve ser reconhecido igualmente a todo o povo<sup>(41)</sup>.

Para a sua realização, o Texto Constitucional dispõe, dentro da ordem social, os contornos da seguridade social, na qual são englobadas ações destinadas a assegurar o direito à saúde, financiadas por toda a sociedade, de forma direta ou indireta (art. 194). Essas ações são concretizadas 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. 196) (grifei), e organizadas em um sistema integral e descentralizado denominado Sistema Único de Saúde — SUS (art. 198). Incorporou conceitos, princípios e uma nova lógica de organização da saúde, a saber:

- O conceito de saúde entendido numa perspectiva de articulação entre políticas econômicas e sociais.
- A saúde como direito social universal, derivado do exercício da cidadania plena e não mais como direito previdenciário.

---

(37) ROCHA, Julio C. de S. *Direito à saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 39.

(38) WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). op. cit. p. 21-22.

(39) SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 298.

(40) ROCHA, Julio C. de S. op. cit. p. 45.

(41) DALLARI, Sueli G. op. cit. p. 30-31.

- A caracterização dos serviços e ações de saúde como de relevância pública.
- Criação de um Sistema Único de Saúde (descentralizado, com comando único em cada esfera de governo, atendido integral e participação da comunidade).
- Integração da saúde na Seguridade Social.<sup>(42)</sup>

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 definiu um arcabouço jurídico para a promoção imediata do direito à saúde, deixando apenas alguns pontos para serem conformados pela legislação infraconstitucional.

A Lei Orgânica da Saúde, de 19 de setembro de 1990, “*dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”, regulando as ações e serviços de saúde em todo o território nacional (art. 1º). Um aspecto importante da LOS é a relação que faz entre a saúde e outros fatores, demonstrando, de acordo com o amplo conceito de saúde proposto pela OMS, que o bem-estar físico, mental e social de um povo depende de outras variáveis que não a mera ausência de doença:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Esse dispositivo torna claro que, para garantir o direito à saúde, é preciso realizar um enorme espectro de políticas públicas, que vão desde a implementação dos serviços de saúde propriamente dita, até a realização de ações relacionadas ao lazer da população.

Ademais, o direito à saúde é garantido por uma “*pluritutela normativa*”, isto é, por uma “*intensa proteção em diferenciados microssistemas jurídicos*”, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Patentes (Lei n. 9.279/96), Código de Trânsito Brasileiro etc.<sup>(43)</sup>

#### **4. IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Como já exposto, a implementação do direito à saúde vincula-se intrinsecamente a elaboração e realização de políticas públicas. Para tanto, a

---

(42) WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). op. cit. p. 31.

(43) ROCHA, Julio C. de S. op. cit. p. 52-53.

Constituição previu instrumentos realizadores ou garantidores dessa implementação.

#### 4.1. Sistema Único de Saúde

A criação constitucional do Sistema Único de Saúde 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.<sup>(44)</sup>

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 — SUS, com as seguintes diretrizes constitucionais: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198).

O sistema é denominado “único” porque as diretrizes e princípios estabelecidos na Constituição devem ser seguidos de forma unívoca pelas três esferas de governo. Por ser um sistema, caracteriza-se como “*um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum*”<sup>(45)</sup>. Tem como princípios doutrinários a universalidade, eqüidade e integralidade; quanto à sua organização, rege-se pelos princípios da regionalização, hierarquização, resolutividade, descentralização e participação dos cidadãos<sup>(46)</sup>.

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*” (inc. I) até “*colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho*” (inc. VIII). As suas atribuições têm como objetivo a promoção (eliminar ou controlar as causas da doenças e agravos), proteção (prevenir riscos e exposições a doenças) e recuperação (atuar sobre o dano já existente) da saúde<sup>(47)</sup>. 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 a programas de saúde específicos.

#### 4.2. Serviços de Relevância Pública — A Atuação do Ministério Público

A previsão de ações e serviços de “relevância pública” foi pela primeira vez inserida no Texto Constitucional de 1988. Como ainda carece de

---

(44) WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). op. cit. p. 33.

(45) Id. Ibid. p. 35.

(46) Id. Ibid. p. 35-38.

(47) Id. Ibid. p. 36.

experiência jurisprudencial, suscita dúvidas a respeito do seu conceito, abrangência e finalidade. A doutrina tenta defini-la, mas ainda é difícil criar contornos absolutos para a sua conceituação<sup>(48)</sup>.

A partir de uma relação entre os princípios constitucionais e a “relevância pública”, chega-se à conclusão de que “*Tudo o que se referir à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, à promoção do bem comum e à erradicação da pobreza são serviços de relevância pública, pois ligados diretamente aos princípios constitucionais elencados nos arts. 1º e 3º*”<sup>(49)</sup>.

O Ministério Público tem como uma de suas funções institucionais “*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*” (art. 129, II, CF/88) (grifei). Para cumprir tal função, serve-se o Ministério Público de algumas ferramentas, dentre elas a Ação Civil Pública, que em *ultima ratio* pode proteger e fazer valer qualquer direito da coletividade.

O art. 6º da CF/88 estabelece que a saúde é um direito social, isto é, é um direito que deve ser assegurado como também promovido pelo Estado. De acordo com o seu art. 197, as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Ora, interpretando sistematicamente os preceitos constitucionais, chega-se à constatação de que a saúde (art. 196, *caput*) é um direito de todos e um dever do Estado, devendo o Ministério Público, em caso de inércia, insuficiência ou erro do governo, efetivar a sua correta implementação por meio de instrumentos próprios.

Dentre esses meios, a Ação Civil Pública mostra-se eficaz para a defesa de tal direito, garantindo aos cidadãos brasileiros serviços de saúde de acordo com os princípios que regem o Sistema Único de Saúde, tais como: universalidade do acesso, equidade, integralidade, resolubilidade, descentralização da administração, etc. O sistema tradicional de ações individuais gera sérias distorções e acaba por não garantir o equânime acesso ao SUS. Por seu efeito geral e uniformizador, a ACP evitaria tratamentos e resultados desiguais à sociedade brasileira.

Por outro lado, o Ministério Público também atua como potencializador do controle social, já que defende o direito à saúde também em conjunto com os conselhos de saúde, gerando resultados positivos no que tange à fiscalização das ações e omissões estatais.

---

(48) Devido a essas dificuldades, a representação brasileira da Organização Panamericana de Saúde – OPAS realizou uma Oficina de Trabalho destinada à discussão do conceito constitucional de relevância pública, com a participação de juristas e membros do Ministério Público Estadual e Federal. O produto dessa oficina foi a publicação da seguinte obra: DALLARI, Sueli G. et al. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: OPAS, 1994. (Série Saúde e Direito n. 1.)

(49) ARAÚJO, Luís A. D. *O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal de 1988*. In: DALLARI, Sueli G. et al. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: OPAS, 1994. (Série Saúde e Direito n. 1.) p. 19.

No relatório final da XI Conferência Nacional de Saúde, cujo tema era “Efetivando o SUS: Acesso, Qualidade e Humanização na Atenção à Saúde com Controle Social”, os delegados, “2500 homens e mulheres de diferentes classes sociais, credos, idades, raças e etnias de todas as regiões do país”, destacaram a importância do Ministério Público e a sua responsabilidade na garantia de um SUS conforme a Constituição, bem como a necessidade de aproximação e cooperação entre os órgãos de gestão do SUS, em especial os Conselhos de Saúde, e os promotores/procuradores.

Sabedores do seu real papel na área da saúde, em 1998 o Ministério Público tornou público o seu compromisso com o SUS por meio da “Carta de Palmas em Defesa da Saúde”, assinada por todos Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil. Neste documento, dentre várias conclusões, foi instituída uma “Comissão Permanente da Defesa da Saúde” e em seu âmbito foi organizado um “Cadastro Nacional de Ações Cíveis Públicas e Coletivas” decorrentes da tutela da saúde. Recomendou-se também a instituição de Promotorias de Defesa da Saúde ou órgão equivalente.

A vinculação explícita que o Texto Constitucional faz entre a atuação do Ministério Público e a garantia de zelo e respeito aos serviços de relevância pública garante, como visto, a concretização do direito à saúde.

#### *4.3. Conselhos de Saúde*

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 nestes ideais de democratização dos espaços decisórios, consagrou a “participação da comunidade” com diretriz do SUS.

A Lei n. 8.080/90 reafirmou a participação da comunidade no SUS, porém teve seu art. 11, 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 n. 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”* (grifo nosso) (art. 1º, parágrafo 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”*<sup>(50)</sup>.

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<sup>(51)</sup>.

As competências legais básicas dos conselhos de saúde em todas as esferas encontram-se no art. 1º, § 2º, da Lei n. 8.142/90, 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 n. 33/92, do 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 entram em cena, trazendo consigo a estréia de alguns novos atores sociais e de milhares de novos atores individuais. 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, entre 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<sup>(52)</sup>.

---

(50) SANTOS, Boaventura de S. op. cit. p. 65.

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

(52) Id. Ibid. p. 91-92.

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 omissos e controlando as suas ações.

## 5. CONCLUSÃO

De acordo com números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, 92% dos municípios brasileiros não realizam nenhum tratamento de esgoto, que acaba sendo lançado aos rios, contaminando a água que depois será captada para consumo; 53% dos municípios não têm coleta de lixo em domicílio e 60% do lixo recolhido vai para lixões a céu aberto.

Já de acordo com informações divulgadas pela Organização dos Estados Americanos — OEA, 30,3% da população brasileira não têm acesso à água potável e 26,6% não têm acesso a serviços sanitários. A mortalidade infantil é de 57 por mil, um dos mais altos índices da América<sup>(53)</sup>.

Esses dados sobre as condições de vida no Brasil refletem o quanto é importante estudar o direito à saúde, com o fulcro de estabelecer os seus contornos para se alcançar uma maior aplicabilidade.

O direito à saúde, como qualquer direito fundamental, possui aplicabilidade imediata, mesmo que essa aplicabilidade não seja, de pronto, a mais ampla possível, pois depende, em alguns aspectos, da conformação do legislador infraconstitucional, do “financeiramente possível”, da vontade política de cada situação espaço-temporal, dentre outros fatores determinantes.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 previu normas suficientes para garantir que o direito à saúde não fique à espera desses elementos condicionadores para começar a se efetivar. Além de defini-lo como direito fundamental social (art. 6º), o Texto Constitucional estabeleceu no capítulo sobre a ordem social os dispositivos necessários para a sua implementação, definindo posições, tais como: a integração regionalizada e hierarquizada das ações e serviços de saúde num sistema único; a caracterização das ações e serviços como “de relevância pública”, gerando maior disposição do Poder Público em executá-los e fiscalizá-los; e a participação da comunidade, creditando ao cidadão brasileiro a função não só de controlar ações (e omissões) estatais referentes à saúde, mas também de intervir na criação de políticas públicas e aplicação dos fundos destinados ao setor.

Assim, o direito à saúde, inserido no Texto Constitucional por meio da brava luta dos movimentos sociais sanitários, e concretizado a duras penas

---

(53) Dados extraídos de ROCHA, Julio C. de S. op. cit. p. 93.



pelas três esferas de governo, com o auxílio permanente da sociedade civil, é um grande passo que vem sendo dado para a realização de uma sociedade mais justa e equânime. A dignidade humana, sendo princípio fundamental do Estado, só pode ser efetivamente conquistada quando o povo brasileiro alcançar os níveis de saúde propostos pelos organismos internacionais, riscando das estatísticas os números apresentados acima.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Verl. Gest., 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

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

\_\_\_\_\_ et al. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: OPAS, 1994. (Série Saúde e Direito n. 1.)

KELLER, Arno Arnaldo. *O descumprimento dos direitos sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo: LTr, 2001.

MENDES, Gilmar F. et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

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

ROIG, Rafael de A. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Debate, 1992.

SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLE, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Bancário*. Disponível em: <[www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional](http://www.direitobancario.com.br/artigos/direitoconstitucional)>. Acesso em: 20 jan. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direitos sociais na Constituinte*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

WESTPHAL, Márcia F.; ALMEIDA, Eurivaldo S. (Orgs.). *Gestão de Serviços de Saúde*. São Paulo: Edusp, 2001.