

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

**O DIREITO À SAÚDE E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UMA
ANÁLISE HISTÓRICA**

Maria Cristina Buschinelli Góes de Carvalho Carneiro

São Paulo – SP
2016

MARIA CRISTINA BUSCHINELLI GÓES DE CARVALHO CARNEIRO

**O DIREITO À SAÚDE E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UMA
ANÁLISE HISTÓRICA**

Monografia de final de curso apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, Departamento de Direito Público para o programa de especialização em Direito – área de concentração Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação da Profa. Dra. Mônica de Melo.

**SÃO PAULO
2016**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Data da aprovação:

Banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Mônica de Melo.

São Paulo
2016

Para minha filha, que tem todo o meu AMOR

Agradecimentos

Para o SER MAIOR

Para os meus Amigos, pelo apoio, pela paciência e tolerância

Para Kátia Alves da Silva

Para a Profa. Ms. Júlia Porto

Para a Orientadora Profa. Dra. Mônica de Mello

SUMÁRIO

Página

Introdução.....	01
1. O direito à saúde na história.....	03
2. O direito à saúde no Brasil Colonial.....	06
3. O Brasil Colônia e o Direito.....	08
4. A primeira Constituição Brasileira de 1824.....	10
5. O direito à saúde no Império.....	11
6. A segunda Constituição Brasileira de 1891.....	13
7. O direito à saúde na Primeira República.....	14
8. A terceira Constituição Brasileira de 1934.....	18
9. A quarta Constituição Brasileira de 1937.....	21
10. O direito à saúde na era Vargas.....	23
11. A quinta Constituição Brasileira de 1946.....	26
12. O direito à saúde na Constituição de 1946.....	27
13. A sexta Constituição Brasileira de 1967.....	30
14. A sétima Constituição Brasileira de 1969.....	32
15. O direito à saúde nos governos militares.....	33
16. A oitava Constituição Brasileira de 1988.....	36
17. A saúde após a Constituição de 1988.....	38
18. Os direitos sociais e as demandas por saúde.....	40
19. O princípio da reserva do possível e o mínimo existencial.....	42
20. Considerações Finais.....	50
Referências Bibliográficas.....	52

RESUMO

O objetivo desse texto é estabelecer conexões entre o processo de saúde e os textos constitucionais brasileiros. Primeiramente, serão abordados aspectos da saúde no decorrer da história, e em especial, na história do Brasil, inicialmente enquanto Colônia e posteriormente no período imperial e no republicano, até chegar na Constituição de 1988. Pretende, também, pontuar os aspectos relacionados com a saúde, primeiramente na Constituição brasileira imperial de 1824, e a seguir na outras Constituições brasileiras do período republicano, ou seja, a de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967, a de 1969 e posteriormente a de 1988.

A seguir, analisa alguns aspectos dos direitos sociais surgidos no século XX e as posteriores demandas por saúde, evidenciadas por toda a população do Brasil, de modo geral.

Apresenta ainda, um breve histórico do Princípio da Reserva do Possível e também do Mínimo Existencial e sua relação com os julgados e a pertinência dessas temáticas em relação às demandas judiciais por saúde.

Pretende, também, pontuar aspectos relativos ao processo de saúde na atualidade, indicando as relações extremamente polêmicas relativas à saúde e o direito. Conclui, evidenciando que a temática é abrangente cabendo mais estudos relacionados à área.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à saúde, Saúde e Constituições brasileiras, História da saúde e constituições.

ABSTRACT:

This text has a purpose of establish connections about helth process in the history and Brazilians Constitutions.

First it will fix health aspects on the historic process in the world. After, it will tell about the Brazilian history – since Portuguese possession with specific laws, and inthe Kings period and Republican period, until 1988, in the XX Century, when Brazil had the last Constitution.

By the way, also intend to say about health aspects and historic facts about the diferente Brazilian Constitutions – 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 and the last one in 1988.

After, to explain some social aspects of rights borned in XX Century, after the Second World War.

Next, it also explains about the Principle “da Reserva do Possível” and “Mínimo Existencial”, and its relationships with the health disputes at Justice Courts.

The conclusion indicate the modern disputes and aspects between the health and the law.

O DIREITO À SAÚDE E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

“Investigação do entendimento agradável e útil. Desde que o entendimento situa o homem acima dos outros seres sensíveis e dá-lhe toda vantagem e domínio que tem sobre eles, consiste certamente num tópico, ainda que, por toda nobreza, merecedor do nosso trabalho de investigá-lo. O entendimento, como o olho, que nos faz ver e perceber todas as outras coisas, não se observa a si mesmo; requer arte e esforço situá-lo a distância e fazê-lo seu próprio objeto. Quaisquer que sejam as dificuldades que estejam no caminho desta investigação, por mais que permaneçamos na escuridão sobre nós mesmos, estou seguro que toda a luz que possamos lançar sobre nossas mentes, todo conhecimento que possamos adquirir de nosso entendimento, não será apenas muito agradável, mas nos trará grande vantagem ao orientar nossos pensamentos na busca de outras coisas”.

Locke. Ensaio sobre o entendimento humano. Introdução.

INTRODUÇÃO

O estudo das relações entre saúde e direito tem preocupado inúmeros pesquisadores na época atual. Pode-se considerar que o crescimento de estudos nesta temática é consequência do espaço fecundo para a reflexão do caráter social do processo saúde-doença, além do pensar crítico da intersecção entre o natural, no sentido biológico, o social, no sentido do processo produtivo e inserção do homem na sociedade e também o legal, no sentido das especificidades das legislações em vigor no Brasil.

Foi após a Constituição Federal de 1988 que essa problemática ganhou força, pois foi a partir daí a criação do Sistema Único de Saúde, situando a questão saúde (tanto no âmbito da saúde coletiva como individual) dentro de um espaço eminentemente político e legal. No caso brasileiro, várias vertentes têm contribuído para a conformação das reflexões e estudos nessa área de saúde: a produção científica produzida nos Departamentos de Medicina Preventiva e Social das Faculdades de Medicina, que direcionou um novo “olhar” para a Medicina Social; a priorização dessas temáticas por parte de importantes setores do movimento sindical de trabalhadores ou mesmo da sociedade civil organizada, mais atenta aos “direitos” em relação à sua saúde; o sistema jurídico institucional, principalmente dos tribunais superiores que começaram a julgar casos emblemáticos relativos aos assuntos de saúde coletiva ou individual, especialmente divulgados pela mídia escrita, falada ou televisiva.

Nos anos 90 do século passado, a tão esperada Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080 de 1990 veio colaborar decisivamente para as novas realidades determinadas pela Lei Maior. Em complementação, foi promulgada a Lei nº 8.142, também de 1990, que destaca de forma específica o “controle social” das populações em relação à saúde

Deste modo, o estudo das relações entre saúde e direito se coloca no dia a dia das pessoas. O objetivo desse texto é estabelecer conexões entre o processo de saúde e os textos constitucionais brasileiros. Primeiramente, serão abordados aspectos da saúde no decorrer da história, e em especial, na história do Brasil, inicialmente enquanto Colônia e posteriormente no período imperial e no republicano, até chegar na Constituição de 1988. Pretende, também, pontuar os aspectos relacionados com a saúde, primeiramente na Constituição brasileira imperial de 1824, e a seguir na outras Constituições brasileiras do período republicano, ou seja, a de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967, a de 1969 e posteriormente a de 1988.

A seguir, analisa alguns aspectos dos direitos sociais surgidos no século XX e as posteriores demandas por saúde, evidenciadas por toda a população do Brasil, de modo geral.

Apresenta ainda, um breve histórico do Princípio da Reserva do Possível e também do Mínimo Existencial e sua relação com os julgados e a pertinência dele em relação às demandas judiciais por saúde.

Pretende, também, pontuar aspectos relativos à saúde na atualidade, indicando algumas posições de juristas relacionadas às polêmicas relativas à saúde e o direito.

O objetivo de historicizar as relações entre constituições brasileiras e o desenvolvimento do processo de saúde, se deve principalmente pela grande exposição de casos individuais e coletivos relativos à saúde pela mídia falada e escrita, na atualidade, além do crescente judicialização dos fatos de saúde por grande parte da população. Dessa forma, o que se observa é que os juízes e tribunais superiores julgam casos dessa categoria com extrema frequência, o que anteriormente, isto é, antes da promulgação da Constituição de 1988 era pouco observado.

Nesse aspecto, também se deve evidenciar a crescente importância da “ideologia” dos direitos sociais, amplamente divulgados pelos meios de comunicação de massa, inclusive os virtuais. As pessoas, enquanto cidadãos, consideram que podem e devem assumir a postura de reivindicar direitos, tal como determina a lei.

1. O PROCESSO DE SAÚDE NA HISTÓRIA

“Por essas linhas a Escola de Salerno deseja
 Toda a saúde ao Rei dos Ingleses e aconselha
 A mente mantenha livre de cuidados, e da ira o coração,
 Não beba muito vinho, ceie pouco levante cedo,
 Depois de comer, ficar sentado causa danos;
 Depois do almoço, mantenha aberto seus olhos.
 Quando sentir as necessidades da natureza,
 Não as retenha, pois isso é muito perigoso,
 E use ainda três médicos, primeiro o Doutor Descanso,
 Depois o Doutor Alegria, e o Doutor Dieta.”
 Regimento de Saúde de Salerno.
 (*Regimen Sanitatis Salernitanum*)
 Poemas do Século XII.
 George Rosen. Uma história da saúde pública.

As relações da saúde nas antigas civilizações sempre foram importantes. É conhecida a relação da água na qualidade de vida dos povos antigos, que produziram muito conhecimento e obras, tal como ocorreu com os romanos, nos espaços por onde passaram. Na Grécia, os ensinamentos de Hipócrates (aproximadamente 460 a. C.), hoje chamado “o pai da Medicina” se direcionavam para as causas das doenças e de sua cura, que estavam associadas à alimentação, ao clima, às características da região, ao modo de vida, à idade, ao sexo da pessoa, e também, ao equilíbrio da *physis*, que incluía todos os seres vivos e todas as coisas existentes. Tal conceito avança violentamente no nosso tempo, incluindo variáveis extremamente importantes e inimagináveis para um bom período da história.

O médico romano Cláudio Galeno (aproximadamente 120 a 200 d. C.), considerado o mais importante médico do Império romano, em sua obra “Da conservação da saúde”, especificou que a medicina se dividia em higiene e terapêutica, entendendo-se, dessa forma, que a primeira seria a arte de estar saudável e prevenir doenças e a segunda, as formas de tratamento das doenças. Os romanos, a partir da herança grega, e também priorizando a manutenção de um império cada vez mais expandido, estabeleceram muitos projetos voltados à higiene pública. Desse modo, drenaram pântanos, rebaixaram lençóis d’água, criaram latrinas e sanitários públicos equipados em água corrente. Os banhos públicos eram um símbolo da preocupação nas cidades romanas em relação à higiene. Em

tempos áureos, Roma, a sede do império possuía quatorze aquedutos ligados às inúmeras nascentes situadas até cem quilômetros de distância. Os sistemas de água em esgoto nas regiões conquistadas também foram importantes, como nos imensos palácios de Herodes na Cesareia ou Terra Santa (ROSEN, 1994, p.43) e a estrutura do Aqueduto de Segovia, na Espanha, que continua parcialmente em uso.

Nesse sentido, a prática médica individual era relegada para segundo plano, segundo relatos de historiadores, tal como relata a escritora inglesa Taylor Caldwell no livro *Médico de Homens e de Almas*, relatando a história de Lucano.

Os relatos mais abrangentes que chegaram aos nossos dias sobre o suprimento de água de Roma, deve-se a um relato interessante de Sexto Júlio Frontino (aproximadamente nos anos 40 – 104 d.C.). Durante a gestão que serviu como Cônsul e como governador da Bretanha, sob o jugo do imperador Neva, preparou um livro chamado *De Aquis urbis Romae* (os aquedutos da cidade de Roma). Trata-se de um importante relato sobre administração e saúde, evidenciando que havia uma preocupação com a limpeza das cidades e com a remoção das doenças. (ROSEN, 1994, p.41)

Não obstante os inúmeros cuidados, as epidemias apareciam e muitas vezes, pelas descrições existentes, não é possível distinguir-se entre patologias como tifo exantemático, peste bubônica ou varíola, nas descrições da época.

Na Idade Média, os problemas de saúde eram tratados em termos mágicos e religiosos. Com a queda do Império romano, o Império Bizantino prevaleceu, porém, conservou a tradição e a cultura de Roma; dessa forma, a perspectiva do mundo clássico pode sobreviver no ambiente medieval, que perdurou cerca de um mil anos (aproximadamente 500 a 1500 d. C.). Os mosteiros da Igreja Católica romana tornaram-se refúgios importantes do saber. O conhecimento de higiene e saúde penetrou nessas comunidades monásticas, que começaram a ter água encanada, latrinas apropriadas, aquecimento, ventilação específica nas celas dos monges, entre outras “modernidades”. Esses mosteiros ou casas religiosas também serviam como hospedaria para os viajantes, já que este ato representava uma demonstração de caridade cristã. (ROSEN, 1994, p.53)

Nas cidades medievais, que tiveram origem junto aos mosteiros, ao redor dos castelos medievais dos senhores feudais, ou das catedrais, o abastecimento de água se apresentou como uma tarefa urgente a ser organizada. No início se faziam poços ou cisternas ou mesmo usava-se fontes naturais, que foram se escasseando, demandando novas soluções. Outros problemas se apresentavam, como o destino do lixo – importante desafio técnico até nos dias atuais – pois na época, havia a criação de animais, como porcos, gansos, patos

ao redor das casas, o que ocasionava relevância para a destinação do lixo das ruas, inclusive com os excrementos dos animais. Importante evento foi o início da pavimentação das ruas com a finalidade de mantê-las limpas, como ocorrido em Paris (França), em 1185, em Praga (atual República Tcheca), em 1331, em Nuremberg (atual Alemanha), em 1368, Basileia (atual Suíça), em 1387, Augsburg (Alemanha), em 1416. (ROSEN, 1994, p.56)

Apesar de cuidados preventivos rústicos, as doenças impregnaram a mente do homem medieval – era o medo das pestes. Tem-se notícias de pelo menos duas importantes epidemias: a peste de Justiniano (aproximadamente em 543) e a Morte Negra (aproximadamente em 1348). Além disso, surtos de patologias pode-se identificar pelos documentos existentes nos nossos dias, tais como: lepra, peste bubônica, varíola, difteria, sarampo, influenza, tuberculose, escabiose, erisipela, tracoma, antraz, entre outras.

Vários documentos relatam a lepra como sendo um importante problema de saúde, tanto social como sanitário, provavelmente em decorrência dos deslocamentos de populações resultantes das Cruzadas.

O indivíduo leproso era considerado socialmente morto, e por ser uma doença incurável, o doente deveria vestir uma mortalha, era lida uma missa solene como que para os mortos e ele era banido da sociedade, jogando-se terra sobre o doente. Tal relato foi encontrado em uma novela inglesa do século XIV chamada “A mão dourada”, de Edith Simon. Por essa época, os doentes leprosos deveriam usar trajes específicos, usar um badalo ou sino ou corneta para avisar de sua aproximação, eram proibidos de aparecer nos mercados ou entrar em hospedarias e tavernas ou até mesmo em barbeiros (ROSEN, 1994, p.61). Desta feita, em relação ao Direito, essas pessoas eram consideradas mortas.

A assistência médica era muito precária. Mas foi por essa época a introdução da ideia dos hospitais, para tratamento de saúde das pessoas mais críticas. (ROSEN 1994, p.67)

No mundo ocidental, os hospitais se originaram a partir da Igreja. Havia hospitais monásticos, onde geralmente havia um local para tratamento, uma farmácia e, via de regra, uma horta com plantas medicinais. Um hospital de extrema importância foi criado na ilha de Malta, de posição estratégica no Mediterrâneo, e que abrigava uma grande quantidade de população proveniente dos mares, que navegavam nesse mundo conhecido. No século XII houve um importante impulso nesta direção, com a criação de um hospital em Montpellier, França, em 1145, pela Ordem do Espírito Santo, sancionada pelo papa Inocêncio III, e que manteve hospitais por várias cidades europeias. Uma obra interessante merece destaque, escrita do século XII, aproximadamente, foi o *Regimen*

Sanitatis Salernitanum, isto é, “O Regimento de Saúde de Salerno”, escrito em versos, em latim, foi amplamente divulgado na Europa, com recomendações sobre higiene, habitação, alimentação e também limpeza corporal e que está apresentado no início deste tópico. (ROSEN, 1994, p. 69)

Na realidade, o Renascimento veio como um desabrochar de um conhecimento armazenado durante toda a época anterior, com a criação de vidrarias, minas, ofícios variados, que eclodiram em um “novo” clima intelectual. Embora com todo esse cabedal de conhecimento, as enfermidades apareceram por meio de surtos nos diferentes locais. Com as grandes navegações, o escorbuto, doença chamada como “a morte negra do mar”, resultante da deficiência da vitamina C (ou ácido ascórbico) na alimentação, bem como outras doenças resultantes da permanência de grande espaço de tempo no mar. Inúmeras publicações retrataram a qualidade de vida dos marinheiros em alto mar; entre elas um tratado de Medicina Naval, publicado em Londres em 1598. (ROSEN, 1994, p.82)

Foi nesse espaço que Pedro Álvares Cabral aportou no Brasil.

2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL COLONIAL

Pero Vaz de Caminha, o agora célebre cronista da primeira carta a El-Rei, explica a beleza das águas, dos ares, a salubridade do clima, soando como “um cântico à saúde da nova terra”. (BRASIL, 2005, p.18).

Ao chegarem à nova terra, os portugueses foram inicialmente extrativistas; calcula-se que entre 1502 a 1550 cerca de 300 navios estiveram no litoral brasileiro e recolheram o chamado “pau de tinta” ou pau brasil, levando aproximadamente cinco milhões de toras para a Europa, ocasionando algo como o que hoje chamamos de desastre ambiental. Porém, posteriormente, foram se aculturando, incrementando novos cultivos da mandioca, estabelecendo contatos com a civilização indígena aqui existente, usando, para as enfermidades mais frequentes, as plantas medicinais, com segredos conhecidos por pajés e xamãs.

Em 1549 Salvador foi fundada por Tomé de Souza, que desembarcou na Baía de Todos os Santos. Um dos primeiros problemas “sanitários” da nova cidade foi a matança de gado e distribuição da carne, com criação de “matadouros”, e também o consumo de bebida –

o “caium”, fermentado, produzido a partir da mandioca o “vinho de caju”, o “vinho de mel”, entre outros.

O primeiro profissional de Medicina a vir ao Brasil foi Jorge de Valadares, físico e cirurgião, juntamente com o boticário Diogo de Castro. As terapias aplicadas eram geralmente a sangria ou flebotomia, considerada eficaz para todos os tratamentos. Bella Herson no seu livro: “Cristãos-novos e seus descendentes na Medicina brasileira” detalha as técnicas usadas de sangria na maioria da população, tal como relata Eduardo Bueno, cronista histórico dos fatos de Vigilância Sanitária no Brasil.

Uma forma importante de manutenção do hospital instalado em Salvador foi a imposição de multa dos moradores para lixo nas ruas. Os medicamentos usados eram na maioria, fabricados pelos jesuítas – “pílulas angelicais”, “vinho emético”, “panaceia mercurial”, “emulsão régia” e também a famosa “Triaga Brasília”, plantas vindas de além-mar e da terra. (BRASIL, 2005, p.57)

Terrível foi o fabuloso comércio de escravos trazidos da África para o Brasil nos “tumbeiros” ou navios negreiros, com a finalidade de suprir as necessidades dos engenhos de cana-de-açúcar. O texto de um oficial inglês ao vistoriar um desses navios expõe – “os vivos, os moribundos e os mortos jazem amontoados em uma única massa’... (BRASIL, 2005, p.62). A produção de açúcar era altíssima, e o alimento, antes usado somente nas boticas como medicamento, acabou sendo usado por gulodice, ocasionando outros problemas de saúde, como a deterioração da arcada dental.

As doenças mais frequentes eram o impaludismo, a lepra, que chegavam junto com os navios nos portos de Salvador e Rio de Janeiro, principalmente, e que se alastravam rapidamente por toda população.

Com a descoberta de ouro em Minas Gerais, outras enfermidades apareceram e até mesmo a desnutrição apareceu como sério problema, gerado pelo fluxo extremo de pessoas para as Gerais. Em 1763, em decorrência do aumento da zona aurífera, a capital da colônia se instala no Rio de Janeiro. Foi dessa época a promulgação de um Édito real impedindo a emigração de portugueses para o Brasil, pois a procura do ouro se tornou importantíssima, haja vista a falta de mão de obra portuguesa no Reino.

Dada a grande ocorrência de boticários charlatães, e da alta abusiva dos medicamentos manipulados por eles, em 1744 foi assinado um regimento – “Ordem do Conselho Ultra Marinho (órgão responsável pela administração das colônias portuguesas) ao físico-mor do Reino para organizar um Regimento de Preços para os boticários do Brasil”, aprovado pelo rei D. João V, que continha também outras recomendações relativas ao exercício da

Medicina no Brasil. Trata-se, portanto, de uma primeira regulamentação legal referente à saúde dos brasileiros elaborada no Brasil ainda Colônia. A fiscalização, é claro, estaria determinada no documento, mas, por trás, havia a finalidade essencial de arrecadação.

As proibições continuaram, até que os boticários somente podiam se ater à “Farmacopeia geral do Reino”, obra que marcou a regularização do comércio de medicamentos, de tal forma que os boticários que não cumprissem a regulamentação, seriam punidos com “penas punitivas e aflitivas”. (BRASIL, 2005, p.81)

Porém, a mudança em relação à saúde no Brasil, se deu com a chegada de D. João VI ao Brasil, inicialmente na Bahia, e posteriormente no Largo do Paço, no Rio de Janeiro, onde toda a comitiva de mais de 50 navios se instalou.

Os problemas sanitários continuaram, com epidemias e com a fragilidade das medidas sanitárias. Os mais abastados buscavam assistência médica na Europa ou em clínicas particulares que começaram a surgir, embora com poucos médicos, formados em terras do além-mar.

3. O BRASIL COLÔNIA E O DIREITO.

Durante o período colonial, destaque deve ser dado para as Ordenações Filipinas, o Código legal português, promulgado em 1603 por Felipe I, rei de Portugal, que teve duração prolongada, ficando em vigência até 1830. As Ordenações Filipinas eram compostas por cinco livros, sendo que o último era constituído de matéria penal. O poder régio era reforçado e afirmado por meio do conjunto de dispositivos legais que definiam os crimes, bem como a punição para os criminosos. De acordo com esse Código abrangente e detalhado, o rei permanecia politicamente forte, quer seja na terra-mãe, quer seja nas colônias.

Alguns tópicos exemplificavam aspectos da vida privada na época, tais como: “Dos mouros e judeus sem sinal”, “Das coisas que não se pode levar fora do Reino sem licença del-Rei”, “Quando os menores serão punidos pelos delitos que fizerem”, Dos que dão música de noite”, “Que não se imprimam livros sem licença del-Rei”, entre outros.

Portanto, não há que se falar em “constituição” por essa época, pois essa ideia se materializou posteriormente. Segundo Dallari, a Constituição, no sentido jurídico, começa a aparecer na Inglaterra, na segunda metade da Idade Média, pois, na existência de conflitos, havia a alegação de que os costumes antigos deveriam ter força de lei. Mas,

como toda sociedade é dinâmica, sempre há conflitos e renovação de ideias – então os conflitos apareceram como uma nova tomada de decisões; desse modo, eram definidas regras básicas definidoras da organização política e se mantinham através do tempo, com obrigatoriedade e eficácia, denominadas depois como “direito costumeiro”, dando origem ao que hoje chamamos de normas jurídicas de natureza constitucional, que dá fundamento à afirmação do caráter jurídico da Constituição. (DALLARI, 2010, p.31)

Pode-se destacar ainda, que os impostos (chamados de “derrama”) previstos para as Colônias, (que eram remetidos a Portugal) eram altos, especialmente os relativos à extração de minérios, após os anos 1750, o que deu origem à Inconfidência Mineira. Não havia qualquer aplicação dos lucros relativos ao extrativismo no bem-estar da população. Importante narrar que o primeiro Tribunal da Relação, que consistia num tribunal maior, isto é, um Tribunal Superior da atualidade, foi criado em Salvador, Bahia, em 1587, mas deixou de ser instalado, porque seus integrantes, os julgadores, não aportaram na Terra descoberta. Somente em 1609, o rei Felipe III expediu alvará ordenando que se constituísse na mesma cidade a chamada “Relação do Brasil”, que foi suprimida em 1626 e novamente restaurada por D. João IV, em 1652.

Quase um século depois, em 1751, foi criado o Tribunal da Relação no Rio de Janeiro. Conseguiu-se saber, por documentos históricos encontrados, um julgamento realizado em 06 de abril de 1796, impetrado em favor de Maria de Conceição, “crioula forra”, que requeria o reconhecimento jurídico da sua condição de liberta, em face de seu antagonista José de Souza. Faltam partes do processo não se conseguindo saber o inteiro teor da decisão¹.

¹www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=HistoricodoTribunaldaRelacao

4. A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1824).

“Não é a sapiência, mas sim a autoridade que cria a lei”

Hobbes. Leviatã.

Esta Constituição imperial foi baseada em um projeto político cujo responsável foi Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, que nem chegou a ser discutido no total teor, em decorrência da dissolução da Assembleia Constituinte convocada pelo imperador. (MENEZES, 2015, p.42)

Importante destacar que esta Constituição teve inspiração na Constituição espanhola, de 1812, na francesa de 1814 e a portuguesa de 1822, todas com um claro direcionamento liberal, pois continham algumas declarações de direitos, tal qual o modelo franco-americano, como destaca Ledur (2009). (*apud* MENEZES, 2015, p.42)

Constata-se que tal Constituição era “avançada” para a época, pois assegurava alguns direitos de cunho social, tal como os aspectos relativos à educação e à saúde.

Veja-se:

“Das Disposições geraes e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros:

...

Art. 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, pela maneira seguinte:

I - ...

XXXI – a Constituição também garante os socorros públicos;

XXXII – a Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos;”

Deve-se entender, desse modo, que os “socorros públicos” seriam as primeiras formas de atendimento à saúde da população. Embora de aspectos rudimentares e adotando uma ótica não intervencionista, liberal, determina aspectos de caráter social. Cumpre destacar, porém, que não se pode adotar o sistema para “todos os cidadãos”, já que a sociedade era baseada na escravatura; os cidadãos citados nesta Carta, são os da elite aristocrática constituída, que dominava todo o sistema colonial e depois o imperial.

O jurista José Afonso da Silva em seu livro “Curso de Direito Constitucional positivo” (SILVA, 2005, p.73) destaca que toda a organização política imperial estava estruturada

no Poder Moderador, criado e centrado na pessoa do Imperador, que governava juntamente com os outros poderes, a saber – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Poder Executivo era exercido pelos Ministros de Estado, escolhidos pelo Poder Moderador, que também podia demiti-los, se necessário. O Poder Moderador também podia dissolver a Câmara legislativa, além de atuar sobre o Poder Judiciário, tendo o direito de suspender os magistrados. O Poder do soberano era reforçado pelo Senado e pelo Conselho de Estado, que era o órgão consultivo do soberano e também o supremo intérprete da Constituição.

A Constituição de 25 de março de 1824 estabeleceu o Supremo Tribunal de Justiça, cuja composição provinha dos antigos juízes dos Tribunais de Relação (que foram mantidos) (artigo 163). Este Tribunal, composto por 17 juízes foi instalado em 1829 e se manteve ativo até 1891, quando estabelecida a primeira Constituição Republicana.

5. A SAÚDE NO IMPÉRIO.

Interessante notar que a monarquia escravocrata concedeu maior poder às Câmaras municipais e elas passaram a estabelecer os próprios regimentos, vários deles ligados às questões de saúde. A Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio, fundada em 1829, chegou a enviar ofícios ao Ministério da Saúde do Império solicitando informações e providências em relação às epidemias e moléstias contagiosas. A não existência de um “código sanitário” e a ruína de hospitais e ausência de locais de atendimento gratuito para toda a população eram visíveis. A entidade, então, criou comissões para cuidar de aspectos específicos, tais como: Comissão de Vacina, Comissão de Moléstias Reinantes, Comissão de Consultas Gratuitas, Comissão de Salubridade Geral, entre outras.

Desse modo, seguindo orientação dessa entidade médica, em 1832 foi promulgado um “Código de Posturas”, que não foi cumprido, eclodindo posteriormente diferentes epidemias, a saber: varíola, (1834-1835), gripe (1835), febre tifoide (1836) e sarampo (1835-1836), até que a febre amarela ressurgiu violentamente em 1849, já que desde 1599 ela teimava em aparecer em diferentes locais. (BRASIL, 2005, p.92). Vários documentos retratam tais registros, tal como o livro *Du climat e des maladies du Brésil*, do médico francês residente no Rio, Dr. Sigaud e “Danação da norma”, de Roberto Machado. (BRASIL, 2005, p.93)

Nota-se também a criação da Inspetoria Geral de Saúde dos Portos, que visava cuidar das questões de saúde emanadas das embarcações que vinham à costa brasileira.

As questões sanitárias não eram motivo de julgamento pelos tribunais, já que os aristocratas eram cuidados pelos médicos com formação específica e a população em geral, inclusive os escravos, não eram vistos como necessitados de cuidados médicos particulares.

Buscando os julgados dessa época, junto ao Supremo Tribunal Federal, na sua página virtual, observa-se alguns *Habeas Corpus* por estelionato, questão religiosa, como casamento de escravos, ou catolicismo *versus* maçonaria, também gratificação de prestação de serviços, sobre carga de navio encalhado no litoral do Rio Grande do Norte². Infere-se, portanto, que questões relativas à saúde não chegavam aos tribunais.

² www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfAcervoArquivo.

6. A SEGUNDA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1891).

“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que o legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza, a equidade no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mas lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando “inexecutada” ou “mal executada” (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)”.

Rui Barbosa. Oração aos moços.

Os grandes produtores de café, via de regra paulistas, em associação com os militares, foram os grandes responsáveis pela deflagração do golpe republicano ocorrido no amanhecer de 15 de novembro de 1889, ante uma população atônita, que mal sabia o que estava ocorrendo.

A história diz que houve um desfile de tropas e, surpreendentemente, estava proclamada a República.

É ainda José Afonso da Silva (2005, p. 80) que leciona:

“Assumindo o poder, os republicanos, civis e militares cuidaram da transformação do regime. Instala-se o governo provisório sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca. A primeira afirmação constitucional da república foi o decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889”. Neste, está explícita a aspiração brasileira da adoção do federalismo, nos moldes dos Estados Unidos da América.

De “províncias” imperiais, os governadores agora passam a governar os “estados” da federação, que se sustentam no coronelismo, que apresenta leis próprias, relacionais, baseada em favores e obrigações.

Foi promulgada, em 1926, uma Emenda Constitucional que tentou adequar a Constituição à realidade, não surtiu efeito, e as oligarquias cafeeiras continuaram dominantes no país. (SILVA, 2005, p.80)

O primeiro texto constitucional republicano previu os poderes de Estado, como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, excluindo o Poder Moderador, que era específico para ser exercido pelo imperador.

Importante destacar, que a primeira Constituição republicana não previu o direito ao “socorro público” nem à “instrução pública gratuita”, estabelecendo no § 6º do artigo 72: “Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

O “socorro público” não é destacado porque todo o texto foi baseado na Constituição americana e esta não cita tal aspecto, denotando um descaso pela saúde das comunidades do país.

Friza-se que, de forma pioneira, em 1892 foi criado o Serviço Sanitário no estado de São Paulo, que serviu de modelo para outros estados, e que tentou evidenciar a superação de todo o espaço de saúde desde a época colonial. Mostrou, de certa forma, que algo deveria ser realizado.

7. A SAÚDE NA PRIMEIRA REPÚBLICA

A “república dos fazendeiros”, iniciada em 1894, se manteve igual no setor saúde, até que surgiu o chamado “czar dos mosquitos” – o médico Oswaldo Cruz, que trabalhou no Instituto Manguinhos, no Rio de Janeiro, e que impôs condições vigorosas para a população.

Na França, verificou-se uma nova “era” na Medicina – com as descobertas de Louis Pasteur, médico e bacteriologista, que descobriu os microorganismos que davam origem às doenças.

A partir de 1877, a bacteriologia francesa, nas mãos de Pasteur e seus colaboradores tentou responder a inúmeros questionamentos – reconheceu-se a resistência à infecção como um problema importante, destacando-se que, para cada patologia ou organismo específico havia um “ente” capaz de ocasioná-lo. Concebeu-se, desse modo, a ideia de prevenir doenças infecciosas por meio de vacinas. Este período foi chamado por George Rosen, pesquisador e historiador da área de saúde, de “era bacteriológica” (ROSEN, 1994, p.231)

Essas ideias se alastraram pelo Novo Mundo – foi sob a égide do regime republicano, no Brasil, que discípulos de Pasteur como Vital Brasil, Emílio Ribas e Adolfo Lutz, além de Oswaldo Cruz, conquistaram grande reconhecimento para suas pesquisas e elaboração de medidas para sanar os problemas de saúde coletiva no Brasil.

Foi graças a Rodrigues Alves, representante da oligarquia cafeeira paulista do Vale do Paraíba, que foi eleito deputado provincial em 1872, e que posteriormente assumiu a “presidência” de São Paulo em 1887, que grandes modificações relativas às questões sanitárias no estado de São Paulo ocorreram, inclusive as relativas ao porto de Santos, pois perdeu sua filha em uma das epidemias da época. (BRASIL, 2005, p.102). No seu segundo mandato de presidência, em 1900, reorganizou a capital, reurbanizando-a, canalizando rios e instalando redes de água e esgoto em alguns municípios paulistas. Transformou o Serviço Sanitário e instalou o laboratório do Butantã, transformando-o em Instituto. Seguindo um curso natural, na política, foi eleito Presidente da República, assumindo o cargo em 1902, no Rio de Janeiro, então capital do Brasil. A capital era então denominada “túmulo de estrangeiros”, graças às grandes epidemias que se alastravam pelo porto e pela cidade.

Oswaldo Cruz foi nomeado, com total liberdade para exercer o cargo de saneador do Rio de Janeiro, com poderes ilimitados, “imune a questões judiciais” (BRASIL, 2005, p.107), juntamente com Lauro Mueller e Pereira Passos. Segundo Sevcenko (*apud* BRASIL, 2005, p.107), criou-se uma situação de tripla ditadura na cidade do Rio de Janeiro. As casas que serviam de residências múltiplas, existentes na área central foram demolidas sumariamente, sem indenização. Com inexistência de alternativas, as multidões “juntaram restos de madeira dos caixotes de mercadorias descartados no porto e se puseram a montar toscos barracões nas encostas dos morros, cobrindo-os com folhas de flandres de latões de querosene. Era a disseminação das atuais favelas”.

Importante destacar que os cariocas se revoltaram contra o “caçador de mosquitos” (o atualíssimo nos anos 2016 - *Aedes aegypti*) Oswaldo Cruz e impetraram *Habeas Corpus* junto ao Supremo Tribunal da época, com a finalidade de impedir a entrada em seus lares, à força, como faziam os truculentos homens saneadores. Driblando a “inviolabilidade dos lares” determinada na Constituição, o “czar” dos mosquitos conseguiu, em 1904, fazer cair o número de óbitos causados pela doença, de 469, para 39 em curto período de tempo. Concomitantemente, também estabeleceu metas para erradicar a peste bubônica, lançando uma luta violenta contra os ratos. Uma importante regulamentação foi a criação da figura do “comprador de ratos”, homem que foi motivo de chacota, pois comprava os ratos existentes na cidade, já que a bactéria que provocava a peste, era proveniente das picadas de pulgas que tinham seu “habitat” nos pelos dos ratos.

Outro espaço que merece destaque foi o episódio conhecido pela “Revolta da Vacina”. Foi editada uma lei truculenta que obrigava a população se vacinar à força. Já havia se

tornado obrigatória a vacina em 1832, pelo então D. João VI, mas o Decreto aprovado pelo Congresso foi incisivo. Concedeu às brigadas sanitárias lideradas por Oswaldo Cruz o direito de poderem adentrar nas residências e vacinar as pessoas à força, ou até mesmo levarem as pessoas que recusavam a tomá-la, presas. A população era preconceituosa e não houve uma anterior explicação sobre os “porquês” da vacinação, evidenciando aí a essencial importância da educação sanitária nas populações.

Desta forma, observa-se que embora com texto constitucional amplo, as questões sanitárias foram enfrentadas.

Destaca-se que o controle de constitucionalidade das leis foi instituído pela Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 e denominou o tribunal supremo do país como Supremo Tribunal Federal (artigos 55 a 59), embora esta denominação já havia sido determinada pelos Decretos nº 510 e nº 848 de 1890³.

No primeiro período republicano, foram julgados vários Habeas Corpus (HC), entre os quais destaca-se o relativo à Revolta da Armada e Revolução Federalista (1892 a 1895 – HC nº 300, 406, 410, 1063, 1073), os pertinentes à expulsão da família Real do Brasil, em 1903 (HC nº 1974 e 2437), o HC referente a estado de sítio com a extinção do Conselho Municipal do Rio de Janeiro no governo do presidente Nilo Peçanha, em 1909, entre outros.

Cumprе ressaltar o primeiro caso de julgamento por um Tribunal Superior para caso de saúde no Brasil: o movimento relacionado à revolta da Vacina, evento já assinalado anteriormente, ocorrido entre 10 a 16 de novembro de 1904, no Rio de Janeiro, contra a campanha obrigatória imposta pelo Governo federal para vacinação. Tratou-se, portanto, de caso inédito para julgamento pela Corte Maior.

Neste caso específico, foi impetrado um HC ou *Habeas Corpus* por Manoel Fortunato de Araújo Costa alegando ameaça de constrangimento ilegal pelo fato de ter recebido pela segunda vez a intimação de um inspetor sanitário para entrar em sua casa e proceder desinfecção de mosquito causador da febre amarela. O Tribunal considerou inconstitucional o dispositivo que facultava às autoridades sanitárias adentrarem em casa de pessoa particular para realizarem operação de expurgo do mosquito, sem a concessão do proprietário.

Desse modo, a decisão foi a de conceder, por maioria, o HC preventivo, no sentido de impedir a entrada de autoridade sanitária em casa do paciente, sem o seu consentimento.

³ www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico

O relator foi o Ministro Hermínio Espírito Santo. A data do julgamento foi 31 de janeiro de 1905, publicada no Diário Oficial da União em 03 de fevereiro de 1905, encontrando-se este processo arquivado no Arquivo Nacional brasileiro⁴.

⁴ www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfAcervoArquivo

8. A TERCEIRA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1934).

“Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.
As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”

Art. 1º. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Paris, França, 1789.
Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Direitos Humanos Fundamentais.

Getúlio Vargas, líder sulino, despontou durante a Revolução de 1930 para todo o Brasil. Os movimentos sociais apareceram e reivindicavam questões relativas aos trabalhadores, incentivados por movimentos europeus, especialmente os italianos. Eleito posteriormente presidente da República, criou o Ministério do Trabalho e lutou por causas trabalhistas, sob a bandeira de um partido político ligado ao trabalhismo.

Considerando que a primeira Constituição republicana estava desatualizada, marcou eleições para a Assembleia Constituinte, sendo que a 16 de julho de 1934, o Brasil via ser promulgada sua segunda Constituição Republicana ou terceira Constituição brasileira. (MENEZES, 2015, p.42)

Esta Constituição tornou-se um novo marco político em relação ao Direito Constitucional brasileiro, pois inseriu um capítulo inédito relativo à ordem econômica e social. (MENEZES, 2015, p.43). É evidente que outras Constituições se fizeram presentes, influenciando o seu teor, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar, de 1919; importando assim, a existência de um Estado intervencionista, em detrimento dos anteriores, de padrões liberais.

Pode-se destacar no texto da Carta Magna:

“Artigo 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas”.

Ainda é possível ressaltar vários artigos relativos ao trabalho, tal como:

“Artigo 121, § 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”.

Outro destaque é para o controle de fronteiras:

“Artigo 166, § 3º – O Poder Executivo, tendo em vista as necessidades de ordem sanitária, aduaneira e da defesa nacional, regulamentará a utilização das terras públicas, em região de fronteira pela União e pelos Estados ficando subordinada à aprovação do Poder Legislativo a sua alienação.”

CRUZ, citando Bonavides (2005), assinala que resta penetrada na Constituição de 1934 uma nova corrente de princípios, ignorados até então pelo Direito Constitucional positivo no País, consagradores de um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais ressaltando o aspecto social, bastante abandonado pelas Constituições precedentes, inovando no constitucionalismo brasileiro.

Destaca-se, em relação à saúde, no texto constitucional, a incumbência da União, dos Estados e Municípios na adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade infantil, como também a morbidade, também, assegurar amparo aos desvalidos, amparar a maternidade e a infância, proteger a juventude, socorrer as famílias de prole numerosa, cuidar da higiene mental, entre outras determinações constitucionais relativas à saúde. (Artigos 138 e 141) (DEVECCHI, 2012, p. 100).

As questões trabalhistas foram importantes, tal como a instituição do salário mínimo, as férias anuais do trabalhador que deveriam ser obrigatoriamente remuneradas, o enfoque para indenização quando o trabalhador for dispensado, entre outras.

Apesar do amplo destaque no texto, a realidade se mostrou não tão efetiva – foi, na realidade, um documento político, que visava a pacificação dos movimentos sociais, que estavam intensificados graças à criação da Confederação Operária Brasileira (COB), por iniciativa dos sindicatos de trabalhadores e também da divulgação do “Manifesto Comunista”, elaborados pelos pensadores alemães Karl Marx e Friedrich Engels, pelos vários movimentos sindicalistas.

Frize-se que, em 1917 já havia sido aprovada uma Lei Sanitária que proibia o emprego, como trabalhador, de menores de 12 anos, bem como o trabalho noturno antes dos 18 anos de idade. Igualmente, as condições de subnutrição e precárias condições de vida dos trabalhadores foram fatores decisivos para que a Nova Constituição brasileira de 1934 captasse todos esses dispositivos.

Em consonância, em 1919 foi instituído o seguro por acidentes de trabalho na legislação brasileira, por pressão dos sindicatos já atuantes.

Importante também se revelou o Decreto nº 20.931 de 11 de janeiro de 1932, o chamado “Regulamento Sanitário”, aprovado pelo governo provisório, que visava regular o

exercício da Medicina, da Odontologia, da Medicina Veterinária, também as profissões de farmacêutico, parteira, enfermeira no país e estabelecia penas para os profissionais fiscalizados que não cumprissem suas determinações.

Porém, em relação às atividades de assistência médica, a maioria da população continuava desprovida, como bem retrata o escritor gaúcho Érico Veríssimo em seu livro “Música ao longe”.

Em 1923, pode-se destacar a instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), que se constituíram como a primeira modalidade de seguro para trabalhadores do setor privado. Este tipo de assistência era organizado pelas empresas por meio de contrato compulsório e sob forma contributiva, cujo objetivo era a prestação de benefícios (pensões e aposentadorias) e a assistência médica aos seus filiados e dependentes. (COHN & ELIAS, 2003, p.14)

9. A QUARTA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1937).

“A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas constituiriam em um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento jurídico complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”.

Norberto Bobbio. Teoria do ordenamento jurídico.

Importante destacar o contexto histórico anterior a esta Carta. Da revolução de 1930 eclodiu o líder Getúlio, já com anseios de romper com o “coronelismo” e o poderio dos cafeicultores. Quando Presidente eleito, preocupa-se com a questão social brasileira, e como seu mote de governança era o trabalhador, criou o Ministério do Trabalho. Também preocupado com a educação coloca o mineiro Francisco Campos (o então conhecido “Chico Ciência”) no “super” Ministério da Educação (e Saúde), que enfatizou aspectos relacionados à cultura brasileira.

A Carta Maior de 1937 teve a preocupação de fortalecer o Poder Executivo, haja vista a grande peculiaridade de ser uma Constituição que refletiu uma época ditatorial.

O Executivo podia ter uma atuação direta na elaboração das leis; o Parlamento brasileiro teve sua funcionalidade reduzida; foi reformado o processo representativo e o Estado ficou como o grande Hércules que orientava e coordenava a economia nacional.

O “trabalhismo” de Getúlio expandiu o poder dos sindicatos, impondo contribuições sindicais e estimulando os aspectos dos contratos coletivos de trabalho.

No contexto histórico europeu, Hitler ascendia ao poder, por meio do partido fascista. No Brasil, surgiu o movimento integralista, liderado por Plínio Salgado, e também os movimentos comunistas, influenciados pelos movimentos europeus.

Desta forma, sob a ótica do Presidente, deveria haver um fortalecimento do poder central, pois os movimentos sociais existentes poderiam oferecer perigo imediato para as instituições – havia o “tão horrível” perigo comunista a ser disseminado no Brasil. Desta feita, foi implantado o “Estado Novo”, com promessa de plebiscito que nunca se concretizou – a dissolução da Câmara dos Deputados foi fato marcante; a Câmara Alta, ou Senado, foi transformado em órgão de colaboração da primeira, ficando, assim, implantada a ditadura com a outorga da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937.

No Preâmbulo dessa Carta, pode-se ler que a Carta foi outorgada para atender às legítimas aspirações do povo brasileiro de paz política e social, também, para atender “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista” (DEVECHI, 2012, p.117). Especifica, também, que contava com o apoio das Forças Armadas “para assegurar ao país a unidade, o respeito à sua honra e à sua independência”. Rompeu, portanto, com a ordem constitucional anterior e peremptoriamente estabeleceu outra.

No artigo 38, determina que o poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República, que poderá “promulgar decretos-leis autorizados por esta Constituição”. O Parlamento nacional compunha-se de Câmara dos Deputados e Conselho Federal (§ 2º).

No título “Da educação e da cultura”, os artigos 130 e seguintes determinam aspectos relativos ao ensino, que “é obrigatório e gratuito”, além dos artigos seguintes que explanam sobre educação física, ensino cívico e trabalhos manuais”

Sobre a saúde, pouca coisa foi determinada.

No título “Da família”, o artigo 127 destaca: “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades”.

Outros artigos são destaques:

“Artigo 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII – normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”.

“Artigo 18 – Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos: c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais”.

Cumpram ainda evidenciar o artigo 178 das Disposições Transitórias e Finais: “São dissolvidos, nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e Câmaras Municipais”. (DEVECHI, 2012, p.148)

Pontua-se, portanto, como relata SILVA (2005, p.83) que a Carta de 1937 não foi aplicada de modo literal ou concreto. Muitos artigos foram estabelecidos como “letra morta”, pois o Presidente da República era o poder centralizador e efetivo do governo.

10. A SAÚDE NA ERA VARGAS.

Foi nesta época que a indústria farmacêutica “descobre” o Brasil, no sentido de haver uma instalação de laboratórios estrangeiros no país, o que acabou por concretizar várias transformações nas questões relativas ao exercício da Medicina, ao uso dos medicamentos e organização das “boticas”, além de outros temas ligados à saúde. (BRASIL, 2005, p.141)

A indústria alemã Bayer, fundada na Alemanha em 1863, já tinha representante no Brasil desde 1896, porém, somente começou a fabricar medicamentos em 1921, com a fundação da Chimica Industrial Bayer Weskott & Cia. Posteriormente, a indústria Schering, também marca alemã, montou uma unidade no Rio de Janeiro em 1923. (BRASIL, 2005, p.142)

Em decorrência desses fatos, e com um mercado promissor, instalaram-se a Roche, empresa suíça, em março de 1931, também no Rio de Janeiro e a empresa Johnson & Johnson, em 1933, no bairro da Mooca, em São Paulo.

O Estado Novo ainda estava forte, quando foi editado o Decreto-Lei nº 4.113 em 14 de fevereiro de 1942, que se preocupou com as questões dos medicamentos e suas propagandas. Especificamente, determinava que os médicos não poderiam mais anunciar a cura das doenças para as quais não houvesse tratamento específico, bem como para eventuais tratamentos para a interrupção da gravidez. (BRASIL, 2005, p.143). O uso dessas propagandas era bastante interessante com a disseminação do meio de comunicação mais difundido na época – o rádio, incentivando as pessoas a comprarem o medicamento especificado.

Interessante notar a nova postura sanitária do governo, que proibiu, nesse documento: a propaganda de produtos farmacêuticos que destinassem, por exemplo, ao tratamento da lepra, da tuberculose, da sífilis, do câncer, da blenorragia, ou com referências ao tratamento das impotências, ou que exibisse gravuras com deformações físicas, ou gráficos indecorosos ou contrários à verdade dos fatos, e até mesmo com “alusão detratora do clima e ao estado sanitário do país”, caso este que na ótica atual, seria inconcebível – estando possibilitado por ser um ato ditatorial. As multas aplicadas seriam bastante penosas para a época, e em casos reincidentes, seriam dobradas.

A preocupação sanitária continuou a se fazer presente – em 1942 foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência para Defesa Sanitária do Continente, importante espaço de discussão sobre saúde, o que não havia sido feito no Brasil até então. A seguir, pelo Decreto nº 4.275 de 1942 foi criado o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP). Um acordo foi assinado em Washington, nos Estados Unidos da América para implantação de atividades de saneamento e controle da malária, bem como assistência médica aos trabalhadores extratores da borracha na Amazônia, já que, com a Segunda Guerra Mundial, a extração da seringa das seringueiras se mostrava como importante polo para a economia do país. (BRASIL, 2005, p.144).

Um pouco antes de sua deposição, em 1945, Getúlio assina outro Decreto – o de nº 7.903, em que considerava “não privilegiáveis” o reconhecimento de patentes de produtos farmacêuticos, o que contrariava a Convenção de Paris, de 1929, da qual o Brasil era signatário. Tal documento foi de importância crucial, já que ocorreu logo após o término da Segunda Guerra Mundial, que teve um papel preponderante na produção dos medicamentos, em especial com a descoberta da penicilina, por Alexander Fleming, em 1928. (BRASIL, 2005, p.144)

Outro aspecto a ser reconhecido durante o período getulino, em relação à saúde, foi a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, de 1933 a 1938, que congregavam os trabalhadores de várias categorias profissionais, a saber: IAPM (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos – em 1933), IAPC (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciários – em 1934), IAPB (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários – em 1936), IAPI (Instituto de Pensão e Aposentadoria dos Industriários – em 1938), IAPETC (Instituto de Pensão e Aposentadoria dos Trabalhadores em transportes de carga – 1938). (COHN & ELIAS, 2003, p.17). Todos esses institutos prestavam assistência médica específica para seus associados, ressaltando-se, portanto, que a maioria da população “que não tinha carteira assinada” ficava desprovida dessa assistência.

Não se pode esquecer que foi da era Vargas, também, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, uma organização importante de legislações relativas ao trabalho, em que se previam os mais diferentes aspectos de proteção ao trabalhador, inclusive na saúde, vigentes até o momento, porém com alterações.

Cumprе ressaltar, igualmente, que o atendimento hospitalar basicamente se resumia a atendimentos das Santas Casas de Misericórdia, criadas desde o período colonial e depois

no imperial, e que atendiam os “carentes” de forma precária, geralmente assistidas pelas irmandades religiosas. A primeira Santa Casa da Misericórdia foi fundada na vila de Santos, no atual estado de São Paulo, em 1543, posteriormente seguida pelas do Espírito Santo, da Bahia, do Rio de Janeiro e da vila de São Paulo, ainda no século XVI. Todas foram financiadas por doações realizadas pelas elites regionais e também por verbas públicas. Atualmente, existem em quase todas as cidades brasileiras, atuando como centro importante de assistência médica das populações. (BERTOLLI Filho, 2008, p.11)

Em relação aos julgados dos tribunais, não se verificou nenhuma decisão relativa à questão saúde. Ressalta-se o Mandado de Segurança 111 sobre o estado de sítio na era Vargas e o caso extremamente polêmico de Olga Benário, esposa de Luís Carlos Prestes (HC 26155).

Quanto ao número de Ministros, houve alterações. Após a Revolução de 1930, instituído o Governo Provisório, este determinou que o número de Ministros da Corte Maior fosse reduzido para 11 (onze) Ministros. (Decreto nº 19.656 de 03 de fevereiro de 1931).

Já a Carta Constitucional de 1934, novamente mudou a denominação de órgão para “Corte Suprema”, mas manteve o número de Ministros.

Em 1937, com a nova Constituição outorgada, houve a restauração da denominação Supremo Tribunal Federal. (artigos 97 a 102)⁵.

⁵ www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico

11. A QUINTA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1946).

“Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam em “direito”)”
Norberto Bobbio. A era dos direitos.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, havia um certo ufanismo generalizado por todo o mundo. No Brasil, em especial, a vitória dos Aliados, com os quais o Brasil se conectou já no final do conflito, estabeleceu um certo alento na população.

Um pouco antes, porém, o Presidente da República, ainda Getúlio Vargas, já visualizando o final do conflito, resolveu, então, tomar providências para o restabelecimento de uma “nova” ordem constitucional no país e expediu a Lei Constitucional nº 9, em 28 de fevereiro de 1945. Com o objetivo de ampliar o espaço democrático, esta modificação na Constituição implicava em eleições diretas para Presidente da República e para o Parlamento.

Getúlio foi deposto por militares em 29 de outubro de 1945, ocupando seu lugar na presidência, o Ministro do Supremo Tribunal Federal na época, Min. José Linhares. Logo após, foram realizadas novas eleições. Os candidatos eram o General Eurico Gaspar Dutra (ex-Ministro de Getúlio, que representava o Exército) e o Brigadeiro Eduardo Gomes (que representava a Aeronáutica), portanto, ambos militares, saindo-se vencedor o primeiro.

Um dos primeiros atos do novo presidente eleito foi convocar a Assembleia Constituinte, que foi instalada em 02 de fevereiro de 1946, com representação muito variada, que se fazia representar por correntes muito à direita ou muito à esquerda, centro, democráticas ou não, que conseguiu estabelecer uma Constituição “democrática” nos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946. (SILVA, 2005, p. 85).

Nesta, a Câmara dos Deputados foi recomposta, bem como o Senado Federal. No capítulo do Poder Judiciário estabelece os órgãos como o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, além de Juízes e Tribunais militares, eleitorais e do trabalho.

Esta Constituição, de 1946, deu continuidade ao processo de ampliação do reconhecimento do direito à saúde, como se visualiza:

“Artigo 5º – Compete à União:

.....

XV – legislar sobre:

.....

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário”.

Igualmente, vê-se no Título V – Da ordem econômica e social:

“Artigo 157 – A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

....

XIV – assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante.

“Artigo 186 – A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”.

No Título VI – “Da família, da educação e da cultura”: o artigo 164 ressalta a obrigatoriedade, em todo o território nacional, da assistência à maternidade, à infância e à adolescência, bem como o amparo `as famílias “de prole numerosa”.

Como se observa, várias determinantes estão especificadas na Carta Maior, relativas à área da saúde.

12. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

O contexto histórico do pós-guerra propiciou a criação de organismos internacionais, como a ONU, Organização das Nações Unidas, com sede em Nova York; em decorrência, foi criada a OMS, ou Organização Mundial da Saúde, em 1948, sugerida por delegados brasileiros junto à assembleia das Nações Unidas – órgão que teria alcance mundial em relação aos diferentes aspectos da saúde. Após sua criação, o médico brasileiro Marcolino Candau, foi seu dirigente desde então, até 1968, portanto por cerca de vinte anos. (BRASIL, 2005, p.145).

A saúde como “completo bem-estar físico, social e mental e não somente ausência de doença” foi definida pela OMS logo nos seus primeiros documentos e foi considerado um grande marco no conceito de saúde. Atualmente, esse conceito recebe várias críticas, pois

foi extremamente ampliado, condizendo com a amplitude vida moderna – incluem-se aí a alimentação, o lazer, a moradia, o bem-estar geral, e até mesmo, como querem alguns, a felicidade.

Ao assumir o governo, em 1946, o presidente Eurico Gaspar Dutra estabeleceu como prioridade, a organização racional dos serviços públicos, já que na ditadura anterior, havia a problemática crônica de uma burocracia enferrujada, com várias disputas políticas.

Destaca-se que foi criado o Ministério da Saúde por Getúlio Vargas, durante o seu segundo mandato presidencial, em 1953, após sete anos de debates, já que, anteriormente, esta pasta era denominada Ministério da Educação e Saúde. (BERTOLLI Filho, 2008, p.40)

O Ministério da Saúde cuidou, sobretudo, no combate das doenças que atingiam a população como um todo, especialmente no interior, como a Doenças de Chagas, a malária, a tracoma, e esquistossomose, além de doenças infectocontagiosas e parasitárias. A assistência médica continuou a ser realizada pela Previdência Social, nos órgãos e locais específicos e não para toda a população – o atendimento era realizado nos hospitais e clínicas próprias ou conveniadas com os institutos de pensões e aposentadorias, mantidos pelos trabalhadores e patrões.

O Brasil se mantinha, por essa época como um dos países mais pobres em saúde do mundo. Especifica-se que, no final da década de 50 do século XX, levantamento realizado pelo Ministério da Saúde mostra dados estarrecedores: a vida média de um brasileiro, em Porto Alegre, RS, era de 51 anos; em Belém, PA, 49 anos, em Recife, PE, 37 anos. Tais dados assemelhavam-se aos dados da população sueca, por volta início do século XIX, antes, portanto, da era dita bacteriológica, ou seja, antes dos processos de controle de infecções. (BERTOLLI Filho, 2008, p.42).

Em relação ao Tribunal superior, verifica-se que, a Constituição de 18 de setembro de 1946 dedicou ao Tribunal os artigos 98 a 102. Com a mudança da capital do país para Brasília, em 21 de abril de 1960, o Supremo Tribunal referenciou sua sede na Praça dos Três Poderes, após ter funcionado no Rio de Janeiro por 69 anos.

Neste período, pós 1946, não se encontrou nenhum julgado relativo às questões relacionadas à saúde. Os julgamentos mais emblemáticos foram, em 1955, o impedimento no governo Café Filho, após a morte de Getúlio Vargas, em 1954 (MS nº 3557 e HC nº 33908); em 1954, um Mandado de Segurança relativo à ideologia comunista (amplamente combatida por Getúlio Vargas); e também um MS (de nº 1114) referente ao assunto

liberdade religiosa, haja vista a fundação da Igreja Católica Brasileira pelo Bispo D. Carlos Duarte da Costa⁶.

⁶ www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfAcervoArquivo

13. A SEXTA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1967)

“... a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”.

Hans Kelsen. Teoria pura do Direito.

Após a renúncia do presidente eleito Jânio Quadros, o país passou por uma turbulência política, tendo assumido o vice-presidente João Goulart, conhecido por Jango, depois de um curto período em que o governo se modificou e estabeleceu-se o Parlamentarismo, embora sob a égide ainda da Constituição de 1946, que estabelecia o Presidencialismo. Decorridos alguns meses e com insatisfação geral da população ou dos militares, oficializou-se o Golpe Militar de 1964, a 31 de março.

O Ato Institucional expedido em 09 de abril de 1964 manteve a ordem constitucional em vigor, mas impôs cassações de mandatos de parlamentares legitimamente eleitos, bem como suspensões de direitos políticos.

Alguns autores relatam que o período militar foi muito difícil, pois foram proibidas as várias formas de expressão – quer seja política, artística, televisiva e radiofônica. Na realidade, a Constituição de 1967 previu aspectos de direitos individuais, mas o que prevalecia era o princípio da segurança nacional. Foram vários os generais que assumiram o poder: à frente do Comando Militar Revolucionário ficou o Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, primeiro dos presidentes militares ditatoriais, após foi Emílio Garrastazu Médici, Artur da Costa e Silva, Ernesto Geisel e João Baptista Figueiredo.

Outros Atos institucionais se seguiram, como o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a seguir o nº 3 e o nº 4. No dia 24 de janeiro de 1967, sob recomendações de atos anteriores, foi outorgada a nova Constituição brasileira, (a segunda outorgada na nossa história), após “o impacto de quatro institucionais e trinta e sete complementares, que tornaram incompulsável o Direito Constitucional positivo então vigente” (SILVA, 2005, p.86)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 determina:

“Artigo 8º – Compete à União:

...

XIV – estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;

XVII – legislar sobre: a)...; b)...; c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário”..

“Artigo 158 – A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

...

XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;”

Como se observou, tais afirmações constitucionais não foram tão específicas e tiveram eficácia ínfima.

14. A SÉTIMA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1969).

“A Constituição que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos”.
Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito.

SILVA (2005, p.87) relata que as crises no governo militar ficaram constantes, até que peremptoriamente veio o Ato Institucional nº 5, de 13 de agosto de 1968, que rompeu novamente com a ordem constitucional, seguido por inúmeros atos complementares – significando um grande espaço de estudos para o Direito Constitucional. Em 31 de agosto de 1969, outro Ato Institucional, o de número 12, instituiu o poder executivo para os três Ministros – do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. O texto constitucional remodelado foi promulgado em 17 de outubro de 1969, como Emenda Constitucional nº 1 de 1967, entrando em vigor em 30 de outubro de 1969.

Considera o jurista, ainda, que não se tratou de “Emenda”, mas de nova Constituição, embora outros autores considerem o contrário. Expõe que a Constituição de 1967 era denominada apenas “Constituição do Brasil”, ao passo que esta, inteiramente refeita, foi denominada Constituição da República Federativa do Brasil. Esta também foi modificada inúmeras vezes, até que a Emenda de 27 de novembro de 1985, a de número 26, convocou a Assembleia Nacional Constituinte para elaboração de uma nova Constituição.

O que se verificou no novo texto constitucional, em relação à saúde, foi:

“Artigo 8º – Compete à União:

...

XIV – estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento;

...

XVII – legislar sobre: a).. ; b)...; c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário”.

Em relação aos tributos:

“Artigo 25 – Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte: (...)

§ 4º – Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II”.

A respeito do Poder Judiciário, destaca:

“Artigo 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente; o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do procurador-geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Na realidade, a redemocratização do país, que se revestiu de um processo lento, já havia se iniciado com o governo do General João Baptista Figueiredo. Em 1979 foi decretada a Lei da Anistia, que permitiu que as pessoas exiladas e condenadas pelo governo militar pudessem retornar ao país. Ainda no mesmo ano, o país viu a lei do pluripartidarismo ser aprovada, já que até aquele momento havia somente a dualidade do partido governista e o opositorista – denominados, respectivamente, ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e MDB (Movimento Democrático Brasileiro)

Importante ressaltar o “período de transição” que se coloca como primordial para o restabelecimento da democracia no Brasil e que vai desde o fim do regime militar até a Constituição de 1988, época marcada por planos econômicos, inflação, e por movimentos de rua, de protestos, como o movimento “DIRETAS-JÁ”, que visava a concretização de eleições diretas para presidente da República, em todo o território nacional.

Com base em eleições indiretas, o mineiro Tancredo Neves foi eleito presidente, mas nem chegou a exercer a presidência, pois faleceu antes de assumir o cargo, deixando-o para seu vice – o até hoje parlamentar maranhense José Sarney.

15. A SAÚDE NOS GOVERNOS MILITARES

Em 25 de fevereiro de 1967, o governo estabeleceu uma nova direção para a saúde brasileira – a Política Nacional de Saúde, que havia estado em estado latente por seis anos. Nesta ótica, o Ministério da Saúde ficou responsável pela formulação e coordenação da política nacional de saúde, bem como pelas atividades médicas e para médicas; pesquisas médico-sanitárias, ações preventivas em geral, além de vigilância sanitária de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos e do controle de drogas, medicamentos e alimentos.

Importante destacar que o regime autoritário se mostrou como um regulador da sociedade; houve um desmoronamento das forças políticas e enfraquecimento das instituições que

estavam atuantes antes de 1964, havendo a substituição por órgãos de controle restrito do Estado.

Em 1966 houve a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), sigla muito usada até os dias atuais, que unificou todos os órgãos previdenciários que funcionavam desde 1930. Este novo instituto ficou vinculado ao Ministério do Trabalho. O que se oficializou, portanto, foi um sistema bifásico: o INPS trataria os doentes por assistência médica dos segurados e o Ministério da Saúde se encarregaria dos programas sanitários e epidemias. (BERTOLLI Filho, 2008, p.54).

Pela Constituição de 1967, o Estado atuaria somente de forma suplementar na assistência à saúde, apoiando as atividades privadas e firmando convênios com estabelecimentos de saúde, como hospitais, clínicas e até mesmo consultórios. Verificou-se, diante dessa tragédia, uma grande degradação dos serviços de saúde, além de servir de um grande modelo de corrupção, com guias de atendimento falsificadas e cirurgias desnecessárias. Um dos destaques, em matéria de saúde, foi a institucionalização do chamado “Projeto Rondon”, que visava a interiorização de atividades de saúde em regiões onde estas eram inexistentes, tal como a Amazônia, o Nordeste, entre outras, em que os estudantes universitários se locomoviam para regiões inóspitas ou desconhecidas do país e realizavam atividades para as quais estavam sendo formados, sempre com a supervisão e orientação do Exército brasileiro. Estas atividades visavam o reconhecimento do território brasileiro pelos universitários, além da concretização de uma prática profissional importante diante da realidade teórica estudada.

Em decorrência dos desmandos anteriores e ainda em governos militares, em 1974 foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), incorporando o INPS, que apresentava inúmeros problemas.

Em 1971 foi criado o FUNRURAL (FUNDO de ASSISTÊNCIA MÉDICA AOS TRABALHADORES RURAIS), programa de assistência médica aos trabalhadores rurais, já que estes não estavam contemplados na área previdenciária.

Finalmente, em 1975, foi criado o Sistema Nacional de Saúde, em que as ações de saúde foram unificadas tanto as federais, como as estaduais e as municipais, como uma tentativa a mais para tornar mais eficazes as ações de saúde em todo o país.

De certa forma, essas ações foram mais eficazes, pois a expectativa de vida média dos brasileiros aumentou para 63 anos, apesar de todas as dificuldades. (BERTOLLI, 2008, p.57)

Um aspecto importante a ser ressaltado foi a preocupação com os acidentes de trabalho, em especial na construção civil, que totalizou um imenso número de seres com incapacidades funcionais para o trabalho, além de óbitos. Foi nessa época a fundação da FUNDACENTRO (FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT DE FIGUEIREDO, direcionando pesquisas para saúde do trabalhador), órgão responsável por pesquisas nessa área de saúde, e também a instituição do “adicional de insalubridade” aos salários dos trabalhadores que exerciam atividades mais penosas.

Foi dessa mesma época o início das sociedades médicas de Medicina de grupo e também dos convênios privados de saúde, influenciados por grupos estrangeiros.

Quanto à área de medicamentos, a indústria farmacêutica teve boas razões para sorrir, com altas vendas e, portanto, também de grandes investimentos. Visando o controle de preços para populações menos favorecidas, foi criada a CEME (Central de medicamentos), que fornecia os medicamentos básicos a preços populares.

Portanto, apesar de algumas inovações, ainda estava institucionalizado o desacerto de ações e atividades de saúde, em todo o território nacional.

Destaque deve ser dado, nos anos 60, para a criação dos Conselhos Federais reguladores das profissões médicas, a saber, o de Medicina, de Odontologia, e de outras profissões correlatas, e que deveriam se estabelecer em cada estado da Federação, como Conselhos Regionais, fiscalizando e estabelecendo regras para o exercício das profissões.

O Tribunal Superior, na época da ditadura militar, também não teve julgamentos relacionados à saúde. Os casos mais palpitantes foram: o Inquérito Policial (IP) nº 2, remetido ao Supremo Tribunal Federal, sobre a conduta subversiva do ex-presidente João Belchior Marques Goulart, além de uma acusação de genocídio – extradição – relativa à Segunda Guerra Mundial. (Recursos Extraordinários 272 e 273)⁷⁷.

Portanto, nada há que se relatar no âmbito de julgados sobre saúde.

⁷⁷ www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfAcervoArquivo

16. A OITAVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (de 1988).

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje,
não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los”.
Norberto Bobbio. A era dos direitos.

O período que se seguiu, de transição para a democracia, foi marcado por desafios e lutas dos movimentos sociais que apareceram e se mobilizaram reivindicando direitos nos vários setores.

A “abertura política” foi importante para que, nos grandes centros urbanos, os moradores da periferia comessem a lutar por melhores condições de vida. Nos anos posteriores, nos outros governos, esses movimentos foram ampliados. Na área de saúde especificamente, contou com a valiosa colaboração de Associações de Médicos sanitaristas, que visualizavam uma nova postura para a saúde e também pelos movimentos pastorais das igrejas.

Ao ser promulgada, a Constituição Federal de 1988, chamada pelo presidente constituinte Deputado Ulisses Guimarães – a “Constituição cidadã” criou um clima festivo de democracia em todo o país. Parecia que todos poderiam estar com a Lei Maior nas mãos, lê-la, entendê-la, apreciá-la. Na realidade, esse ufanismo foi importante, pois a partir dessa data, as pessoas, de modo geral, começaram a ficar mais atentas a seus direitos.

A importância desse texto constitucional, porém, é inegável, pois ampliou as condições teóricas de reflexão sobre a Constituição existente, dando origem a um novo constitucionalismo brasileiro, e consagrando os direitos sociais perante a lei e a população.

Portanto, depois de vários períodos de intensa ebulição social, finalmente tivemos a Carta Constitucional promulgada, representando o fundamento do nosso sistema jurídico. Sua superioridade se impõe, pois leis comuns não poderão violá-la, derogá-la, alterá-la, exceto pelas disposições determinadas por ela. (art. 60, CF, 1988).

Os artigos 1º e 3º estabelecem os princípios básicos que alicerçam o sistema e, consequentemente, a tutela de saúde, como a “dignidade da pessoa humana”, a “erradicação da pobreza e marginalização”, “a promoção do bem de todos”, entre outros.

O artigo 6º determina a “saúde” como direito social, juntamente com a educação, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a proteção à maternidade e a infância, entre outros.

Em vários outros artigos estão determinados aspectos relacionados à saúde, porém é no Título VIII, intitulado “Da ordem social”, especificamente dos artigos 196 a 200, é que estão as bases de toda a ordem constitucional sobre a saúde no Brasil atual.

A determinação de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” implica no sentido igualitário desse direito, que deve ser garantido por meio de políticas públicas, quer sejam econômicas e sociais, que possam se direcionar para a redução do risco à doença, bem como de outros agravos; ainda determina o acesso igualitário e universal às ações e serviços, bem como à promoção, proteção e recuperação da saúde. Tal mandamento constitucional, para ser concretizado, esbarra sempre na escassez de recursos além de aspectos jurídicos e filosóficos, como a discussão de ser norma programática ou não.

As legislações posteriores que emanaram da Lei Maior, como a Lei nº 8.080 de 1990 e Lei nº 8.142, também de 1990 regulamentaram o sistema – consagrado como Sistema Único de Saúde – o SUS. Além disso, outras legislações corroboraram para o desenvolvimento e evolução do Sistema: Lei nº 8.689/1993 (sobre extinção do INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social), Lei nº 9.313 de 1996 (sobre distribuição de medicamentos de forma gratuita; portador de HIV/AIDS), Decreto nº 127 de 1991 (da Organização Internacional do Trabalho – OIT – serviço de saúde do trabalho), Decreto nº 1141 de 1997 (sobre Proteção Ambiental, Saúde, Atividades produtivas, comunidades indígenas), Lei nº 11.634 de 2007 (sobre o direito da gestante de vinculação à maternidade, de onde deve receber assistência no âmbito do SUS), entre inúmeras outras regulamentações e normas programáticas emanadas do Ministério da Saúde, dos Estados e Municípios.

Uma das legislações mais recentes e polêmicas foi a Medida Provisória nº 621, de 08 de julho de 2013, posteriormente transformada em lei; Lei nº 12.871 de 22 de outubro de 2013 que instituiu o programa “Mais médicos” do Governo Federal, trazendo médicos de outros países, em especial de Cuba, para atuarem profissionalmente no Brasil, com o objetivo de implementar ações para aprimoramento do SUS e que merece inúmeras reflexões.

17. A SAÚDE APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O que se observou, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que as determinações legais foram sendo paulatinamente ampliadas.

O princípio de repartição de competências (exclusivas e privativas, comuns e concorrentes) entre os componentes do Estado Federal criado é o da predominância de interesse, por meio da qual competem à União questões de interesse geral ou nacional; aos Estados restaram reservados assuntos predominantemente regionais, ao passo que aos municípios estabeleceram os específicos, de interesse local.

Dessa forma, observou-se a descentralização do sistema de saúde em cada esfera de governo, isto é, a União, os Estados e Municípios. A municipalização dos aspectos de saúde foi de especial importância, pois as ações básicas são aí realizadas; não se podendo olvidar a responsabilização do planejamento conjunto nas esferas competentes de governo. A Vigilância Epidemiológica foi implantada, com sistema vacinal importante, controle de vetores, entre outros aspectos. A ANVISA, se constituiu como um órgão cuidador do sistema de Vigilância Sanitária, estabelecendo diretrizes para os seus diferentes setores de atuação, como Serviços de Saúde, Produtos relacionados à saúde, controle de Alimentos, além de Saúde do Trabalhador, com uma atuação importante também no controle dos portos e aeroportos.

A assistência à saúde se ampliou num sistema descentralizado, como determina a lei, implantado em três âmbitos de atuação – Atenção Primária, que atua como “porta de entrada” do sistema; Atenção Secundária, compreendendo os serviços mais especializados e Atenção Terciária, englobando os serviços de maior complexidade, como os hospitalares. A população aumentou de forma vertiginosa, entrando no “sistema único” cerca de quase duzentos milhões de pessoas, parecendo ser um dos maiores sistemas de saúde do mundo, na atualidade.

Dentro desse contexto, continua esbarrando na falta de estrutura física de atendimento, na falta de médicos e outros profissionais relacionados à área de saúde, na falta de preparo adequado desses profissionais para atuarem no grande número generalizada que se alastra por grande número de gerenciamentos inadequados dos microssistemas, para pontuar somente alguns poucos problemas existentes.

Outro diferencial de acréscimo, foi a implantação, por determinação legal (Lei nº 8.142 de 1990), dos Conselhos de Saúde, quer sejam os locais, os regionais, os municipais, os estaduais, bem como o nacional, se reunindo regularmente e cada qual traçando diretrizes próprias dentro de sua região, com participação de vários segmentos populacionais, não somente de técnicos. Dessa forma, os Conselhos – CNS (Conselho Nacional de Saúde), CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde – estaduais), CONASSEMS (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde) e Ministério da Saúde pactuaram responsabilidades conjuntas para que os princípios do SUS fossem salvaguardados.

O Pacto pela Saúde de 2006 – Portaria 399 de 22 de fevereiro de 2006, do Ministério da Saúde, no Anexo I, expõe que o SUS (Sistema Único de Saúde) é uma política pública com quinze anos de existência e “que presta bons serviços à população brasileira”, destacando que:

“O SUS tem uma rede de mais de 63 mil unidades ambulatoriais e de cerca de 6 mil unidades hospitalares, com mais de 440mil leitos. Sua produção anual é aproximadamente de 12 milhões de internações hospitalares; 1 bilhão de procedimentos de atenção primária à saúde; 150 milhões de consultas médicas; 2 milhões de partos; 300 milhões de exames laboratoriais; 132 milhões de atendimento de alta complexidade e 14 mil transplantes de órgãos. Além de ser o segundo país do mundo em número de transplantes, o Brasil é reconhecido internacionalmente pelo seu progresso no atendimento universal às Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS, na implementação do Programa Nacional de Imunização e no atendimento relativo à Atenção Básica. O SUS é avaliado positivamente pelos que o utilizam rotineiramente e está presente em todo o território nacional”.

Este documento destaca também, as prioridades, a saber: saúde do idoso, câncer de colo de útero e de mama, mortalidade infantil e materna, doenças emergentes e endemias, com ênfase na dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza. O texto enfatiza também que “há desafios permanentes a superar”.

O que se verificou então é que, historicamente, do caos inicial da saúde no período imperial, entramos no século XXI com problemas ainda graves a serem transpostos, embora as determinações constitucionais e legais sejam muito claras.

Por consequência, os cidadãos começaram a visualizar mais os seus direitos, entre eles o do acesso à saúde, recorrendo ao Judiciário quando não satisfeitos suas necessidades.

18. OS DIREITOS SOCIAIS E AS DEMANDAS POR SAÚDE

“A política social escapa ao cálculo econômico e ingressa na contabilidade ética, no cerne do conflito entre valores, no trágico comércio entre o bem e o mal. Considere-se, então, a seguinte proposição: chama-se de política social a toda política que ordene escolhas trágicas segundo um princípio de justiça consistente e coerente. A vantagem desta definição reside na cristalina revelação que faz do caráter metapolítico da política social. A política social não é uma política entre outras, dotada de um atributo que a diferencia das demais, mas da mesma ordem lógica. Ela é, na realidade, uma política de ordem superior, metapolítica, que justifica o ordenamento de quaisquer outras políticas – o que vale dizer que justifica o ordenamento de escolhas trágicas”.

Wanderley Guilherme dos Santos. A trágica condição da política social. p.37.

A partir do século XIX pode-se observar mudanças importantes no mundo ocidental; igualmente, no final do século XX, pois as mudanças tecnológicas foram intensas. No âmbito do Direito, o grande marco do século XX foi o constitucionalismo social. Desta feita, esse fato ficou bastante marcado nas Constituições do pós-guerra, além de serem objeto de vários pactos internacionais – dentro desse espaço, nossa Constituição também privilegiou os Direitos Sociais.

O Ministério da Saúde (2006) explica em documento que:

“O direito à saúde, hoje, faz parte dos direitos humanos, mas nem sempre foi assim considerado ao longo da história. Não fazia parte, por exemplo, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco histórico dos direitos civis na Revolução Francesa. É um direito que se estrutura não só como reconhecimento da sobrevivência individual e coletiva, mas como direito ao bem-estar completo e complexo, implicando as condições de vida articuladas biológica, cultural, social, psicológica e ambientalmente, conforme a tão conhecida definição da Organização Mundial da Saúde. A saúde é considerada na sua complexidade, colocando-se como um bem econômico não restrito ao mercado, como forma de vida da sociedade, e direito que se afirma enquanto política, com as dimensões de garantias de acesso universal, qualidade, hierarquização, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. O reconhecimento da saúde como bem-estar, satisfação, bem coletivo e direito configura um paradigma civilizatório da humanidade, construído num processo de embates de concepções e de pressões dos movimentos sociais, por estabelecerem uma ruptura com as desigualdades e as iniquidades das relações sociais, numa perspectiva emancipatória, levando-se em conta, evidentemente, as diferentes culturas e formas de cuidado do ser humano. O direito à saúde implica o reconhecimento de que todas as cidadãs e todos os cidadãos, sem exceção, têm as garantias universais da saúde”.

Pelo texto, infere-se que o Ministério da Saúde explica que o direito à saúde é “direito humano”, destacando o Brasil sob a égide do Direito Internacional. SARLET (2014), jurista, ensina que a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, considerando que os primeiros são assegurados no plano do Direito Internacional, isto é, são assegurados a qualquer pessoa independentemente de seu vínculo determinado ao Estado, ao passo que os Direitos Fundamentais, são consagrados no plano constitucional de cada Estado.

Além disso a Constituição Federal de 1988 estabelece a saúde como direito social, podendo-se afirmar ser esse um direito fundamental social.

Barragán, autor mexicano, define direitos sociais como:

“ (...) el conjunto de normas jurídicas que establecen y desarrollan diferentes principios e procedimientos protectores em favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos socialmente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales, dentro de un orden jurídico. Por esta razón se ha afirmado que el derecho social no conoce individuos, personas particularmente consideradas, sino grupos; patrones y trabajadores, obreros y empleados, campesinos, jóvenes e adultos, necesitados, ancianos y enfermos”. (*apud* MENEZES, 2015, p.53)

Na realidade, esses direitos são os chamados de Segunda Dimensão (conforme o jurista português Canotilho, “dimensão” seria o termo mais correto, pois “geração” implica em finalização e substituição, ao passo que dimensão dá uma ideia mais ampla) e reclamam do Estado, de certa forma, uma diminuição das desigualdades existentes.

No Brasil, os avanços relativos às desigualdades foram se estabelecendo gradativamente a partir dos anos 70 do século passado, por isso se observou tão claramente a inserção deles na Carta Máxima. Assim, Menezes (2015, p.60) ensina:

“ Os direitos sociais descritos na Carta Magna são mais que direitos exercitáveis pelos cidadãos; são exigências que não podem ser adiadas, direcionadas à realização social, cuja efetividade se dá a toda a coletividade, e não exclusivamente a um indivíduo”.

SILVA (2015, p.109) explica que uma Constituição “não pode asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico”, dessa forma os constituintes ou legisladores deverão estar livres para estabelecer suas escolhas, evidentemente priorizando os ideais ou objetivos da população que os elegeram, sempre respeitando as regras e princípios impostos pela Constituição vigente.

O que se observa, porém, é o grande óbice de efetividade dos direitos sociais. O que está determinado na Constituição não pode ser visto como inaplicável ou não efetivo, do contrário a própria ordem constitucional ficará desacreditada. A seguir, pode-se entrar dentro do alcance da aplicabilidade imediata ou não dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, como a saúde, em que vários autores divergem. O ponto crucial

fica estável nos limites da “reserva do possível”, cabendo ao judiciário preencher as lacunas existentes.

19. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL.

O marco referencial da doutrina da “reserva do possível” tem como marco referencial uma decisão proferida pela Corte Constitucional da Alemanha, em demanda relativa a impossibilidade de acesso em algumas Universidades alemãs. O acórdão foi denominado *numerus clausus* e foi elaborado com base em Lei Federal relativa à livre escolha de ofício, profissão ou trabalho, haja vista a não disponibilidade de todos os interessados do número suficiente de vagas. Estabelecendo o contexto histórico, este fato ocorreu no final dos anos 60, do século passado, em que houve uma demanda muito grande de alunos para as Universidades, mas ao mesmo tempo não houve ampliação do número de vagas dos cursos, em especial o de Medicina. Ante o problema, o governo introduziu uma espécie de seleção com base nas notas obtidas no curso médio, os chamados *numerus clausus*, que se alicerçou na meritocracia.

A fundamentação da decisão da Corte máxima alemã foi construída inicialmente especificando que o legislador, ao elaborar leis, deveria observar os interesses da comunidade, porém preservando o equilíbrio econômico global – não devendo exacerbar nos custos, com a finalidade de não criar dívidas exageradas para a sociedade. Em seguida, o acórdão destacou que a liberdade pessoal estava sendo exercida em alto grau, em detrimento do equilíbrio da sociedade como um todo, para finalmente concluir citando aspectos do chamado Estado Social, sendo que neste, haveria total incompatibilidade de uma pretensão subjetiva ilimitada com os desejos da sociedade.

Desta forma, o Tribunal observou que o Estado pode atender um interesse individual, porém deverão, sempre, ser observados os limites da razoabilidade, pois os direitos sociais “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, *apud* MENEZES, 2015, p.203).

Dentro dessa ótica, estava excluída praticamente, o surgimento da pretensão, e não somente a exequibilidade da pretensão do direito. Implícita, também, a ideia de que quando se satisfaz um direito a um, se nega a outros, pois sempre há escassez de recursos dentro do Estado, devendo-se manter os limites da razoabilidade dentro do contexto do país.

Resumindo, pode-se inferir que este princípio da reserva do possível é fator importante ou um meio eficaz de margem de segurança, mesmo quando o Estado está diante de obrigações constitucionais positivadas.

Dentro desse espaço, procurou-se transladar essas determinações para o contexto brasileiro; e, em especial, para a área de saúde.

Ressalta-se, porém, que uma doutrina europeia, de um país com características bastante diferentes do Brasil, deve ser recebida com certa reserva, dadas as contingências especiais – quer sejam políticas, econômicas e sociais.

MENEZES explica que nas decisões judiciais brasileiras, a “reserva do possível” tem uma discussão empobrecida, pois costuma mencionar a questão orçamentária e a obrigação do ente relativo, ou seja, a União, o Estado, ou o Município de realizar a efetividade da ação. No caso da saúde, tem-se que visualizar o direito à vida, que é o máximo que se pode tratar.

Citando SARLET, Vitor Menezes (2015, p.213) aponta que “a reserva do possível constitui uma espécie de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, mas poderia também atuar como opção de aspectos conflitantes em casos dos direitos que se opõem”. Especifica também, a opinião de Krell (2002), quando afirma que “o princípio da reserva do possível é uma falácia, decorrente de um Direito Constitucional comparado equivocado, na medida em que a situação social brasileira não pode ser comparada àquela dos países membros da União Européia. Para Krell, o Estado deveria satisfazer todos os casos (MENEZES, 2015, p.214).

MENEZES (2015, p.219) propõe que deverá haver uma lógica de raciocínio ligada à realidade. O cidadão não poderá demandar o que for logicamente impossível, ou seja, “só é permitido demandar dos poderes públicos as prestações materiais que são logicamente possíveis, observadas as circunstâncias da realidade em dado momento”.

Aponta, também, que, no Brasil, não se pode desconsiderar que a saúde, como direito social, está afetada diretamente pela reserva do possível em suas manifestações – quer seja pela disponibilidade ou indisponibilidade dos recursos existentes, quer seja pela capacidade técnica ou jurídica.

O entendimento no Brasil, pelos doutrinadores majoritários (como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso), é que os direitos sociais têm sua aplicabilidade imediata, pois trata-se de direito subjetivo – são dotados de efetividade. Em decorrência, esses direitos são exigidos pela atuação do Poder Judiciário, ocasionando excesso de demandas para a concretização dos mesmos.

Desse modo, o Judiciário tem sido provocado, frequentemente, para manifestação e o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reiterado a efetividade desses direitos, quase que coagindo o Poder estatal executivo a providenciar a efetivação das políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, somam-se julgados do STF que têm sido importantes para reconhecer a justiciabilidade dos direitos sociais. Vê-se no Recurso Extraordinário (RE) nº 271.286 e outros, como RE nº 232.335, AI nº 236.644, RE nº 242.859, RE nº 247.900, RE nº 267.612, que tratam do direito à vida.

É MENEZES ainda que faz considerações a respeito das decisões emanadas da Corte Maior, que devem, segundo ele, serem observadas pelos julgadores, estabelecendo critérios como: em primeiro plano, o direito fundamental demandado deve estar incluso no conceito de mínimo existencial; e em segundo, deve haver capacidade econômico-financeira do ente estatal, portanto afastando o conceito da reserva do possível. Desse modo, entende-se que o direito é fundamental e compõe o “mínimo existencial”, e havendo recursos disponíveis para sua realização, o ente estatal tem o poder-dever de implementar a política de saúde solicitada.

Denise Vasconcelos Silva (2015, p.21), discorrendo sobre o direito à saúde, na atualidade, aborda a teoria das Quatro fases, buscando oferecer critérios mais objetivos ao magistrado, para julgamento de casos relativos à saúde.

Assim expõe:

“Primeira fase: Mínimo existencial; segunda fase: interesse coletivo versus interesse individual; terceira fase: reserva do financeiramente possível, para que não se afete o orçamento público, não se comprometa a estrutura organizacional do Poder Público e não haja uma violação aos princípios da legalidade e isonomia; quarta fase: as questões políticas de Dworkin na função jurisdicional; o juiz, por fim, deverá assegurar os direitos sociais fundamentando suas decisões em ‘argumentos de princípios’ de justiça e de moralidade social, entretanto não poderia valer-se de ‘argumentos políticos’, porque se assim agisse, entraria no mérito administrativo, que cabe apenas ao Poder público com sua discricionariedade, conveniência e oportunidade, para isso o judiciário poderá valer-se do princípio da proporcionalidade e das noções de justiça”.

Em primeiro lugar, a orientação deverá ser pela proteção e promoção da saúde, segundo o princípio maior explícito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 – o da dignidade da pessoa humana. A seguir, indo em direção da superação dos interesses e anseios individuais do direito, o juiz deverá produzir uma decisão voltada mais para o coletivo, isto é, que seja socialmente justa. Num terceiro momento, há que se pontuar a

disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, levando-se em conta uma gama imensa de variáveis e prioridades esclarecidas nos planos e atividades programáticas da área, haja vista a sempre importante falta de recursos para o todo necessário. A seguir, a decisão judicial, na visão de Dworkin, filósofo norteamericano do direito, para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, não deve estar ligada a argumentos políticos, mas em argumentos de princípios, como os de justiça, moralidade política e social, princípios constitucionais enfim.

Este autor ensina a importância de se entender como os juízes decidem os casos, pois uma decisão concreta, segundo ele, depende muito da “cabeça do juiz”, mais do que qualquer norma existente elaborada pelos legisladores. Assegura que os juízes criam um “novo” direito toda vez que decidem um caso importante, desta feita, a discricionariedade deve ser repensada na função julgadora.

A autora Denise Silva ainda assegura que, nas decisões judiciais deverá haver o princípio da proporcionalidade, que é inerente a qualquer conceito jurídico de poder, em um estado democrático de direito. Esse princípio, também denominado da preponderância de interesses não está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, mas vários doutrinadores esclarecem que ele está embutido no artigo 5º, § 2º, pois este princípio tem um caráter de instrumento, especificamente ligado ao da dignidade da pessoa humana.

MENEZES (2015, p.286) cita a teoria *Fuzzy* do jurista português Canotilho, cujo significado do inglês, seria “coisas vagas”, “indiferente”, “indeterminado”, cujo desenvolvimento está ligado aos direitos econômicos, sociais, culturais, mas dá a entender que as políticas públicas em geral (e a saúde, entre elas), quando decididas pelo Judiciário de forma voluntarista e sem critérios científicos, impacta no equilíbrio da federação. Em continuação, explica que os juristas devem abandonar parâmetros jurídicos-dogmáticos rígidos, mas ao mesmo tempo não pode permanecer indiferente aos paradigmas dominantes na sociedade hodierna – deve proferir decisões fundamentadas, sopesadas cientificamente, e principalmente claras.

É ainda Canotilho que questiona a função do Estado como agente provedor das demandas prestacionais aos cidadãos, que, via de regra, é realizada por meio de pagamento de impostos, bem como não se mostra a favor da validade do princípio da universalidade para os direitos sociais tanto para os direitos individuais. Como não há possibilidade do Estado prover todo o universo de políticas sociais, o jurista propõe a “desconstitucionalização das políticas sociais”, ressaltando, porém, a necessidade da presença dos direitos sociais no âmbito normativo-constitucional) e também a

subsidiariedade, uma espécie de processo de “desintroversão”, composto de “auto-ajudas sociais”. Afirmar, ainda, que são as leis que movem os direitos fundamentais, e não o contrário; desta feita, todo julgador deve sempre buscar uma solução com equidade, sem pretender o ideal, mas buscando uma solução possível dentro da atual sociedade e das condições econômico-financeiras de cada estado, com o objetivo maior da macrojustiça. (MENEZES, 2015, p.291).

MENEZES, destaca que o direito à saúde deve ser entendido como direito subjetivo misto, pois somente seria subjetivo se estivesse conforme com a política pública aprovada pelo Poder Legislativo e em harmonia com a “reserva do possível”. Defende ainda, que deveria haver Varas especiais para julgamentos do Direito à saúde, com vistas à produção de julgamentos “mais técnicos, menos jornalísticos, mas justos e menos iníquos” (MENEZES, 2015, p.311).

Em relação ao mínimo existencial, SARLET (2014), explica:

“... firma-se posição no sentido de que o objeto e o conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade, onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos que uma vida saudável”.

Destaca, entretanto, que há que se distinguir entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, especialmente pelo fato da distinção do mínimo necessário para a sobrevivência do indivíduo, isto é, um mínimo vital, que signifique mera sobrevivência física. Explica ainda, que a dignidade da pessoa humana implica em uma dimensão sociocultural. Desta feita, sob essa ótica, esta garantia fundamental “independe de expressa previsão constitucional para ser reconhecida” (SARLET. 2014, p.7)

Ana Paula Barcellos (2002, p.21) discorrendo sobre o tema, defende o “mínimo existencial” para uma vida digna, que seria composta por quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados, envolvendo direito à alimentação, vestuário e abrigo, e, por fim, o acesso à justiça, lembrando que tais direitos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que ela confere eficácia jurídica positiva (status de direito subjetivo – exigível diante do Poder Judiciário)

FIGUEIREDO (2015, p.64) esclarece que a dimensão subjetiva do direito à saúde faz com que o cidadão tenha um direito a imediata prestação efetiva. “A subjetivação da

saúde reside na prestação sanitária em espécie, cuja natureza não é pecuniária e pode ser reclamada pelo titular desse direito, diante da ausência de ação do Estado”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem pautando suas decisões em direção do reconhecimento que saúde é direito fundamental do homem e, estabelecendo também que, como direito social, se situa no rol dos direitos e garantias fundamentais, já que tem os mesmos atributos e garantias desses. Assim também, reconhece que o artigo 196 da CF de 1988 tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, acentuando que o artigo 5º, § 1º deve ser interpretado buscando a máxima eficácia desse direito.

Em contraposição, Polyana Santana Moraes (2011), discorrendo sobre o direito à saúde, explica que este surgiu no contexto do Estado Social e assim ainda é tratado, embora estejamos em um modelo de Estado Constitucional. Acrescenta que a Constituição Federativa de 1988 consagrou outro modelo de Estado – o Democrático de Direito; dessa forma, dentro dessa ótica, os direitos nela previstos devem receber uma terapêutica concordante com esse novo modelo estatal. Ao se fazer uma análise histórica do desenvolvimento do Estado Social, a autora observa que há ainda hoje, uma grande dificuldade na concretização dos direitos fundamentais.

A autora ainda argumenta que o Estado Democrático (artigo 1º da CF de 1988) tem como um de seus objetivos primordiais o exercício dos direitos. Sob sua ótica, não há que se falar em intermediação de lei para concretizar o direito – indo para a esfera programática, que é um argumento típico do Estado Social, contexto que já foi ultrapassado pela Constituição de 1988. Citando o norte-americano Dworkin reitera que a sociedade deve aceitar que há princípios norteadores de governança e direito e não apenas regras criadas por acordo político. Sintetizando, o direito à saúde não pode ficar restrito ou submerso em estratégias políticas de partidos e governos que se alternam, mas em sólidos princípios constitucionais já existentes.

A respeito do apelo ao Judiciário das questões relativas à saúde, expõe que é necessário e desejável que uma parte pequena e especial das decisões mal decididas ou não decididas no âmbito da esfera política, sejam trazidas para a seara do judiciário – fenômeno que inova, aprofunda e consolida a democracia brasileira. Visualiza, assim, que o Poder Judiciário é um dos alicerces da democracia moderna e atua contra majoritariamente em meio ao “déficit” de políticas públicas – no seu modo de entender, os juízes decidem baseando-se em princípios e não tomam decisões políticas.

Outro autor, Herberth Costa Figueiredo (2015, p.56) aprofunda uma análise sobre saúde e direito e expõe:

“A posição que a saúde ocupa no ordenamento jurídico pátrio, na condição de direito e dever fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, caracteriza-a como direito fundamental da pessoa humana oponível contra o Estado, obrigando-o a determinada prestação sempre que o bem da vida esteja concretamente em risco”.

O autor cita Alexy, jurista alemão (p.59), no seu esclarecimento sobre princípios e regras; os primeiros não contem mandamentos definitivos, ao passo que as regras apresentam razões definitivas.

Outro objeto de estudo interessante é a discussão sobre saúde, enquanto direito público subjetivo. Guido Carvalho e Lenir Santos, autores especializados em direito sanitário explicam que saúde é direito público subjetivo e um direito social prestacional, pois a saúde é vista como “direito público subjetivo”, então o papel do Estado é o de garantir sua satisfação. (*apud* FIGUEIREDO, 2015, p.64)

FIGUEIREDO (2015, p.194), analisando as formas de organização do Estado Federal, explica que estas são muito variáveis no tempo e no espaço, já que o federalismo do século passado não é o mesmo de nossos dias. As novas tendências se distanciam do federalismo clássico, da matriz norte-americana, com simetria entre os entes federados. Apresenta, então, o federalismo “assimétrico” como uma forma anômala do federalismo, que é formado a partir de linhas definidoras do federalismo simétrico.

Este autor cita Raul Machado Horta, que coloca a expressão do federalismo assimétrico contida no artigo 1º da CF de 1988, que consagrou uma assimetria importante, inserindo o Município na composição da República Federal, noção não determinada em nenhum outro texto do federalismo constitucional contemporâneo.

Explica, ainda, que, as normas assimétricas, embora de incidência parcial, podem alterar profundamente a estrutura do federalismo simétrico; e é possível localizá-las em algumas Constituições contemporâneas.

É Figueiredo que afirma também que na Carta Constitucional de 1988, “o Estado Federal brasileiro adquiriu a estrutura mais heterogênea de sua história, onde a figura dos órgãos federais recebeu substancial modificação formal na repartição de competências, numa clara tentativa de descentralizar poderes políticos e administrativos em busca de promover o desenvolvimento de determinadas regiões”. (FIGUEIREDO, 2015, p.196)

Desse modo, a vinculação condicionada dos Municípios na implementação de políticas públicas – no caso as de saúde, gera uma questão no federalismo “assimétrico” explícito na CF de 1988.

Estabelece que no Brasil há um Sistema Constitucional Assimétrico de Saúde que buscou evidenciar a descentralização e a efetivação do Sistema Único de Saúde, encontrando obstáculos à sua implementação. Nesse modelo, “verifica-se muitos obstáculos e dificuldades em relação à garantia efetiva dos direitos sociais no Brasil, principalmente no que tange ao seu processamento interno pelo sistema jurídico”. (FIGUEIREDO, 2015, p. 351). Conclui dizendo que:

... “para a implementação do direito fundamental à saúde, faz-se necessário estabelecer um novo patamar para as políticas de saúde que, assentadas em um modelo de federalismo cooperativo, devem ser pactuadas a partir de aspirações, demandas e expectativas da sociedade para que cidadãos possam exercer em sua plenitude os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, como corolários do direito à saúde, dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito”.

20. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Buscar a saúde e escapar da dor, alimentar-se bem e ressaltar a beleza do corpo são anseios genuinamente humanos. Por isso, dos pajés aos neuro-cirurgiões, das ervas medicinais aos remédios de última geração, dos xampus aos quitutes, curar (e alimentar-se ou embelezar-se) sempre deu poder”

BRASIL. Eduardo Bueno – Porto Alegre, 2005

Historicamente, portanto, vê-se que as discussões relacionadas ao conceito de saúde atravessaram séculos, ora enfatizando aspectos mais gerais, ora enfatizando aspectos específicos, mas o que importa é que a amplitude dos pontos de conexão foram se dividindo – um pouco a saúde se relacionava com o meio ambiente, (isto é, a saúde visualizada como promoção da saúde ou prevenção de doenças) ou, em outro momento, se relacionava com as questões antagônicas à doença (isto é, a saúde como ausência de doença), ou mesmo com um combate a um ente patogênico específico.

Foi somente no século XX, após a Segunda Grande Guerra, com a criação da ONU ou Organização das Nações Unidas e posteriormente do seu organismo específico para tratar de assuntos relativos à saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS) é que o conceito se uniformizou. A “saúde como completo bem-estar físico, social e mental, não somente ausência de doenças”, gerou muitas reflexões e foi capaz de ampliar o conceito em direção aos direitos sociais das pessoas e dos cidadãos.

O momento atual, no Brasil, é de expectativas. As questões relativas à saúde brasileira têm sido expostas na mídia de forma desalentadora, levando à reflexão sobre o próprio espaço de criação do SUS e o efetivo atendimento à população.

Conforme os diferentes autores já citados, pode-se dizer que a saúde é um direito público subjetivo e bem jurídico constitucionalmente tutelado, expresso nos vários artigos constitucionais, e, enfaticamente no artigo 6º, de forma expressa

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”.

Verificou-se que a Carta Maior de 1988 se reveste de um marco absolutamente intenso no processo de saúde do Brasil – o reconhecimento constitucional expresso que foi consequência de pressão expressiva junto à Assembleia Nacional Constituinte, que se solidarizou com as demandas das populações envolvidas nos seus movimentos sociais

Como visto, há autores que se colocam como favoráveis ao direito estabelecido na Constituição de 1988, não necessitando, portanto, de legislações posteriores para que se concretizem tais direitos. Outros, há, também, que negam essa condição e ampliam suas teorias, como já exposto acima.

A saúde como “direito de todos” e “dever do Estado”, universaliza o direito do cidadão brasileiro a ter saúde – acesso igualitário às ações e serviços, de tal forma que haja promoção, proteção e recuperação da saúde - e ao mesmo tempo impõe uma condição socializadora num espaço decisório-político de efetivação e de resultados.

Na tentativa de conclusão, procurou-se visualizar o processo de saúde no percurso de sua história, tanto de modo geral como em especial, no Brasil. Ao olhar para a dimensão histórica e o consequente direito à saúde, desde a primitiva condição de Colônia até nossos dias, destacando os momentos históricos importantes da elaboração das Constituições brasileiras, verifica-se que houve uma implantação paulatina dos direitos da saúde e uma ampliação dos direitos sociais. Nesse percurso rápido, verificou-se que as condições estruturais eram mínimas, os recursos sempre escassos, e a determinação política tomou diferentes rumos diante das dificuldades encontradas. Até praticamente os primeiros anos do século XX a população estava praticamente desprotegida.

Dados atuais do Ministério da Saúde destacam o avanço das políticas implantadas após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, mostrando inegavelmente o avanço promovido em séculos de atraso.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se claramente que o Brasil vive um momento especialíssimo na história da saúde, pois há o reconhecimento constitucional do direito à saúde, embora com inúmeras reflexões por parte dos operadores do direito – quer sejam os advogados, os juízes, os tribunais, que agem tentando realizar e efetivar os direitos constitucionalmente determinados.

A “saúde como direito de todos e dever do Estado”, com “acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” determinada em regramento legal ainda não está se revelando bastante para a efetividade tão almejada e necessitará, com certeza, de novas amplitudes legais e outras lutas sociais; visualiza-se que o processo está em andamento.

A partir do exposto, importante se torna a visualização da história, que também se apresenta como um dinâmico processo, tanto da saúde como do direito, que se renovam em movimento contínuo e perene.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949. (Edição Nacional).

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4.ed., 10ª impressão. São Paulo: Ática, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos, ver. Téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora de Brasília, 6. ed. 1995.

BOBBIO, Norberto, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. **Dicionário de Política**. Tradução Carmem Varialle [et al.]. 7.ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A crise presidencial da ditadura, a Constituição e o prefácio de Ulisses Guimarães. Artigo publicado no Jornal Estado de Direito. Brasil, nº 48, ano X, 2015, p.4 e 5.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Eduardo Bueno. **À sua saúde**. A Vigilância Sanitária na História do Brasil. Brasília: Ministério da Saúde: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 399 de 22 de fevereiro de 2006**. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **A construção do SUS** – histórias da Reforma Sanitária e do processo participativo. Ministério da Saúde. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 4.ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

CALDWELL, Taylor. **Médico de Homens e de Almas**. Tradução de Aydano Arruda. 58. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: RECORD, 2015.

COHN, Amélia, ELIAS, Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 5. Ed.. São Paulo: Cortez, CEDEC, 2003.

CRUZ, André Gonzalez. **A evolução da saúde nas constituições brasileiras**. Disponível em: <[http:// www.revistavisãojurídica.com.br/editora_escal](http://www.revistavisãojurídica.com.br/editora_escal). Acesso em: 10/01/2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**. Da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUPAS, Maria Angélica. **Pesquisando e normalizando**: noções básicas e recomendações úteis para elaboração de trabalhos científicos. São Carlos: UFSCar, 1997.

DEVECHI, Antonio. (org.) **Constituições do Brasil, 1824-1988**: documento histórico. Curitiba: Juruá, 2012.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil**. Sistema Constitucional Assimétrico e as interfaces com as políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2015.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução do original francês “Introduction historique au droit”. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. Coimbra, Portugal: Armênio Amado, 1984.

MORAES, Polyana Santana. **Direito à saúde**: o problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sociais. Disponível em: <<http://www.cadernovirtual.com.br>. nº 24. v. 1. – jul-dez/2011. Acesso: 20 de janeiro de 2016.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**. Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSEN, George. **Uma história da saúde pública**. Tradução Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Rubens de Alcântara Bonfim. São Paulo: UNESP Editora, Hucitec, Abrasco, 1994.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique, SANTOS, Wanderley Guilherme, COIMBRA, Marcos Antonio, **Política social e combate à pobreza**. 3.ed., Rio de Janeiro: JorgeZahar, 1989.

SARLET, Ingo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br> Edição 24. Acesso em: 23 de maio de 2014.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 45 de 08 de 12 de 2004, publicada em 31 de dezembro de 2004). São Paulo: Malheiros, 2005.