



ASPECTOS HISTÓRICO-CONSTITUCIONAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E SUA CONFORMAÇÃO COMO UM "DEVER DO ESTADO"¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Bruna Tamiris Gaertner³

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática dos direitos fundamentais, contemplando o direito à saúde. Ao decorrer do artigo, é realizado um estudo sobre a evolução histórico-constitucional da saúde no Brasil, averiguando desde a vinda da Corte portuguesa para o país, até a seguridade da saúde nos dias atuais. Tendo por objetivo, a conformação do direito a saúde na constituição brasileira de 1988 e sua caracterização como elemento do mínimo existencial. No decorrer do trabalho, buscou-se também compreender algumas temáticas que rodeiam o objetivo central, como, os conceitos de saúde e principalmente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, como forma de preparação da análise do mínimo existencial, utilizado para estreitar caminho com o direito à saúde, que é enfoque neste artigo.

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14- 5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

³ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: brunatamiris@mx2.unisc.br



Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; direito à saúde; direitos fundamentais; evolução histórico-constitucional da saúde; mínimo existencial.

ABSTRACT: This work presents the results of a literature search, designed from the deductive method to approach purposes, and monographic, the procedural title, on the issue of fundamental rights, covering the right to health. In the course of the article, it is a study on the historical-constitutional development of health in Brazil, checking since the coming of the Portuguese Court to the country, to the health security today. With the objective, the conformation of the right to health in Brazil's 1988 constitution and its characterization as part of the existential minimum. During the work, we sought to understand some issues that surround the central goal, as the concepts of health and especially of fundamental rights and human dignity, in order to the minimum existential analysis of preparation, used to narrow path with the right to health, which is focus in this article.

Keywords: Dignity of human person; right to health; fundamental rights; historical-constitutional development of health; existential minimum.

1. Introdução

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, a problemática que cerca os direitos sociais em vista de sua efetividade e a garantia do mínimo existencial, frente ao dever de proteção por parte do Estado no direito à saúde.

No Brasil, é na Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, a saúde é contemplada como um direito fundamental social, de caráter universal, sendo dever do Estado garantir, através de políticas públicas, a efetivação de tal direito, tanto no âmbito curativo como preventivo, pois, até então, recebia apenas contemplação restrita para algumas classes econômicas do Brasil e era garantido apenas em âmbito curativo.

Possui estreita conexão com a noção de dignidade humana e, portanto, conforma um dos conteúdos do mínimo existencial.

Nesse contexto, o problema que se apresenta à pesquisa é: qual a conformação do direito a saúde na Constituição brasileira de 1988 e sua caracterização como elemento amoldado ao mínimo existencial?



A fim de realizar a consecução dos objetivos propostos, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com a utilização do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, analisando-se os elementos essenciais ao tema, como a doutrina e a legislação em vigor.

Desta forma, buscou-se, na primeira seção do trabalho, uma construção teórica acerca do direito à saúde no contexto constitucional brasileiro, sua história e sua tímida aplicação até os dias atuais, para, na segunda seção, analisar a importância de o direito à saúde ser garantido como um direito fundamental social e como parte do mínimo existencial, enquanto direito a ser garantido pelo Estado.

2. Evolução histórico-constitucional do direito à saúde

Antes mesmo de iniciar a real discussão do presente artigo, é necessário o conhecimento da palavra “saúde” no meio jurídico. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser garantida integralmente aos brasileiro e aos estrangeiro. Entretanto, como saber tudo que nos é assegurado por direito? Conforme Dallari, a terminologia “saúde” representa tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar. Dessa forma o poder público busca efetiva-la por meio de políticas públicas tanto preventivas, como curativas. (DALLARI, 1995, p. 29)

A breve história do direito à saúde pública no Brasil começou de forma discreta no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa, abstendo-se a programas de combate à lepra e à peste, com ações voltadas ao controle sanitário nas ruas e nos portos. (BARROSO, 2007, 97). Além da vinda da Corte portuguesa ao país, outro fator que motivou a aplicação de algum sistema curativo de saúde, tanto para classes mais elevadas da sociedade, quanto das classes populares, foi a intensão de combater as epidemias de febre amarela, varíola e peste, pois estavam afastando grandes compradores de café. Assim, acabavam ameaçando os interesses do modelo econômico agrário-exportador, já que navios mercantes começaram a deixar de fazer escala em portos do Brasil, passando diretamente para o país vizinho, Argentina. (SILVA; MENEHIM; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540)

Para livrar o país das pestes e assim, trazer de volta a motivação dos mercadores para o café do país. Se intensificou principalmente em portos e estradas “chamados espaços de circulação de mercadoria”, um modelo “campanhista”, que era baseado em experiências dos serviços de saúde dos exércitos coloniais, na qual



se mantinha a estrutura e o modo de operação militar. Sendo um modelo repressivo de intervenção médica nos corpos individuais e sociais. Esta estrutura, teve uma grande influência da doutrina chamada de polícia médica, oriunda da Alemanha de Bismarck. Onde se possuía a ideia de que cabia ao Estado assegurar o bem-estar e segurança do povo. Neste mesmo século, o sistema de funcionamento das “políticas” de saúde eram voltados ao sistema sanitário. (SILVA; MENEZES; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540)

Este modelo repressivo denominado de “campanhista”, não teve grandes modificações ao decorrer do século XIX e início do XX, apenas um aumento no número de combates a doenças. Como se pode observar na passagem de Barroso abaixo:

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. (BARROSO, 2008, p. 20)

É na constituição de 1934, conforme artigo 10, II, que intitula o dever de cuidar da saúde e assistência pública, como competência concorrente entre a União e os Estados. Assim, começa a surgir um interesse real pelo bem estar físico da pessoa humana. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 08)

A Constituição de 1934 também dispõe que é “obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias” (Art. 141), e também, não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos (Art.142), inclusive aquelas referentes à saúde. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 08)

Continua CARVALHO e PINTO (2011, p. 08), que toda preocupação com a saúde na Era Vargas, não fôstes por compaixão com a comunidade brasileira, nem tão pouco por conscientização estatal ou pela trajetória do direito à saúde no país. Mas sim, como forma de mascarar o Estado autoritário que se formava. Apesar de se orgulhar da criação de suas políticas de saúde, à muitos brasileiros restou à morte, por não conseguirem ajuda médica necessária, pois a maioria fora tratada



como párias da sociedade. Apesar de se ter declarado na Constituição vigente na época era dever e responsabilidade estatal cuidar da saúde da população.

Dessa forma, a política que realmente se pensava em 1930, foi consolidada somente após 2^o guerra, conforme salienta Maria Bravo:

Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. O Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) foi criado durante a 2^a Guerra Mundial, em convênio com órgãos do governo americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller. No final dos anos 40, com o Plano Salte, de 1948, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia: a Saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 53, mas não foi implementado. (BRAVO, 2009, 05)

Mesmo com a troca de governo e a volta da redemocratização, as políticas de saúde continuaram à mercê do devido respeito e importância pública. Foi criado, então, em 25 de julho de 1953, o Ministério da Saúde – passando a dividir o Ministério da Saúde e Educação –, através da Lei 1.920. Entretanto, os recursos financeiros do ministério eram escassos e havia toda uma estrutura burocrática que empecilhavam o desenvolvimento de políticas e prestações à saúde. A escassez de recursos a saúde foi tão grande, que a Organização Pan-Americana de Saúde (órgão regional da Organização Mundial da Saúde), precisou atuar diretamente no combate da malária no Brasil. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 10)

Até então, o direito à saúde havia sido tratado como um direito coletivo. Contudo, na época da Ditadura Militar se instaura como um direito individual. Já que, a saúde era garantida em sua totalidade apenas aos trabalhadores que estivessem no mercado formal. Uma vez que, ocorreu a junção da Previdência Social com as IAPs, ou seja, os trabalhadores do mercado informal e aqueles que não possuíam emprego, não se encontravam amparados pelo Poder Público, em questões de direito à saúde. (BARROSO, 2008, p. 14)

Continua o autor, nesse período foram criados Serviços de Assistência Médica Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Na qual, todo trabalhador de carteira assinada era contribuinte e beneficiário de tal serviço, podendo usufruir da saúde pública, todavia os trabalhadores informais, não tinha acesso ao benefício e voltavam a se enquadrar no que ocorria no século XIX.

Com a redemocratização e a formulação da Constituição de 1988, pode-se perceber que o legislador teve um sério cuidado com os direitos fundamentais e sociais. Passando a atual Carta Magna, a ser a primeira a garantir o direito à saúde



para todo (incluindo-se aos estrangeiros). Conforme passagem de Sarlet e Figueiredo:

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF), que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV). (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 02)

Assim, entende-se que o direito à saúde na Constituição de 1988 passa a ter um forte protagonismo. Em virtude de ser garantido plenamente, com eficácia imediata e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, além de se encontrar assegurado como um direito fundamental.

É através de políticas públicas que se encontram a efetivação dos direitos sociais, como exemplo, o direito a saúde. Com isso, foi sancionada a Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Entre os princípios norteadores deste sistema, está o princípio da integralidade, que revela a necessidade de articulação contínua de ações e serviços preventivos e curativos em matéria de saúde. Portanto, além dos objetivos do SUS de combate às doenças e suas consequências, há o fomento de ações enquadradas numa medicina preventiva, cuja importância consiste não só em evitar o desenvolvimento de doenças, como também a melhora da qualidade de vida dos cidadãos. (ASENSI; AIDAR; RAMOS; PINHEIRO, 2015, p. 03)

A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) estipula toda a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, também propondo o modo como deve ocorrer o funcionamento e a organização do sistema. O mesmo é “concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas



federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta”. (BARROSO, 2008, p. 16)

A Lei 8.080/90, em seu artigo 7º e incisos, traz um rol de princípios para o funcionamento dessa política pública. Em meio aos treze incisos que se ocupam do tema, é importante destacar dois deles: o inciso I- “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” – por meio do qual é garantido a todos que usufruam do serviço público de saúde, independentemente da idade, condição financeira, etnia, credo, etc.; e o inciso IX- “descentralização político-administrativa, com direção em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde – dessa forma, passa a ocorrer uma divisão quanto ao ente governamental que cederá recursos financeiro para a implementação e asseguuração da política pública do SUS, tornando o município o principal provedor deste direito. (Lei 8.080, 1990)

Seguindo o último princípio tratado no parágrafo anterior, e com base nos artigos 16, 17 e 18 da Lei do SUS, que estipula as atribuições de cada ente federado, no que tange garantir o direito a saúde. Conforme Barroso,

À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). (BARROSO, 2008, p. 16)

Assim, fazendo parte do rol dos direitos sociais fundamentais, tem-se, com base no art. 196 da CF/88, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Por mais que esteja estipulado em lei a quem cabe garantir o direito e de que forma, há uma enorme discussão, contudo, do ponto de vista financeiro, sobre o ônus de manter a efetividade do direito à saúde de forma irrestrita, ou seja, com tantas pessoas (neste caso estrangeiros e brasileiros) se beneficiando de tal direito,



não há financeiramente como a União, os Estados e Municípios garantirem este direito na integridade como deveria. Sarlet e Limberger trazem, em seu texto sobre a matéria, uma pequena discussão, com embasamento em lei, quanto a quem caberia a efetivação desse direito:

Na Constituição brasileira, o direito à saúde (art. 6º, CF) é reconhecido como direito social e um dever do Estado (art. 196, CF) que a Constituição institui obrigações para todos os entes federados. Constitui-se em competência comum (art. 23, II, CF) à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Municípios as suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, II, CF) e cooperação técnica e financeira com o auxílio da União e dos Estados (art. 30, VII, CF). Nenhum dos entes federativos está isento de atribuições. Isso apresenta dupla crítica no sentido de que a todos incumbem tarefas, mas por outro lado, quando a responsabilidade é tão partilhada entre todos, fica mais difícil cobrar a atribuição de cada um.” (LIMBERGER; SALDANHA, 2011, p. 286)

Portanto, com a Constituição Federal de 1988 e a garantia do direito à saúde, como um bem de caráter universal e assegurado pelo Estado através de políticas públicas. Se consegue por meio de norma constitucional a efetivação da dignidade da pessoa humana. Pois, viabilizando-se o direito à saúde, conseqüentemente, garante-se o direito à vida, à uma existência digna e de qualidade.

3. Direito a saúde e o mínimo existencial

Entende-se o mínimo existencial como sendo aquela garantia mínima advinda do Estado, para garantir ao menos a essencial dignidade da pessoa. Para tanto, antes de aprofundarmos os conhecimentos sobre o mínimo existencial, é necessário o entendimento quanto a dignidade da pessoa humana, que em poucas palavras pode ser dita como:

O reconhecimento de uma dimensão cultural e prestacional da dignidade não está a aderir à concepção da dignidade como prestação, ao menos não naquilo em que se sustenta ser a dignidade não um atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação. (SARLET, 2011, p. 59-60)

Conforme o mesmo autor, a “dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”. (SARLET, 2011, p. 58)

Importa registrar que os direitos humanos, assim como a noção de dignidade humana, não surgiram somente após a Segunda Guerra Mundial, nem são preexistentes ao surgimento da raça humana, mas passam a lograr reconhecimento paulatino, em paralelo com o desenvolvimento da sociedade, segundo uma noção denominada de historicidade, vale dizer,



seu desabrochar se confunde com o passo-a-passo do estabelecimento da sociedade, representando lentas conquistas significativas da humanidade, no sentido do respeito pelo Estado e do respeito mútuo entre os homens. (SILVA; MASSON, 2015, p. 186)

A dignidade humana se destina ao indivíduo em si, sou seja, não importando se este é um terrível criminoso, terrorista, etc. assim sendo, a dignidade “atribuída aos indivíduos, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa”. (BAEZ, 2015, p. 59)

Pode-se estreitar uma ligação entre a dignidade humana os direitos fundamentais, uma vez que:

Os direitos fundamentais, portanto, são a primeira e mais importante forma de concretização do princípio da dignidade humana, que consiste numa cláusula aberta capaz de respaldar o aparecimento de novos direitos na dogmática constitucional, já que a prioridade do Estado dever ser a pessoa, em todas as suas dimensões. (SILVA, MASSON, 2015, p. 191)

A partir desse entendimento, pode-se constituir a ideia de que o mínimo existencial, traz a tarefa de enumerar os direitos sem os quais não haveria possibilidade de desfrutar de uma vida digna, dessa forma, o mínimo existencial nos remete a uma noção de concretização dos direitos fundamentais, que protegem a dignidade da pessoa humana. (SILVA; MASSON, 2015, p. 198)

Há princípios constitucionais que cercam o mínimo existencial, como ressalta Figueiredo:

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta ao princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais da liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a ideia de felicidade do homem. (FIGUEIREDO, 2007, p. 189)

O mínimo existencial não se encontra, contudo, explícito na Constituição Federal, estando “apenas delimitado conceitualmente pela doutrina, ora como dado pré-constitucional, ora como direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida” (FIGUEIREDO, 2007, p. 188)

Outra definição estabelecida por Torres fala de um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado que ainda exige prestações estatais positivas (TORRES, 1999, p. 262-263), de modo que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo de subsistência,



na medida em que estreitamente atado à noção de dignidade da pessoa humana, enquanto esta, pela interpretação sistemática da Constituição brasileira, pressupõe a preservação de uma série de valores e bens, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. Sem cair em excessos, devem ser asseguradas condições de alimento, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, informação, que, mesmo em termos mínimos permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual. (FIGUEIREDO, 2007, p. 199)

Assim, os direitos fundamentais além de seus caracteres principiológicos, possuem um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecido *in concreto*, de acordo com as próprias características do direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que em hipótese alguma poderá ser ultrapassado, sob pena de negação do próprio direito, dos demais direitos fundamentais e dignidade da pessoa que o titule. Trata-se de um limite mínimo absoluto, em que o Estado deve necessariamente garantir, a independentemente de algumas eventuais questões orçamentárias. (FIGUEIREDO, 2007, p. 200)

Para Leal, por mais que exista esse “núcleo essencial”, que configure o “mínimo” a ser garantido, “ele se insere em uma lógica na qual prevalecem as noções de “máxima realização possível” e de “mínima restrição necessária.” (LEAL, 2015, p. 157)

Segundo Figueiredo (2007, p. 201) o mínimo existencial constitui um *quid* a ser imposto pelos direitos fundamentais, tanto para evitar vulnerações por parte do Estado ou por terceiros, quanto, numa acepção prestacional, em virtude de respaldar a pretensão às condições mínimas da dignidade humana. Assim, entende-se que o mínimo existencial pode ser afirmado como direito fundamental originário, passível de imediata reclamação perante o Poder Judiciário, sendo que

na determinação do conteúdo que densifica o mínimo existencial não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa. Tais prestações mínimas devem ser estabelecidas em função de uma análise *in concreto* que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leve em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se radica. (FIGUEIREDO, 2007, p. 201)

Como visto, os direitos fundamentais estão associados à noção de mínimo existencial. Assim, é dever do Estado garantir que os direitos fundamentais não sofram agressão por terceiros e nem pelo próprio Estado. (MENDES, p. 140, 2004)

A razão maior para a existência do Estado (Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz) reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido



e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os *deveres de proteção* do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do *pacto constitucional*, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma *vida digna e saudável* aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, de modo a remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. (SARLET; FENSTERSEIFER, p. 03, 2010)

Frente ao exposto até então, pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem como objetivo principal a garantia da dignidade humana. E que o mínimo existência beira o limite que deve ser assegurado pelo Estado, mas também, não pode ser interpretado de maneira equivocada, onde o valor do direito fundamental litigado, acaba sendo a “máxima realização possível”. E, portanto, desconfigurando o real sentido do mínimo existencial. (LEAL, 2015, p. 157)

Desse modo, a garantia do mínimo existencial, permite aos cidadãos que tenham seus direitos fundamentais assegurados em nível básico. Ou seja, é obrigatória a atuação do Estado para garantia da saúde, mesmo que de imediato não seja na sua totalidade, mas pelo menos seja efetivado o núcleo mínimo do direito fundamental. Comumente, se estima que o Estado atue no que for necessário para manter a dignidade da pessoa humana.

A fim de, impedir a omissão do Estado ou agressão de um terceiro, às garantias e direitos assegurados, se entendeu a necessidade da proteção dos mesmos, contra os agressores. Para que dessa forma, todos os cidadãos usufruam na totalidade de seus direitos e garantias.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito à saúde teve sua primeira aparição com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, principalmente, no que tange as iniciativas sanitárias, chamadas de “campanhista” principalmente em portos e estradas, devido à atividade econômica da época, que estava sendo prejudicada por doenças infecciosas. Permanecendo este modelo do século XIX até início do século XX.

Com a Constituição de 1934, se torna obrigatório em todo o território nacional, o amparo pela União, Estados e Municípios, de um por certo das rendas tributárias à



serviços públicos, incluindo à saúde. Entretanto, ainda permanecia um modelo apenas curativo, mas melhor do que se encontrara até então.

Na Ditadura Militar se instaura como um direito individual. E passa a ser garantida apenas à trabalhadores do mercado formal, já que na época ocorreu a junção da Previdência Social com as IAPs. Resultando aos trabalhadores informais e desempregados, à falta da seguridade do direito à saúde, por parte do Estado.

Então, com a redemocratização e a formulação da Constituição de 1988, se tem instaurado o direito a saúde, no rol de direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, de modelo curativo e preventivo e de caráter universal. Assegurado pelo artigo 196 da Constituição Federal, dever da União, Estados e Municípios, garantir o direito à saúde, em sua totalidade.

Por fim, conclui-se que a problemática da conformação do direito a saúde na constituição brasileira de 1988, se encontra efetivada mediante políticas públicas, como por exemplo a Lei 8.080/90 – Lei do SUS, que visa garantir a universalidade do programa a todos que neste país vivem, incluindo neste caso os estrangeiros. E devido a garantia do mínimo existencial, passa o cidadão a desfrutar da proteção da garantia mínima dos direitos fundamentais, neste caso mais especificadamente o direito à saúde. Devido ao mínimo existencial constituir um *quid*, acaba por tentar evitar vulnerações por parte do Estado e terceiros. Podendo assim, garantir as condições mínimas da dignidade humana.

5. Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 39-90.

BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (Versão provisória para debate público). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em 19 de abril de 2016.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In:



SEBASTIÃO, Jurandir (Org.), Revista Jurídica UNIJUS. Uberaba: UNIUBE editora, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33.ed.

BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de Saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elizabete et al (Orgs.) SERVIÇO SOCIAL E SAÚDE: Formação e Trabalho Profissional 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 88-110.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. Revista Horizonte Científico, Uberlândia, n. 2, v. 4, p. 01-22, jan 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/issue/view/315>. Acessado em: 20 de abril de 2016.

DALLARI, Sueli Grandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.133 p.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: STEINMETZ, Wilson Antônio; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 143-163.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.



SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção do direito à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Orgs.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 1-35.

SILVA, Cristiane Maria da Costa, MENEGHIM, Marcelo de Castro, PEREIRA, Antonio Carlos, MIALHE, Fábio Luiz. Educação em saúde: uma reflexão histórica de suas práticas. In: Revista Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 2010; vol. 15, n. 05: p. 2539-2550. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1413-812320100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 de abril de 2016

SILVA, Rogério Luiz Nery da; Masson, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 179-214.

TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999^a.