

Direito à saúde e América Latina: como pensar o bem-estar social e sua efetivação?

Lisâneo Macedo M. Melo
Felipe Dutra Asensi

Introdução

A efetivação dos direitos sociais sempre foi um debate importante na América Latina, acentuando-se ainda mais em tempos de restrição orçamentária para sua efetivação. Se o Estado de Bem-Estar Social foi uma conquista de diversos países europeus no século XX, na América Latina ainda identificamos desafios contundentes na formulação e execução das políticas de saúde e na própria efetivação desse direito. Essa condição de subdesenvolvimento econômico e social dos países da região não afastou a criação de sistemas inovadores de saúde, como o SUS, mas os governos têm utilizado argumentos econômicos para, de várias maneiras, se desresponsabilizarem em relação aos direitos.

Neste ensaio, buscamos apresentar os desafios de reconhecimento objetivo no âmbito constitucional dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, em um contexto de grandes desigualdades sociais e econômicas que marcam a América Latina. Discutiremos o surgimento dos direitos sociais na Europa e suas repercussões para a relação entre Estado e sociedade. Em seguida, discutimos certas particularidades da América Latina, com foco nas desigualdades sociais e o histórico de dificuldades econômicas da região, buscando relacionar com os direitos sociais. Por fim, analisaremos o desafio em tornar efetivo o direito à saúde na América Latina diante de argumentos de escassez de recursos e os caminhos possíveis para assegurá-lo.

Estado de Bem-Estar Social e direito à saúde

Segundo Bobbio (2004), é possível elencar a história moderna dos direitos em três aspectos: primeiro, garantiram-se os direitos à liberdade, ou seja, deveriam ser resguardados os direitos do indivíduo em face do Estado e de outros indivíduos; em segundo, temos os direitos políticos, que têm como consequência a participação do cidadão nas decisões políticas; em terceiro, temos os direitos sociais, que trouxeram novas garantias coletivas voltadas para a igualdade material. A este respeito, vale ressaltar a observação de Ferreira Filho, para quem os direitos sociais são direitos subjetivos, mas não seriam “poderes de agir” e sim “poderes de exigir” (Ferreira Filho, 2009, p. 51).

Segundo o autor, diversos países europeus passaram a conceber um papel mais democrático e inclusivo no século XX, apontando para a garantia de direitos e a promoção da igualdade material. Sendo assim, o chamado Estado de Bem-Estar Social é uma concepção de Estado voltada para garantir a seus cidadãos uma série de direitos imprescindíveis para o desenvolvimento humano, tais como moradia, saúde, educação e alimentação.

Apesar de surgir em momentos diferentes nos países europeus, costuma-se afirmar que a previsão constitucional do Estado social teve sua origem nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Vale dizer que Weimar foi uma grande inspiração para algumas Constituições brasileiras, tais como a de 1934, e influenciou o reconhecimento de diversos direitos sociais no Brasil (Bonavides, 2001). A visão norte/sul herdada da Guerra Fria, em que pese o pouco sentido desse debate ideológico atualmente, serve de referência para balizar a compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais e o direito ao desenvolvimento. Se, de um lado, os direitos civis e políticos são heranças liberais, os direitos sociais têm a marca social e resta à América Latina construir o seu caminho (Lafer, 1999).

É importante também reconhecer que tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais exigem do Estado prestações positivas e negativas. A visão de que os direitos sociais demandam prestações positivas, daí seu custo mais elevado de efetivação, e que os direitos civis demandam uma prestação negativa ou a simples

abstenção do Estado é demasiadamente simplória. Isto porque ignora o custo estatal dispendendo para garantir os direitos individuais de liberdade, propriedade, etc.

No Brasil, o Estado de Bem-Estar Social recebeu sua primeira versão com a Constituição de 1934 sob o governo de Getúlio Vargas. Com o passar do tempo – e das Constituições – identificamos uma ampliação dos direitos sociais. A Constituição de 1988 definiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Segundo Streck (2004), trata-se de uma espécie de “*plus*” normativo em relação às formas anteriores de Estado de Direito, que na teoria é o modelo estatal que garante os direitos e liberdades individuais e também de os direitos sociais.

A Constituição de 1988 revela o traço da indisponibilidade e não-regressividade dos direitos sociais, *bem* como a característica da autoaplicabilidade dos direitos sociais do Artigo 6º, quais sejam: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, transporte, alimentação, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Porém, em que pese o reconhecimento destes direitos e a existência de diversas leis infraconstitucionais, ainda existe o desafio da efetivação.

A partir do reconhecimento do direito a um padrão de vida que garanta a saúde pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25 (ONU, 1948), a saúde foi consagrada como direito fundamental em diferentes Constituições brasileiras até alcançar a universalização em 1988. A consagração da saúde como direito esteve, em geral, associada a duas ideias-chave: sua universalidade – a saúde e um direito de todos os cidadãos – e a de que a saúde – conforme a conhecida definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) – não deve ser considerada simplesmente como ausência de doença, mas como um estado geral de bem-estar, cuja realização e proteção dependem de um conjunto de condições econômicas, sociais e políticas que transcendem o domínio circunscrito das políticas de saúde e dos cuidados de saúde.

Os direitos sociais e as especificidades da América Latina

Os direitos sociais estão previstos na maioria das Constituições latino-americanas. São direitos assegurados aos cidadãos, sendo sua efetivação um grande desafio na América Latina, e o Poder Judiciário possui um papel fundamental para a sua efetividade (ARANGO, 2004).

Segundo Amartya Sen (2011), a inclusão dos direitos sociais e econômicos (direitos de bem-estar) na categoria dos direitos humanos é imperativa. De construção progressiva até receberem sua versão moderna na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os direitos sociais compõem uma série de aspectos imprescindíveis para uma vida digna, tais como: direito ao trabalho, direito à educação, proteção ao desemprego, proteção à pobreza, direito de sindicalização, direito a remuneração justa e favorável.

A comunidade internacional já reconhece a necessidade de realizar esforços globais no sentido de eliminar ou mitigar a pobreza, sendo essencial o papel do Estado de Bem-Estar Social nesta missão. Rodolfo Arango, um dos principais constitucionalistas colombianos, critica as teorias liberais progressistas e liberais conservadores amplamente difundidas de Rawls e de Hayek, dentre outros. Segundo Arango, tais teorias foram criadas em sociedades industriais, desconsiderando os países de economia capitalista em desenvolvimento. Além disso, estas teorias desconsiderariam o elemento “pobreza” que caracteriza os países do hemisfério latino-americanos. (Arango, 2004). O autor colombiano deixa mais explícito seu argumento na seguinte passagem:

El desarrollo de los países del sur es menor a los del norte, la desigualdad social inmensa y sus gobiernos dependientes del exterior. Buena parte de su población vive en la pobreza. El desempleo o subempleo dominan. La desigualdad entre ricos y pobres es de las mayores del mundo. Los poderes legislativo o ejecutivo se encuentran en mayor o menor medida capturados por grupos económicos con intereses de clase (Arango, 2010, p. 3).

De origem colonial, os países da América Latina vivenciaram durante alguns séculos muitas lutas em busca da independência de suas metrópoles

européias. Pode-se afirmar que as primeiras ideias de identidade nacional dos países latinos surgiram nesse contexto de lutas por independência. Àquela altura, sob a bandeira da solidariedade continental, os Estados recém-criados objetivavam, além da libertação do jugo da metrópole, evitar que se iniciassem conflitos internos e, em paralelo buscar o reconhecimento internacional de sua independência (Glinkin, 1984).

De passado escravagista e patrimonialista, o Brasil, maior país da região, ainda tem dificuldades em reconhecer os direitos sociais, mesmo quando positivados em sua Carta constitucional, não sendo porém o único no continente com essas dificuldades. Na perspectiva de Raymundo Faoro:

Enquanto o sistema feudal separe-se do capitalismo, enrijecendo-se antes de partir-se, o patrimonialismo se amolda as transições, as mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle de crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia (Faoro, 2001, p. 737).

Faoro afirma que o patrimonialismo brasileiro – situação que não difere muito dos demais países da América Latina – não permitiria a saída de uma condição de pré-capitalismo, de um capitalismo atrasado. Isso sozinho não explica o atraso da região por si só, mas pode nos dar pistas do seu desafio secular em efetivar direitos democraticamente:

Já na estrutura normativamente constitucional, democrática na essência, os detentores do poder participam na formação das decisões estatais, mediante mecanismos de controle que atuam na participação popular. Não importa que o encadeamento que vai da cúpula à base esteja enrijecido por minorias diretoras, contanto que o circuito percorra a escala vertical. Este último sistema — normativamente constitucional e democrático — se ajusta ao quadro das elites, mais ou menos sujeitas ao controle, necessariamente preocupadas com as agências de comando, sejam os

círculos eleitorais, as oligarquias estaduais entrosadas às municipais, como na República Velha, ou os partidos. A soberania popular não se reduz à emanção da vontade de baixo para cima, cabendo às minorias as decisões e à maioria o controle, de acordo com a fórmula de Sieyès: “a autoridade vem de cima, a confiança vem de baixo”. A astúcia, a habilidade, a sagaz manipulação são qualidades psicológicas ajustadas ao comando elitário, enquanto nos estamentos prevalece a decisão de utilizar a violência, a direção voltada à eficiência, o cálculo nas intervenções sobre o mecanismo jurídico. (Faoro, 2001, p. 829).

Passada a segunda grande guerra, pode-se verificar que os países europeus passaram a constituir uma estrutura social que pudesse atender às necessidades de sua população ainda afetada pela guerra. Segundo Arango:

Después de dos revoluciones —la inglesa y la francesa—, dos guerras mundiales y un amplio proceso de industrialización, Europa pudo alcanzar el desarrollo económico y social suficiente para que sus habitantes no mueran de hambre, vivan democráticamente y crean en el derecho como medio de paz. (Arango, 2010, p. 3).

A reconhecida disparidade econômica da região e o elevado grau de exclusão social puderam ser somados à jovial consolidação das democracias da região, ao legado autoritário dos regimes ditatoriais e, conseqüentemente, à baixa efetivação dos direitos humanos de forma geral e dos direitos sócias de forma específica. A essas discrepâncias regionais de estabilidade econômica e política, Arango chama de “sociedades bem ordenadas” e “sociedades não bem ordenadas”:

Los presupuestos epistémicos de cada una de las concepciones de la sociedad descritas conducen a divergentes condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales, las cuales por su parte determinan prácticas institucionales igualmente divergentes. Mientras que las sociedades “bien ordenadas” son minimalistas en el reconocimiento constitucional de derechos sociales y restringen la función jurisdiccional al

cumplimiento de las prestaciones sociales aseguradas por ley, en sociedades “no bien ordenadas” se presenta una ampliación —hipertrofia según los críticos eurocéntricos— de los derechos fundamentales y del control constitucional. En el constitucionalismo social latinoamericano las cortes constitucionales o tribunales con funciones constitucionales intervienen constantemente para evitar omisiones inconstitucionales de otras autoridades públicas en materia de la satisfacción de derechos sociales. Es esta segunda realidad fáctica y normativa la que identifica al derecho constitucional latinoamericano (Arango, 2010, p. 6).

Neste sentido, no estudo da trajetória dos sentidos que a saúde adquiriu no Brasil, é possível identificar três concepções que emergiram ao longo da história: enquanto *favor*; enquanto um *serviço* decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado*; enquanto *direito*. Tais concepções possuem uma forte institucionalidade no âmbito do Estado e das instituições jurídicas; além disso, permitem pensar a cultura política que se cristalizou no Brasil no que concerne à efetivação de direitos sociais e coletivos.

No Império e na República Velha, a saúde se apresentava como uma verdadeira benesse do Estado, notadamente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um *favor* do Estado à população. Em virtude dessa natureza, seria uma benesse que poderia ser retirada ou restringida em qualquer momento, sem qualquer garantia para sua manutenção. Sobretudo a partir da adoção de medidas curativas e campanhísticas que marcaram o período, a saúde foi alçada a assunto de Estado, porém ainda assim sua exigibilidade pelos cidadãos restou submetida à discricionariedade do poder público. Não havia qualquer instrumento jurídico-legal que garantisse a universalidade deste direito, sendo concentradas no Estado a possibilidade e a discricionariedade de realizar ações em saúde em benefício de uns em detrimento de outros, inclusive de forma autoritária, a exemplo do que se desenvolveu no âmbito da Revolta da Vacina de 1904. Diante desse cenário, a saúde é vista como um *favor*.

Após, principalmente a partir da Era Vargas, o período de redemocratização na década de 80, alguns fatores concorreram para uma

transformação na concepção de saúde como favor. A ampliação dos direitos dos trabalhadores, a criação de caixas de assistência, a reforma política desenvolvida no período e o advento dos planos privados permitiram uma reconfiguração das relações de poder presentes no campo da saúde. Nesse período, houve um crescente movimento de mercantilização da saúde, de modo que seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do indivíduo de pagar pelos planos privados, ou à sua condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como um serviço ou como um benefício trabalhista.

Conforme salienta Madel Luz, a saúde “passou então a ser vista como um bem de consumo. Especificamente, um bem de consumo médico” (Luz, 1991, p. 82). Porém, ainda havia uma atuação estatal efetiva no âmbito das políticas de saúde, principalmente porque os trabalhadores regulares, ou seja, aqueles que possuíam carteira de trabalho assinada e contribuía com o INSS, possuíam o direito à assistência médico-curativa. Os que não se encontravam nesta condição, por outro lado, não puderam usufruir tal assistência, o que reforçou o papel decisivo que viria a ser desempenhado pelas Santas Casas no acolhimento dos desempregados.

De fato, observa-se uma reduzida possibilidade de acesso aos serviços públicos de saúde no período, pois as formas através das quais o cidadão poderia usufruir foram duas: a) ser um trabalhador em sentido estrito, ou seja, possuidor de carteira de trabalho assinada e contribuinte da previdência social; b) ser capaz de suportar os custos dos planos privados de saúde que surgiram a partir da década de 70. Deste modo, sobretudo entre as décadas de 40 e 70, só poderia usufruir a assistência médico-curativa aquele que fosse trabalhador. A partir de 70, mesmo com a emergência de alguns planos privados, parte significativa da população ainda não possuía poder aquisitivo para suportar as despesas desses planos. Trata-se, portanto, de uma concepção de saúde *restrita* a um grupo de pessoas, cujo critério é o *vínculo empregatício*. Aqui, a saúde é vista como um *serviço* decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado*.

Em contraposição a esta concepção não-universal de saúde, recebeu destaque, a partir da década de 70, o movimento da Reforma Sanitária, cuja bandeira se concentrou na defesa da *saúde como um direito de todos*. Além de atuar de forma decisiva em prol da universalização, o

movimento preconizou que as ações em saúde deveriam ser formuladas não somente pelo Estado, mas em conjunto com espaços públicos de participação social, na medida em que é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima as suas mazelas e avanços. A “percepção social da saúde como direito de cidadania” seria “um dado novo na história das políticas sociais brasileiras”, uma vez que “essa percepção é fruto dos movimentos sociais de participação em saúde da segunda metade dos anos 70 e do início dos anos 80” (Luz, 1991, p. 87). Isso permite uma relativa problematização da concepção *Estado-centrada* de saúde típica dos contextos anteriores em prol de uma relativa abertura estatal às demandas sociais, o que foi decisivo para o momento constituinte da década seguinte.

Deste modo, com a Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. A universalização da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a cristalização de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes. Em seu artigo 196, observa-se que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado” (Brasil, 1998), o que denota a pretensão universalizante deste direito. Aqui, a saúde é caracterizada como um *direito fundamental e dever do Estado*, o que denota uma dupla-dimensão (direito-dever) em sua natureza.

Nesse contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição cristalizou a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo a partir de sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constitui como *clausula pétrea* no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, tal não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores.

O desafio da efetividade do direito à saúde e o argumento da escassez

Os direitos existem para serem realizados. Trata-se de uma afirmação comum entre juristas, sociólogos, politólogos, filósofos, etc. É natural que as respostas sobre o modo pelo qual devem ser realizados variem, ao mesmo tempo em que se observa uma pluralidade de abordagens sobre o que consiste tal realização. Exemplificando melhor a questão, deve-se lembrar que devemos ter um Estado capaz de fazer, de executar, de realizar. Os direitos que anteriormente se realizavam “contra” o Estado passaram se realizar “através” dele. A efetividade agora não deve restringir o Estado apenas a editar leis, mas necessariamente aumentando a densidade das normas que instituem os direitos sociais, e isso acontece através da realização de políticas públicas.

Antes mesmo de ser um desafio teórico-conceitual, a realização de direitos sociais é um desafio empírico na América Latina. Afinal, com o advento das Constituições latino-americanas, foram consagrados diversos direitos sociais que ampliaram os deveres do Estado em relação à sociedade. Esses direitos sociais foram reconhecidos como direitos fundamentais, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-los a todos os cidadãos. Com a Constituição, termos como “vedação do retrocesso social”, “democratização” e “máxima efetividade” se tornaram comuns na análise dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, surgiram argumentos de restrição de tais direitos.

Dentre estes argumentos restritivos, destaca-se a chamada “reserva do possível”. Originalmente concebida na Alemanha para justificar a restrição ao direito à educação, a reserva do possível tem sido amplamente utilizada no Brasil como argumento de defesa do Estado para não efetivar plenamente os direitos sociais. O cerne desta ideia está relacionado ao condicionamento do exercício dos direitos à possibilidade econômica do Estado custeá-los. Ganha relevo a questão da efetividade do direito à saúde em tempos de cortes orçamentários, mal uso dos recursos públicos e desvios advindos da corrupção, aliada à baixa performance econômica que pode comprometer a realização desse direito.

As restrições a efetivação dos direitos sociais com base no limite dos recursos públicos tem como sustentação diversas teorias, destacando-se a do jurista português Jorge Novais. O autor menciona o argumento da reserva do possível:

[...] a reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a esse tipo de direitos: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível (Novais, 2010, p. 91).

É importante ressaltar, entretanto, que o argumento da reserva do possível, antes mesmo de ser usado pelo Estado brasileiro nas ações em que é réu, foi importado e recebeu nova roupagem na América Latina pelos juristas. Assumido como originariamente alemão, este argumento recebeu forte adesão entre constitucionalistas brasileiros e, com esta adesão, vieram alguns problemas. Exemplo disso é a assunção de diversos constitucionalistas no Brasil de que a reserva do possível é um princípio constitucional. Porém, um princípio espelha valores de uma determinada sociedade que se cristalizam econômica, política, social e culturalmente. Não há respaldo constitucional para se afirmar que a reserva do possível seja um princípio, especialmente porque não se pode afirmar, de modo algum, que a lógica constitucional seja de restrição dos direitos ou de políticas públicas.

Outro problema da defesa do argumento da reserva do possível é seu efeito: a “luta entre cidadãos”. Em saúde, por exemplo, é muito comum se alegar que ao Estado não caberia custear um tratamento de R\$ 500.000,00 por mês, pois uma coletividade seria prejudicada com tamanha destinação de recursos para somente um indivíduo. Como consequência, abandona-se a ideia de cidadania e de sujeito de direitos para colocar um cidadão contra o outro de maneira fortemente egoística. Ao se criar a “luta entre cidadãos” e ao se fortalecer isso com a reserva do possível, abre-se ao Estado a possibilidade de nada fazer, seja para o indivíduo ou para a coletividade. A “luta entre cidadãos” afasta o verdadeiro foco – o dever do Estado de

efetivar direitos e promover políticas públicas ao máximo – e privilegia o “sacrifício de um cidadão em detrimento do outro”.

Um terceiro problema refere-se à inexistência de ônus da prova de quem utiliza o argumento da reserva do possível. Ao ser ingenuamente reproduzido como um dogma, isto é, como um ponto de partida inquestionável, desaparece da discussão o dever do Estado de provar que realmente não possui recursos financeiros para determinada política. Não bastando a tentativa de restringir direitos ou de colocar um cidadão contra o outro, a reserva do possível ainda é usada como um dado *a priori* e sem qualquer discussão séria e aprofundada sobre o motivo pelo qual não há determinado recurso. Não há por conta de alocação ineficiente? Ou porque houve corrupção? Ou será que houve eleição equivocada de prioridades? O problema foi de gestão ineficiente? Ou realmente não há recursos porque a arrecadação tributária foi insuficiente?

Um quarto problema diz respeito à ausência de alteridade, isto é, de se colocar no lugar do outro. Um exemplo pode valer mais que mil palavras: uma pessoa bem conservadora pode mudar de opinião facilmente sobre a desobrigação do Estado custear um medicamento de R\$ 30.000,00 por mês quando o problema de saúde ocorrer na família dele. O ato de se colocar no lugar do outro tem sido incomum e, então, a governamentalidade tem prevalecido.

Por fim, um quinto problema é a resistência em conceber o Judiciário e as demais instituições jurídicas como meios legítimos de efetivação de direitos, sobretudo os direitos sociais. O argumento da reserva do possível, em geral, vem acompanhado de uma crítica ao impacto econômico da atuação das instituições jurídicas. Porém, os juristas deixam de lado uma reflexão sobre o papel do Legislativo e do Executivo, seus limites e desafios. É próprio do Estado Democrático de Direito a possibilidade de mútua influência entre os Poderes e as discussões sobre os limites desta influência devem abarcar os três Poderes, e não apenas um.

De fato, este argumento econômico de restrição de direitos tem sido amplamente utilizado pelos juristas com uma forte dose de senso comum e sem versar de maneira cuidadosa sobre seus efeitos. Ao se relacionar com a governamentalidade, tem sido equivocadamente propagado para

causar um cenário de desobrigação do Estado sem qualquer dado concreto sobre a escassez de recursos ou sobre como são alocados, além de não ter respaldo no paradigma constitucional aqui analisado.

Na perspectiva de Arango, “*un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular*” (2004, p. 119). O autor apresenta uma teoria que para ele permite o reconhecimento objetivo dos direitos “fundamentais sociais” pelas Cortes Constitucionais: a teoria cognitiva dos direitos. Para ele, essa teoria é sensível à realização humana partindo das diferenças e competências entre as pessoas, evitando que as desvantagens naturais e sociais se transformem em limitações objetivas para o reconhecimento e gozo dos direitos. A questão da objetividade – em que pese ponto de discórdia entre os estudiosos do tema – é distinguida entre (i) decisão constitucional que se pode fundamentar em razões objetivas, enquanto a (ii) decisão política é fruto da vontade das forças políticas majoritárias em cada momento.

Esse tensionamento entre os Poderes do Estado na América Latina também é apontado pelo jurista argentino Roberto Gargarella. Segundo o autor:

Esto es, básicamente, cómo puede ser que en una sociedad democrática, la rama del poder con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial quede con la “última palabra” institucional, y pueda así decidir, de manera “final”, las controversias públicas más importantes, (p. ej., cuál es la respuesta constitucional frente a reclamos hechos en nombre del derecho al aborto; el derecho a la eutanasia; el derecho al matrimonio homosexual; el derecho al consumo personal de estupefacientes; el derecho a decretar la pena de muerte; y un largo etcétera) (Gargarella, 2012, p. 17).

Neste sentido, a discussão do direito à saúde como questão político-econômica e jurídica pode ocorrer na própria estrutura dos ordenamentos jurídicos positivados nas Constituições, sendo importante sua efetivação como direitos sociais como direitos de natureza fundamental.

Considerações finais

O condicionamento da efetivação de direitos à presença de um aporte de recursos significativos no Estado pode ser problematizado numa dupla dimensão. Primeiramente, pela própria tentativa de se submeter o direito à economia ou, mais propriamente, de condicionar a exigibilidade do direito à possibilidade econômica do Estado de garanti-lo. Considerando que os direitos sociais são atributos de cidadania que se impõem ao Estado como um dever jurídico, qualquer tentativa que busque restringir seu exercício – principalmente justificativas não-jurídicas, como a econômica – poderia significar uma desconsideração de elementos fundamentais de qualquer democracia, tais como a segurança jurídica, o respeito aos direitos sociais e coletivos, etc.

Em segundo lugar, a própria perspectiva que situa o Estado como protagonista do processo decisório – associado aos *experts* que influem em tal decisão – configura um cenário em que os conselhos participativos recebem pouco destaque. Uma vez que a escolha é realizada por critérios cada vez mais técnicos de alocação de recursos escassos, o espaço da discussão e deliberação democrática é subtraído do momento decisório. Isso traz a necessidade de se fortalecer estes espaços como exercício da cidadania, pois, em última instância, tendem a não exercer o poder decisório para o qual foram originariamente destinados por conta da governamentalização do Estado.

Do ponto de vista formal, é inegavelmente rico o conteúdo social de diversas Constituições latino-americanas. A teoria apresentada por Arango permite o reconhecimento objetivo dos direitos “fundamentais sociais” pelas Cortes Constitucionais. A teoria cognitiva dos direitos é sensível a realização humana partindo das diferenças e competências dos cidadãos, evitando que as desvantagens naturais e sociais se transformem em limitações objetivas para o reconhecimento e gozo dos direitos.

Considerando que o Estado de Bem-Estar Social nasceu numa Europa de austeridade e em pleno pós-guerra, e considerando que a realidade latino-americana é marcada por grandes desigualdades sociais e até de pobreza extrema, parece adequado afirmar que os direitos

sociais fazem parte do núcleo fundamental de direitos protegidos pelo Estado. Obviamente, de modo algum se nega a existência de municípios ou Estados com sérios problemas financeiros, sobretudo quando se trata de direitos sociais. Porém, esses argumentos restritivos devem antes ser legitimados nas esferas públicas participativas para que se averigue o motivo da escassez e se definam democraticamente as alternativas possíveis.

Conselhos de saúde, educação, segurança, moradia, etc. podem ser espaços fundamentais de interação dialógica entre Estado e sociedade para que, mantidas as condições procedimentais da esfera pública, possam ser estabelecidas alternativas democráticas à efetivação de direitos sociais. Caso contrário, como o próprio nome sugere, sem sociedade, o que teremos é a governamentalidade.

Referências

- ARANGO, R. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. 1a ed ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- _____. Constitucionalismo social latinoamericano. *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, p. 3–24, 2010.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. *Constituição República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3a. ed., rev ed. São Paulo, SP: Editora Globo, 2001.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GARGARELLA, R. (Ed.). *La Justicia Frente el Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- GLINKIN, A. N. *El latinoamericanismo contra el panamericanismo: desde Simón Bolívar hasta nuestros días*. [s.l.] Editorial Progreso, 1984.
- LAFER, C. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LUZ, M. T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de “transição democrática”: anos 80. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 1, n. 1, 1991.
- NOVAIS, J. R. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1a. ed ed. Coimbra: Wolters Kluwer : Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

SEN, A. *A ideia de justiça*. Tradução D. Bottmann; R. D. Mendes. [s.l.] Companhia das Letras, 2011.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.