

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
ESCOLA POLITÉCNICA DE SAÚDE JOAQUIM VENÂNCIO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO PROFISSIONAL EM SAÚDE

Fábia de Castro Lemos

SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: uma análise do direito à saúde e sua
concepção atual na sociedade brasileira

Rio de Janeiro

2012

Fábia de Castro Lemos

SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: uma análise do direito à saúde e sua
concepção atual na sociedade brasileira

Dissertação apresentada à Escola Politécnica de
Saúde Joaquim Venâncio como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Educação
Profissional em Saúde.

Orientador: Prof^o. Gustavo Correa Matta

Rio de Janeiro

2012

Catálogo na fonte

Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio

Biblioteca Emília Bustamante

L556s

Lemos, Fábica de Castro

Saúde como direito fundamental à vida: uma análise do direito à saúde e sua concepção atual na sociedade brasileira/
Fábica de Castro Lemos – Rio de Janeiro, 2012.
117f.

Dissertação (Mestrado profissional em educação profissional em saúde) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, 2012.

1. Saúde. 2. Direito. 3. Sociedade. 4. Brasil.

CDD 610.696

Fábia de Castro Lemos

SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: uma análise do direito à saúde e sua
concepção atual na sociedade brasileira

Dissertação apresentada à Escola Politécnica de
Saúde Joaquim Venâncio como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Educação
Profissional em Saúde.

Aprovado em 13/07/2012

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Gustavo Correa Matta (FIOCRUZ / EPSJV / CPPG)

Professora Tatiana Wargas de Faria Baptista (FIOCRUZ / ENSP / DAPS)

Professor Felipe Rangel de Souza Machado (FIOCRUZ / EPSJV / LABORAT)

Dedico este trabalho a meu querido e inesquecível pai Paulo César de Almeida Lemos, que em 2007 perdeu a luta contra o câncer, deixando uma lição de vida, amor e esperança a todos nós.

Aos pacientes do IPEC que lutam todos os dias pela vida, verdadeiros mestres em nos ensinar os sentidos da saúde.

AGRADECIMENTOS

A Deus por mais um desafio alcançado e vencido, e pela compreensão da lição deixada por meu pai Paulo César de Almeida Lemos (*in memória*), sobre a necessidade da luta e valorização contínua do direito à vida e a saúde.

Ao professor Gustavo Correa Matta, pela orientação pedagógica e pelo apoio emocional para a construção do presente trabalho.

Aos professores e funcionários da Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, em especial a Michele e Vitor (secretaria da coordenação) os quais tornaram possível a construção de um conhecimento emancipado no deslinde do curso de mestrado em Educação Profissional em Saúde.

A meu marido, Roberto Lessa Firmino, a meu filho, Jean Daniel de Castro Palmeira e a minha mãe, Sandra Maria de Castro Lemos, por toda compreensão e carinho pelas minhas ausências.

A direção do IPEC, Dra. Valdiléa Veloso e Dr. Alejandro H. Moreno, por toda colaboração e estímulo para o deslinde do presente trabalho, sem o que não teria sido possível.

A Odilio de Souza Lino, um verdadeiro amigo, incentivador e acima de tudo preceptor em todos os momentos, quem me deu a oportunidade de chegar até aqui, agradeço por todo carinho e confiança, sem o qual não seria possível trilhar este caminho, e consolidar mais um capítulo de história da minha vida, obrigada por tudo.

*“Se os direitos humanos não são um dado, mas um
construído há que se ressaltar que as violações a estes
direitos também o são. Isto é, as violações, as exclusões,
as discriminações e as intolerâncias são um construído
histórico, a ser urgentemente desconstruído. Há que se
assumir o risco de romper com a cultura da
“naturalização” e da “banalização” das desigualdades
e das exclusões, que, enquanto construídos históricos,
não compõem de forma inexorável o destino da
humanidade. Há que se enfrentar essas amarras,
mutiladoras do protagonismo, da dignidade e da
potencialidade de seres humanos(...) enquanto
racionalidade de resistência e única plataforma
emancipatória de nosso tempo.”*
(Flávia Piovesan)

RESUMO

A presente pesquisa teve por *objetivo* investigar a concepção atual do direito à saúde, e suas contradições com a previsão constitucional (1988) na sociedade brasileira, buscando a comparação entre os artigos 5º, o qual prevê a saúde como direito fundamental indissociável da vida, com o artigo 196, onde a saúde é prevista como direito social “*garantido mediante políticas sociais e econômicas*”, concepção a qual influencia na construção do modelo do direito à saúde, à medida que prioriza, de acordo com dimensões legais, a perspectiva da reserva do possível, associando sistematicamente a teoria da geração de direitos humanos (BOBBIO, 2004) co-relacionando as disposições dos artigos constitucionais que aportam o direito à saúde, com a Primeira e Segunda geração de direitos humanos, respectivamente, na tentativa de identificar o fundamento da hermenêutica que contempla a saúde, se é decorrência do direito fundamental à vida, ou garantido como direito social, a partir do estudo dos elementos sociais e políticos que foram determinantes para a previsão normativa do direito a saúde na Constituição Federal de 1988. O presente estudo baseou-se em método histórico e documental analisando os desdobramentos do Direito Fundamental a Saúde nas constituições brasileiras e em especial a CF/88. A análise demonstrou que atualmente, a saúde, no âmbito da assistência, vem se mostrando, por uma construção hermenêutica judiciária, fruto de um direito constitucional realizado sob a perspectiva do mínimo existencial, gerando uma simbiose na concepção do direito à saúde que resulta na redução na compreensão de seus sentidos, aportada intensivamente na prestação de serviço, demonstrando assim a vulnerabilidade que se encontra atualmente o direito fundamental a saúde, eis que a hermenêutica da saúde como direito fundamental indissociável à vida, está adstrita tão somente a uma construção interpretativa afeta ao judiciário.

Palavras-Chave: Saúde. Direito Fundamental. Vida.

ABSTRACT

This study aimed to investigate the current conception of the right to health, and its contradictions with the constitutional provision (1988) in Brazilian society, seeking to compare the Articles 5, which provides health as a fundamental right inseparable from life, with Article 196, where healthcare is provided as a social right "guaranteed by social and economic policies", which influences the design model construction of the right to health as priority, according to legal dimensions, the prospect of booking possible, systematically involving the theory of generation of human rights (BOBBIO, 2004) co-relating the provisions of the constitutional articles that bring the right to health, with the First and Second generation human rights, respectively, in an attempt to identify the basis of hermeneutics which includes health, whether it is due to the fundamental right to life, or guaranteed social rights, from the study of social and political elements that were crucial to the prediction of the right to health regulations in the Federal Constitution of 1988. The present study was based on historical method and documentary analyzing the developments of the Fundamental Right to Health in Brazilian constitutions and especially CF/88. The analysis shows that currently the health of the assistance, has been demonstrated by a judicial construction hermeneutics, as a constitutional right held under the perspective of existential minimum, creating a symbiosis in designing the right to health which results in reduction in understanding of their signs, oportada service delivery, thus demonstrating the vulnerability that is currently the fundamental right to health, behold, the hermeneutics of health as a fundamental right to life inseparable, as is bound to only one interpretive construction affects the judiciary .

Keywords: Health. Fundamental Right. Life.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1	Dimensões da saúde integral	61
Ilustração 2	Quadro cronológico de instrumentos internacionais de saúde	62
Ilustração 3	Gráfico aplicação Direitos Humanos em sentenças primeira instância	77
Ilustração 4	Quadro de processos (saúde) apurados entre 2005-2011	78
Ilustração 5	Gráfico aplicação Direitos Humanos em sentenças segunda instância	79
Ilustração 6	Pirâmide de Maslow – teoria da hierarquia das necessidades	94

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
1.1	DESENHO DO ESTUDO.....	11
<u>Parte 1</u>		
2	HISTORICIDADE DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
2.1	EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	17
2.1.1	Contribuição do Iluminismo e Liberalismo aos Direitos Humanos.....	20
2.1.2	O Reconhecimento da Vida Humana como Bem Supremo.....	23
2.1.3	Contribuições do Socialismo aos Direitos Humanos.....	27
2.2	CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL: Defesa dos Direitos Fundamentais.....	33
2.3	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	36
3	CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DIREITO HUMANO À SAÚDE	
3.1	CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A SAÚDE.....	38
3.1.1	Constitucionalismo Imperial e o Direito À Saúde.....	40
3.1.2	Constitucionalismo Republicano e o Direito À Saúde.....	43
3.1.3	Constitucionalismo Democrático e o Direito À Saúde.....	50
3.1.4	Constitucionalismo Autoritário e o Direito À Saúde.....	51
3.1.5	Resgate da Democracia e Direito À Saúde.....	55
4	DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	
4.1	EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA SAÚDE.....	58
4.2	DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988.....	64
4.3	A PRODUÇÃO DA SAÚDE E PRODUÇÃO EM SAÚDE.....	73
<u>Parte 2</u>		
5	ANALISE DOS JULGADOS EM SAÚDE TJRJ	
5.1	COLETÂNEA DE JULGADOS (TJRJ 2005-2011).....	75
5.2	DIREITO A SAÚDE: Construção Jurisprudencial STF.....	81
5.3	SAÚDE: 1ª GERAÇÃO (art. 5º CF/88) OU DIREITO DE 2ª GERAÇÃO.....	83
5.4	Direito à Saúde (Mínimo Existencial e Reserva do Possível.....	93
6	CONCLUSÃO.....	100
	REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

1.1 Desenho do Estudo

A escolha temática tem como objeto a análise da saúde cotejada no cenário legalista e sua decorrência no âmbito social, uma vez que os discursos acerca de recursos insuficientes, a nosso ver não são os únicos elementos a explicar o caos que se encontra a saúde atualmente, que vem sofrendo sutil processo de desmantelamento e redução em seus sentidos, facilmente associado à simples prestação de serviço.

Esta simbiose possibilita a dificuldade de distinção do direito a saúde, afastando a perspectiva de sua concepção como direito e garantia fundamental, dando espaço a uma concepção adstrita de prestação de serviços.

Mesmo após vinte e quatro anos de promulgação da Carta Magna (1988) e de um contagiante movimento de re-democratização trágado pelos avanços tecnológicos e mercadológicos, a saúde vem sendo cada vez mais mitigada, seja em prol do erário público fomentando discursos de falta de recursos, ou ainda renegando direitos próprios e indispensáveis a vida e cidadania de cada ser humano e em sua perspectiva coletiva.

A vida se torna cada vez mais objeto de compensação, gerando lacunas que se prestam a distanciar o indivíduo de uma inserção social condigna com sua existência humana, do reconhecimento de direitos e condições do homem, onde as ações afirmativas tentam de forma inócua preencher esse distanciamento, e conseqüentemente o indivíduo passa a não se reconhecer mais como ator e agente dos processos de transformação social.

Assim que, o *objetivo* do presente trabalho é analisar a concepção atual da saúde, a partir do estudo da sua historicidade, indicando sua trajetória constitucional comparando com os modelos estruturais de Estado, constituições específicas de cada período, emergindo a teoria dos direitos fundamentais na historicização do direito à saúde, cotejada na Constituição Federal(1988) como direito social e fundamental, a partir de uma análise sistêmica entre os direitos de Primeira e Segunda geração, aportada por Bobbio (2004), que consiste na classificação dos direitos humanos em gerações, analisando se a saúde se enquadra na primeira geração - que consiste nos direitos elementares como liberdade, igualdade – ou na

segunda geração, que consiste no conjunto de direitos sociais, incluindo a saúde, como previsto na Constituição Federal (1988).

O direito fundamental à saúde pode ser evidenciado através da *problemática* em torno do confronto das disposições legais do artigo 5º com 196 ambos da Constituição Federal de 1988, analisados ainda sob o fundamento, secundariamente das decisões judiciais proferidas observadas entre o período de 2005 a 2011.

Tais demandas encontram na intervenção judicial a efetividade do direito à saúde – ainda que numa perspectiva (micro-individualizada) que pode levar a conceber a saúde a ser apreendida hermeneuticamente como direito fundamental decorrente da vida.

O direito à saúde, evidenciado em uma trajetória histórica, encetado no direito fundamental, pode se mostrar inserido num sistema aberto e flexível, aplicável seja subjetiva ou objetivamente, dentro da perspectiva hermenêutica de garantia fundamental (subjetivamente) podendo ser o Estado constrangido a observar a efetividade desse direito garantido (objetivamente).

Desta forma, buscar-se-á externar a natureza do direito à saúde, utilizando como *metodologia* revisão de bibliografia da consolidação histórica de direitos universais, do movimento de constitucionalismo no Brasil, aporte de importância para análise do fundamento da compreensão do direito à saúde como concebido atualmente.

Finalmente pretende-se comparar os artigos 5º e 196, ambos da Constituição Federal, onde a saúde é prevista como direito social “*garantido mediante políticas sociais e econômicas*” concepção a qual influencia na construção do modelo do direito à saúde, à medida que pode priorizar, de acordo com dimensões legais, a perspectiva da reserva do possível.

Esta concepção propicia um distanciamento cada vez maior entre as reais necessidades sociais insurgentes, refutada pelos interesses econômicos, comprometendo severamente a efetividade do direito à saúde, eis que não se pode olvidar que as relações sociais vão para além do que o texto legal pode aprisionar, sendo esses os eixos da presente pesquisa.

Neste cenário é que os direitos fundamentais revelam-se na própria acepção da palavra como fundamental e estrutural para integração dos direitos decorrentes, sendo pressuposto para vida de qualquer ser humano, e da dignidade da pessoa humana, sendo este reconhecimento a pedra de toque de toda a pesquisa.

No entanto, o presente trabalho não pretende externar simplesmente a saúde como fruto de uma hermenêutica constitucional no que pese sua importância, mas se pretende superar o entendimento e submetendo a análise crítica da “solução” individualizada, podendo talvez ser o ponto de partida para a construção futura de uma hermenêutica que possa ser capaz de intervir no modelo de saúde em grau coletivo, ampliando seu espectro, ou por outro lado, fomentar ainda mais o individualismo no exercício do direito à saúde.

Nesta vertente, o direito à saúde se consubstancia em um direito objetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia, partindo do *referencial teórico* da geração de direitos humanos criada por VASAK (1979)¹ e desenvolvida por BOBBIO (2004) da dicotomia da Teoria de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1991) bem como Teoria dos Quatro Status (JELLINEK, 2002), buscando na expansão do direito, os seus procedimentos e instituições sobre a sociabilidade da saúde contemporaneamente (WERNECK VIANNA, 2005).

De certo que neste âmbito da Teoria dos Status, a acepção do *status positivo*, - o qual nos ocuparemos – da compreensão do indivíduo, ante sua relação estatal, podendo em algumas circunstâncias exigir do Estado que atue positivamente em seu favor através da oferta de bens e serviços essencialmente necessários à sobrevivência humana, o que conduz a uma concepção equivocada do direito à saúde reduzido então à prestação Estatal material positiva.

A designação do direito prestacional material recebe o rótulo de direitos à prestação em sentido estrito, tidos por direitos sociais porque resultam da concepção social do Estado,

¹ Teoria desenvolvida por VASAK para aula inaugural (1979) no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem (Estraburgo) utilizando pela primeira vez, a expressão "gerações de direitos do homem", buscando, metaforicamente, demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), desenvolvida e difundida mais tarde por BOBBIO.

tendo por finalidade atenuar as desigualdades sociais, onde seu objetivo consiste numa utilidade concreta (bens e serviços), daí a idéia utilitarista equivocada do direito à saúde.

Deteremo-nos na análise crítica desta percepção que reduz a saúde a um serviço utilitário, e o atravessamento do direito fundamental à saúde, buscando uma compreensão para muito além da visão utilitarista e prestacional, mas como uma proposição indissociável do direito à própria vida.

Buscar-se-á assim, na *revisão de literatura* os fundamentos dos elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008) que analisa os direitos e garantias fundamentais, compreendendo-os a partir da distinção em dois blocos: direito de defesa e direito prestacional e suas funções na ordem social e jurídica atual (SARLET, 2007).

Analisando ainda as digressões acadêmicas que compreendem o direito à saúde, analogicamente como núcleo de integridade estatal (DWORKING, 1985) arrimados ainda nos estudos atuariais que compreendem a saúde como direito humano indissociável ao direito à vida (PIOVESAN, 2000).

Seguindo revisão de literatura das concepções constitucionais e nas contradições da disposição expressa do direito à saúde como direito social (MERLIN, 1988) doutrinas instrumentalizadoras para a construção de uma proposta da saúde como direito fundamental à vida, aportando conceitos de estruturas de poder numa perspectiva liberal.

Delineado como “*principio e método de racionalização do exercício do governo – racionalização - que obedece, e aí se encontra sua especificidade, à regra interna de economia máxima*” (FOUCAULT, 2004).

No controle do reconhecimento e concessão de direitos, notadamente da saúde, buscando discorrer as tensões de interesses estatal-político, os quais se concentram no Estado, que figura como campo decisivo da luta de classes que refletem no reconhecimento e exercício do direito à saúde, onde a sociedade estrutura seus contornos (POULANTZAS, 1986) resgatando finalmente a perspectiva ontológica do direito à saúde.

A *hipótese central* que permeia o presente estudo é de que o direito à saúde preconizado na Constituição de 1988 criou um novo arcabouço na Teoria dos Direitos

Fundamentais gerando uma aparente antinomia axiológica do instituto (saúde), emergindo ora como direito humano social (art. 196 CF/88) – *seguridade social* -, classificado assim no âmbito da 2ª geração de direitos humanos, e em contra ponto surgindo como direito fundamental indissociável da vida (art. 5º caput) inserido na lógica dos direitos humanos de 1ª geração.

A esta contradição, caberá o presente estudo a análise, que culmina numa dicotomia teórica do direito à saúde, dividida entre a *atenção* – que carrou toda a perspectiva universal e gratuita – contra a *seguridade social* – que manteve sua vertente contributiva e preponderância do interesse econômico - colocando-se tais contrapontos em disputa num cenário comum, consubstanciado num único direito, a saúde, abrindo assim espaço de contradições e supressão para realização desse direito, ponderado ora pelo mínimo existencial ora pela reserva do possível em diferentes perspectivas.

O estudo pretendeu depurar a compreensão atual do direito à saúde ante o efeito da dicotomia legal e axiológica vislumbrada e sua efetividade na ordem social atual, na garantia do direito fundamental à vida, indissociável do direito à saúde, propondo uma concepção diferenciada na garantia desse direito, tão necessário ao desenvolvimento do Estado democrático, e ao exercício da cidadania.

A estrutura do trabalho consiste inicialmente em analisar a historicidade dos direitos humanos, com objetivo de emergir, através das bases históricas a evolução da construção dos direitos e garantias fundamentais, cotejado com as contribuições dos principais movimentos, como o iluminismo, socialismo e o liberalismos, e sua aplicação no constitucionalismo ocidental e contemporâneo.

Desta forma, passamos no capítulo terceiro a discorrer acerca do constitucionalismo brasileiro, e a inferência do direito humano à saúde, tomando como ponto de análise as constituições imperial, republicana, democrática, autoritária bem como a Constituição Federal de 1988.

Seguindo no desenvolvimento da dissertação, no capítulo quarto abordamos o direito à saúde na sociedade contemporânea, buscando para tanto a evolução do conceito de saúde, e a previsão constitucional do direito à saúde na Carta promulgada em 1988, cotejando assim os

artigos 5º e 196 do diploma constitucional (1988), associando por fim o direito à saúde ao mínimo existencial, a fim de verificar se o direito à saúde é garantia fundamental de primeira ou de segunda geração de direitos humanos.

Capítulo 2
Historicidade da Construção dos Direitos Humanos
“mais é preciso estudar os homens que os livros”
(La Rochefoucauld)

2.1 Evolução dos Direitos Humanos Universais

No que pese a construção atual dos direitos humanos e das garantias fundamentais proclamadas no texto da Constituição Federal brasileira (1988), um longo caminho se trilhou na conjugação de idéias e tradições até a previsão das garantias constitucionais, demonstrando que tais garantias não foram dadas, mas produto de uma construção social historicamente consolidada.

Por outro lado, não se pode olvidar que em todo o curso da história, ecos ressoaram na tentativa de protesto contra as várias formas de opressão, emanando um verdadeiro ideário de libertação do homem, o que nos remete ao humanismo religioso, ao estoicismo e porque não aos teóricos do direito natural, os quais esculpiram os primeiros esboços de direitos humanos, influenciando no entendimento contemporâneo.

Assim foi que os textos religiosos como a Bíblia sagrada, o Alcorão, textos budistas conjugaram princípios de ordem morais e humanísticos consubstanciando deveres de conduta do homem na sociedade e para com o próximo, consubstanciando um diapasão universal.

As contribuições emergiram de diversas matrizes, cada qual externando seus axiomas, como São Tomás de Aquino e Santo Agostino, representando o seguimento católico, Maomé representando o seguimento mulçumano, Miquéias na bíblia sagrada, São Paulo, Buda tentaram externar o amor fraterno universal desinteressado, principalmente professado por filósofos como Platão, Aristóteles e Cícero os quais formularam contribuições preciosas.

Desta forma, a preocupação com direitos humanos associado ao filósofo grego *Platão*, tem em sua obra *A República* o estabelecimento das eternas idéias de verdade ou de Formas que representam universais ou absolutos.

Segundo Platão, *só se pode alcançar a Justiça Absoluta quando os indivíduos cumprem os deveres que cabem a cada um em harmonia com o bem comum, conferindo, segundo essa idéia igualdade as mulheres, numa época em que as mesmas eram alijadas do contexto político*, defendendo assim uma norma universal de conduta ética (PLATÃO, 2000, p. 29).

No mesmo sentido, *Aristóteles* trouxe importante contribuição na construção dos direitos humanos, notadamente no desenvolvimento da tradição política judaico-cristã e da islâmica, depreendido no texto de sua obra *A Política* demonstrando o conceito de justiça, virtude e direitos, elementos que mudam de acordo com as peculiaridades de cada constituição, levando em consideração modelo político democrático, oligárquico e tirano.

Desta forma Aristóteles concluiu que *as constituições mistas – com uma classe média forte – tendem a ser mais justas e estáveis*. Foi desta forma que Aristóteles buscou discutir a condição de Estado perfeito de virtudes: *“virtude tem bens externos suficientes para a realização de boas ações”*, não detendo seus estudos nos conflitos, mas enfatizando que *o Estado e as leis devem ter por objetivo a promoção do ócio, da paz e do bem comum*. (ARISTOTELES, 1988, p.16).

Por outro lado, Marco Tulio Cícero (2004), seguiu na mesma proposta de Aristóteles, apostando no bem comum, analisando os conflitos e compreendendo que as guerras civis que destruíram a República de Roma colocam em risco a organização política, propondo em sua obra *Legibus* (in sobre as *Leis* 52 a.C.) as bases da lei natural e dos direitos do homem, reconhecido posteriormente como base legal dos direitos humanos.

A esta proposta, inquinada ainda de valores religiosos, pois que considerava o indivíduo com os dons conferidos pelos deuses no tocante a sua própria capacidade de raciocínio, de extrair sua subsistência de elementos fornecidos pela natureza, e de viver de forma pacífica com seus pares. Os astutos, àqueles movidos por interesses econômicos, sexuais, e vantagens, não são virtuosos, portanto, não são bons. Mas todos se mantém unidos por compreender que *“o princípio do viver retamente é que torna o homem melhor”*, daí a importância da virtude.

A idéia de que tudo é justo em virtude dos costumes ou da lei local não é adequada, daí o questionamento de Cícero (2004): “*seria isso verdade se as leis fossem promulgadas por tiranos?*” Para responder a tal indagação, Cícero recorreu às leis universais de direitos humanos, que transcendem as leis civis, ratificando a idéia de “*cidadão do universo, de uma única cidade*” (CICERO, 2004, p. 16).

Mas na Inglaterra, no século XIII, por força das Cruzadas cristãs, houve uma crescente crise financeira que carrou no aumento da carga tributária provocando instabilidade interna, o que estimulou os grandes barões a exigir maiores poderes e mais direitos, o que resultou na promulgação da Magna Carta (1215), nominada de “Artigo dos Barões”, transformando-se posteriormente num instrumento de clamor contra opressão, invocada por cada geração visando proteger suas liberdades, em ameaça (MORAES, 2009).

A Petição de Direitos (1628), e a Lei de Habeas Corpus (1679) reportaram-se a dispositivo da Magna Carta (1215) que estabelecia que “*nenhum homem livre pode ser detido, ou mantido em prisão, ou privado de sua propriedade(...) a não ser por julgamento legal de seus pares de acordo com a lei da terra*”(MORAES, 2009, p. 15).

As conseqüências das Cruzadas acabaram por ratificar os axiomas dispostos na Magna Carta, tendo em São Tomás de Aquino grande contribuição para a construção da definição do ser humano e do conflito justo, colimado na interpretação de racionalidade do direito e na ética aristotélica (AQUINO, 1947).

Aquino (1947) aduz uma concepção que defini o ser humano, situando que a idéia de direitos humanos tem berço no conceito jusfilosófico de direito natural, no que pese inúmeros debates sobre sua origem cultural, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a liberdade que são formas de direitos atinentes ao homem, e indissociáveis a sua natureza.

Em sua obra *Summa Teológica* (1273), o estudioso discerniu, de forma adequada, o direito natural do divino, aduzindo que o direito natural deveria ter seu núcleo essencial fincado na justiça, na paz e na unicidade, compreendendo apenas os conflitos moderados em prol do bem comum como “guerras justas”, visando um fim maior e pacífico voltados à preservação da coletividade (AQUINO, 1947).

A influência teológica acerca dos direitos humanos é incontestável, proclamada por missionários, como o espanhol Bartolomé de Las Casas (1974) que, por ocasião da eclosão da exploração dos índios pelos Europeus, propugnou a abolição da escravidão indígena.

Em sua obra *Em Defesa dos Índios* do ano de (1548), Las Casas seguiu com o mesmo ideário Aristotélico e evangélico, firmando *a capacidade de raciocínio de todas as criaturas de Deus e a possibilidade de serem docilmente conduzidas ao cristianismo, formulando uma visão de cristianismo que apóia e conduz a emancipação do homem* (LAS CASAS, 1974, p. 27).

Portanto, depreende-se que os primeiros esboços de direitos humanos surgem com o ideário teológico, fundado na crença de que, a docilidade conduz a Deus, sob o manto de ideário evangélico, aportado por outros pensadores e filósofos que realinharam o discurso à seus segmentos de representação social, o que contribuiu para a consolidação de um ideário universal de amor fraterno, respeito e dignidade humana.

2.1.1 Contribuição do Iluminismo e Liberalismo aos Direitos Humanos

O iluminismo se propaga como resultado das questões religiosas com a discussão da forma de organização da igreja, pretendida pelos presbíteros *que queriam uma igreja governada por presbíteros ao invés de bispos e arcebispos como se dava entre os anglicanos* (PAIM, 1996, p. 29), em confronto com as lutas políticas no tocante a forma de organização do Estado.

A idéia de Estado-nação emergiu como conseqüência natural da Guerra dos Trinta anos, criando condições favoráveis para a proposta de consolidação de direitos seculares contra as arbitrariedades perpetradas pelas autoridades papais, enfraquecendo os vínculos com a Igreja isto porque o tão difundido “direito divino” fora contestado por pensadores inspirados na lei natural, criando assim uma consolidação de leis as quais visavam a proteção comercial e dos direitos seculares na forma de um Estado-nação (PAIM, 1996).

Nesta toada, muitos pensadores trouxeram sua contribuição para a estruturação do modelo político de Estado-nação, *Thomas Hobbes* definiu o Estado como *uma entidade*

destinada a proteger os direitos naturais do indivíduo à vida e à segurança (HOBBS, 2003).

Por outro lado, *John Locke* colimando às idéias de *Jean-Jacques Rousseau* formulara proposta de um Estado voltado para *a garantia dos direitos do indivíduo à propriedade², à representação política e à igualdade perante a lei* (LOCKE, 1998).

A fórmula do contrato social, na concepção liberal, distanciava-se da conotação organicista de Hobbes, mais se identificando com a de Locke ou Rousseau, mudança essa que concebeu a sociedade civil como finalidade última do governo.

A antiga visão finalista do contrato social de coibir as liberdades naturais egoístas (natureza com um *status* negativo) não mais traduzia a visão setecentista de que o pacto social deveria servir à garantia do exercício das prerrogativas individuais (natureza com *status* positivo), concepção essa descrita por Locke em uma frase: “*a comunidade é uma sociedade de homens constituída apenas para a preservação e melhoria dos bens civis e de seus membros*”(LOCKE, 1978, p. 05).

Esse modelo foi resgatado pelos movimentos sociais que eclodiram em toda a parte do mundo, emergido com algumas nuances pelo movimento do iluminismo e liberalismo, isto porque o liberalismo carregou o arcabouço dos direitos mais tarde nominados como “humanos”, inaugurando assim a era das “luzes” ou iluminismo, havendo uma relação de simbiose e ao mesmo tempo contraditória de ideários.

Assim sendo, a característica mais marcante do *iluminismo* foi à defesa de que o Estado-nação que então surgia, mantinha o dever de assegurar direitos seculares contra a autoridade papal, enquanto o *liberalismo* propugnava idéia similar, donde o poder surge da representação, pugnando por um Estado pautado na liberdade, com menor ingerência possível na vida privada:

² A propriedade de que aqui se fala não fica adstrita ao domínio de coisas, mas sim a uma categoria de direitos. John Locke, por exemplo, utiliza a propriedade para se referir aos direitos como um todo, pois “qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem, por natureza, o poder não só de preservar sua propriedade – isto é, a vida, a liberdade e os bens – contra os danos e ataques de outros homens”. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 67.

“Procurando o interesse próprio automaticamente o indivíduo estava contribuindo para o interesse comum” emergindo então o mais importante dos ideários: *a dignidade do homem frente ao Estado, sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente o indivíduo é soberano*” (MILLS, 1963, p. 23).

Nesta ordem, o ápice e o marco da Teoria do Contrato Social se deu através da preciosa contribuição de Rosseau (1762):

“(...) Mas somente após a publicação do “Contrato Social ” (Rousseau, 1762), que esta concepção entrou definitivamente a fazer parte fundamental da teoria política. Rousseau nunca sustentou a existência histórica desse contrato, mas apenas expôs a teoria como uma justificação racional do poder político, a única que pode explicar o aparecimento do Estado e ao mesmo preservar os direitos individuais, Os jusnaturalistas anteriores a Rousseau, produziram uma vasta literatura através dos tempos, e aplicavam a idéia do contrato não só para explicar a origem do poder político mas também a origem da sociedade civil, e faziam várias distinções(...), que era o contrato de sociedade, de associação(...) ou político ou ainda de governo, que era o pacto pelo qual delegavam o exercício do poder a um determinado governo (...)”
(SOIBELMAN,1951, p. 95).

Configura-se assim um modelo onde a figura do Estado deveria ter por escopo a proteção ao indivíduo contra os atos arbitrários das autoridades, proposta sopesada pelo liberalismo, mais estruturada na obra *Leviatã de 1651 por Thomas Hobbes*, a partir da Teoria do Contrato Social, onde Locke formula a base da doutrina de que o poder vem da representação, embora Hobbes não tivesse sido um pensador liberal :

“Os conceitos de (...) e contrato social são anteriores a Locke. Embora tenha antecedentes – em especial os autores que Bobbio chama de monarcomacos, calvinistas do período das guerras religiosas que afirmavam o direito de resistência contra o príncipe injusto – na tradição inglesa o iniciador da doutrina moderna é Thomas Hobbes(1588/1679), não se trata contudo de pensador liberal.” (PAIM, 1996, P.9)

Outros pensadores como Immanuel Kant e *Hugo Grotius*, compreenderam que a questão devia ser estudada com mais minúcia, propondo um alcance internacional para os direitos do homem.

Em sua obra *O Direito da Guerra e da Paz* (1625), colimado às idéias de Tomás de Aquino, e com o intuito de formular um fim as guerras santas em prol da Reforma, aprimorou a teoria da guerra justa - antes formulada por Aquino - neste mister fez a distinção entre as leis das nações - definiam conduta moral humana dentro no interior e na sociedade maior,

onde o Estado fazia parte - e as leis internas do Estado - consultivas, informavam as nações até onde poderiam ir com suas condutas permissivas (GROTIUS, 2004).

Sua teoria buscava identificar os tipos de conflitos justificáveis sugerindo a moderação da conduta dos chefes de Estado em tempos de conflitos, contribuição que perdura até os dias atuais, sendo de importante relevância às contribuições de *Thomas Hobbes*, em sua obra *Leviatã* (1652).

Invocando a bandeira da teoria do contrato social, Hobbes (2003) procurou estabelecer uma espécie de sistema de paz, oriundo do pacto social, onde todos deveriam ter assegurado o direito à vida e à segurança. Essa necessidade era tão essencial que os indivíduos preferiram outorgar o poder absoluto a uma autoridade soberana em troca de uma proteção efetiva (HOBBS, 2003), podendo o pacto social ser anulado caso o soberano deixasse de cumprir a missão de proteção ou ameaçasse a vida de seus cidadãos.

De certo que as obras de John Stuart Mill (1963), propugnando a defesa da dignidade do homem ante os poderes de um governo representativo, discutindo o papel da representatividade governamental, trouxe incontestavelmente grande relevo à construção dos direitos humanos, notadamente nos dias atuais, sendo elemento essencial na defesa de direitos e garantias fundamentais.

A necessidade de defesa da dignidade do homem emerge como elemento necessário numa tentativa de reconhecer formalmente o indivíduo como ser social, com direitos correlatos à sua própria natureza humana.

2.1.2 A Vida Humana como Valor Supremo

Desta forma, fundado na necessidade de inserir alguns direitos próprios a natureza do homem, um longo caminho se percorreu até a construção do tão propalado Direitos Humanos na forma como concebido atualmente, havendo notável importância do cristianismo.

A adução nietzschiana de que “*Deus está morto*”³, carrega um questionamento muito mais profundo, que encontra na metafísica o espaço de reflexão da inserção e do papel do homem na sociedade, decorrendo daí alusão que “*o tempo está por chegar, no qual a luta em*

³ Trecho da obra literária escrita por Nietzsche sob o título “*a gaia ciência*,” publicado em 1882.

torno do domínio da terra será conduzida – ela será conduzida em nome de doutrinas filosóficas fundamentais” o que culminou por desaguar na construção jus filosófica dos Direitos Humanos como, direitos universalmente reconhecidos (HEIDEGGER, apud CASANOVA, 2003, p. 4).

Esta concepção ressoou a imortalidade e valorização da vida humana, permitindo o atravessamento dos valores cristãos partindo então das premissas ateísmo (séc.XVIII) ao materialismo (séc. XIX), mantendo-se o valor da vida humana como bem supremo até os dias atuais, ratificado pelas diversas Cartas Constitucionais, consagrado como bem maior universal.

A consolidação dos direitos do trabalho teve na Revolução Industrial (séc. XIX) um propulsor, emergindo como o marco de reconhecimento do valor da vida humana, ainda que por razões preponderantemente mercantilista imposta pela estruturação tecnológica e mecanização.

Neste contexto é que se compreende a relação entre a doença humana e seus os meios de produção, que encontrou no direito do trabalho alguns limites para exploração da mão de obra então assalariada, e conseqüentemente na observância da saúde do homem trabalhador.

A compreensão da condição humana sempre esteve alinhavada com sua inserção no trabalho, ensejando o entendimento de que a produção de homens melhores melhoraria conseqüentemente toda a sociedade, já prelecionado por Platão que aduzia que *“podemos produzir algo no domínio dos assuntos humanos – produzir instituições ou leis, por exemplo, como fazemos mesas e cadeiras, ou produzir homens melhores ou piores”* (PLATÃO, 1997, 35), discorrendo como o ser humano, diante das adversidades políticas e históricas, poderia tornar-se um artesão de si mesmo, no sentido de se tornar melhor à sociedade.

Nesta vertente é que a relação de trabalho instituído fez emergir a condição da vida humana, que foi eleita como valor supremo no esteio social, como salienta Arendt (2011):

“... com a ascensão da vita activa, foi precisamente a atividade do trabalho que veio a ser promovida à mais alta posição entre as capacidades do homem; ou, em outras palavras, por que, na diversidade da condição humana, com suas várias capacidades humanas, foi precisamente a vida que predominou sobre todas as outras considerações... a vida se afirmou como ponto último de referência na era moderna e permaneceu como bem supremo para a sociedade moderna...” (ARENDR, 2011, p. 392)

Neste contexto, os interesses políticos que giravam em torno do mundo e suas transformações passaram com a consagração do trabalho, elevando a vida humana como elemento de esteio para o crescimento das nações.

Em decorrência das relações de trabalho impostas, a vida foi se tornando cada vez mais mercantilizada pelas práticas impostas pelo mercado, e esse movimento não demorou a culminar em lutas sociais na busca a um ideal de fraternidade humana na defesa da dignidade da pessoa humana com a evolução da divisão do trabalho (DURKHEIM, 2010).

O processo de internacionalização da humanização dos direitos do homem notadamente em defesa da vida como bem supremo foi consagrado com a criação da OIT Organização Internacional do Trabalho (1919), na toada de um constitucionalismo social que incentivava, observava e previa a defesa de direitos humanos do trabalho, preceito recepcionado pela Constituição do México (1917) e da Alemanha (1919).

O papel da OIT foi de grande significância para a regulação mundial do direito do trabalho, instituição que aliou-se posteriormente a ONU – Organização das Nações Unidas (1946), tonificada pelo advento da Declaração dos Direitos Humanos (1948), ratificando várias ordens de direitos humanos, inclusive trabalhista os quais vigoram até os dias atuais.

O Brasil sofreu as influências da humanização do direito universal internacionalizado incorporado na ordem interna brasileira após a abolição da escravatura (1888) visto que a mudança do cenário econômico requeria uma nova regulamentação, onde a base da economia agrária assentada na exploração de mão de obra escrava aderiu ao novo modelo industrial, culminando com o crescimento de fábricas e operários, o que ensejou a formulação de direitos trabalhistas (1930) como resultante de lutas sociais do movimento operário da Europa ideário trazido pelos imigrantes ao Brasil.

Desta forma que, com a promulgação da Constituição Federal (1934), foi possível finalmente a tutela de direitos trabalhistas, tendo sido a primeira constituição brasileira a conceber direitos humanos, defendendo e regulando a liberdade e o trabalho, direito aprimorado nas constituições de 1946 e 1967, até a previsão no diploma legal atual (1988).

Os principais documentos históricos de defesa de Direitos Humanos privilegiando o bem da vida como valor supremo, promulgados entre os séculos XVII e XVIII entre eles estão:

- a) **Lei de Habeas Corpus (1679)** - promulgado na Inglaterra com o objetivo de corrigir as transgressões dos direitos e da liberdade pessoal por parte do Estado, reconhecido até os dias atuais como remédio constitucional em defesa da liberdade do homem.
- b) **Declaração de Direitos (1689)** - promulgado na Inglaterra com o objetivo de instituir direitos e liberdades dos súditos e estabeleceu as regras de sucessão da Coroa britânica.
- c) **Segundo Tratado sobre Governo Civil (1690)** – contribuição de John Locke, constitui marco da interpretação liberal dos direitos humanos. “(...)Os governos são legítimos apenas enquanto preservam os direitos fundamentais adquiridos no estado natural: o direito à vida, à liberdade e à propriedade(...)” . Os direitos individuais somente estariam protegidos de forma confiável num governo em que houvesse a separação dos poderes: executivo, legislativo e federativo.
- d) **Manuscrito O Contrato Social (1762)** – contribuição de Jean Jacques Rousseau, propugnando uma representação governamental sem sujeição ou escravidão, mas pautada em direitos fundamentais universalmente reconhecidos e inalienáveis, mesmo em tempos de guerra.
- e) **Manuscrito Dos Delitos e das Penas (1766)** – contribuição de Cesare Beccaria, primeiro tratado sucinto sobre as regras que regem a justiça criminal.
- f) **Manuscrito A Escravidão Africana na América (1775)** – contribuição de Thomas Paine, traz a indelével noção de justiça e humanidade, denunciando o então tráfico de escravos africanos.
- g) **Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)** – proclamado nos Estados Unidos, por Thomas Jefferson, sob influência de Locke e Paine, lançou concepção do contrato social baseadas em doutrinas fundamentais de direito natural. “*todos os homens são criados iguais, de que são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.*”
- h) **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)** - promulgado na França, reuniu idéias de John Locke derivando a doutrina de direito natural; de

Rousseau, a teoria da vontade geral e da soberania popular; de Beccaria e Voltaire, a noção de salvaguardas individuais contra ação policial ou judicial arbitrária; e dos fisiocratas, a inviolabilidade dos direitos de propriedade, especificando direitos fundamentais dos indivíduos, com aplicação universal, revista posteriormente, para acrescentar artigo impedindo livre acumulação de riquezas, eis que o direito de propriedade implica em responsabilidades morais.

- i) **Declaração dos Direitos da Mulher (1790)** – assevera que os direitos naturais da mulher são iguais aos direitos do cidadão do sexo masculino previstos já Declaração de 1789.
- j) **Manuscrito *Paz Perpétua (1795) e Metafísica dos Costumes (1797)*** – contribuições de Immanuel Kant, que buscou estabelecer os direitos humanos básicos tanto no plano nacional quanto no plano internacional. O Estado republicano era a única estrutura política em que os indivíduos podiam preservar a sua liberdade básica – inclusive a propriedade e os direitos políticos, acreditava na vontade coletiva e na responsabilidade de proteger os necessitados das dificuldades econômicas.

O resgate da vida como bem jurídico supremo, antes atrelado ao trabalho como garantia da produção, atualmente analisado além da égide de melhores condições de trabalho, mas a todo o complexo humano propriamente dito do direito à saúde, verificado como direito natural da vida, consolidando um verdadeiro axioma humanístico, devendo sensibilizar seus atores, eis que *“o ator nunca é simples agente, mas sempre, e ao mesmo tempo, paciente. Fazer e padecer são como as faces opostas da mesma moeda”* (ARENDDT, 2010, p. 238).

2.1.3 Contribuições do Socialismo aos Direitos Humanos

Não se pode olvidar que a Europa da chamada era industrial sofria com o fenômeno da miséria, resultante do movimento da industrialização, do acúmulo de riquezas propugnado pelo então liberalismo em face da busca ilimitada ao direito de propriedade, fatores que contribuíram significativamente para as desigualdades humanas.

O cenário de perecimento do homem pela miséria, fez com que alguns socialistas da Europa trouxessem numa contra proposta que refutasse o modelo capitalista, buscando assegurar direitos até então negligenciados, tais como direito a educação, aos cuidados

médicos universais, emancipação da mulher, proibição do trabalho infantil, estabelecimento de medidas de saúde e segurança nas fábricas, e o direito universal ao voto, inclusive às mulheres.

As contribuições não cessaram, conferindo relevo a *Karl Marx e Friedrich Engels* os quais condenavam o caráter a-histórico dos direitos humanos defendidos no liberalismo, juntamente com *August Bebel* que denunciou a condição de dependência da mulher, defendendo assim a emancipação da mulher, encontrando uma aliança favorável entre trabalhadores e as mulheres em prol da luta e reconhecimento de seus direitos (ENGELS, 1981).

O anarquista francês *Pierre-Joseph Proudhon*(1994), por sua vez trouxe sua contribuição ao debater a extensão dos direitos de propriedade, em sua obra *O que é a propriedade* (1840), inquinando-se adepto aos direitos fundamentais exaltados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refutando a inalienabilidade do direito de propriedade, pois entendia que “*fossilizava desigualdades sem oferecer medidas corretivas. O direito de propriedade do rico é favorecido irracionalmente em detrimento do desejo de propriedade do pobre. Que contradição!*”(PROUDHON, 1994, p. 52).

Por outro lado, o insigne pensador defendia o direito de propriedade fundado na noção de subsistência e trabalho, onde os indivíduos que utilizavam a terra como instrumento de trabalho, como era o caso de agricultores, artesãos, tinham na propriedade um mecanismo essencial à preservação de sua liberdade, desde que aludidas posses não ensejassem a exploração do trabalho humano de outrem.

No esteio desse ideário, é que a proposta do *Principio Federativo* surge em 1863, também por Pierre-Joseph, propondo a criação de uma federação que equilibrasse harmonicamente o reconhecimento do direito de liberdade dos homens com a autoridade exercida pelo Estado, garantindo aos Estados soberania.

Muito além de seu tempo, Proudhon (1979) debruçado na questão do reconhecimento dos direitos humanos e na colocação deles ante as lutas sociais, prelecionou no tocante a emancipação individual e social que:

“(…) os sistemas federais que garantem os direitos políticos ao mesmo tempo que excluem os direitos econômicos servirão principalmente para aumentar o poder do capital privado e do comércio. Para evitar a exploração financeira sob a capa do federalismo, é necessário a existência de um sistema agroindustrial que, por meio do mutualismo e de associações de crédito, da garantia do trabalho e da instrução, por meio da combinação dos trabalhos para permitir que cada trabalhador possa passar de simples operário a industrial e artista, de assalariado a patrão(…)” (PROUDHON, 1994).

Na tentativa de aprofundar a visão de Proudhon (1979), ao analisar a visão liberal dos direitos judaicos e da minoria oprimida, Karl Marx (1994), em sua obra *A Questão Judaica* (1843), compreendeu que a emancipação requer o fim da divisão entre o homem como ser egoísta na sociedade civil e da idéia do homem como cidadão abstrato do Estado (MARX, 1994).

A premissa era de que os grupos, tanto mulheres como judeus, ou qualquer outro grupo, não poderiam ser emancipados individualmente se ainda houvesse exploração contra os demais grupos sociais, seria necessário, antes de mais nada, o fim das explorações para que houvesse o reconhecimento da emancipação.

Colimado em seu *Manifesto Comunista* (1848), voltado a Associação Internacional dos Trabalhadores (1864), ato que defendeu o direito a educação, imposto progressivo sobre a renda, sufrágio universal, encetando o movimento socialista, a Lei das Dez Horas, que visava à redução do trabalho para 10 (dez) horas, pugnando ainda por melhores condições sanitárias nos locais de trabalho, emergindo então as primeiras preocupações com a saúde do trabalhador e do indivíduo (MARX *et al*, 1998).

Assim, Marx (1866) acrescentou nas Instruções aos Delegados do Congresso de Genebra a necessidade de redução da jornada de trabalho para 08 (oito) horas, direito dos trabalhadores à saúde, restrição do trabalho infantil, na defesa dos direitos da criança e dos jovens, à educação gratuita, reiterando sua posição em relação aos Direitos Humanos, verificado na *Critica do Programa de Gotha* (MARX, 1891).

A defesa dos Direitos Humanos até então era voltada ao fortalecimento do liberalismo, despido de caráter histórico, sendo por esta razão alvo das críticas de Engels no *Anti-Dühring de 1878*, onde o prelecionado autor asseverava que “as idéias do bem e do mal

variaram tanto de povo para povo, de geração para geração, que não poucas vezes, chegam a se contradizer abertamente” (ENGELS, 1979, p. 19).

Prosseguindo nesta toada, o insigne autor aduziu que a defesa dos direitos humanos seriam inócuas se revestida de caráter a-histórico, ou seja desconsiderando o antagonismo que permeavam as classes e suas diferentes necessidades, assim averberado:

“(...) as teorias morais dos direitos são produtos dos estágios econômicos das sociedades, em particular da classe dominante no poder. Uma verdadeira moral humana só é possível quando se transcendem os antagonismos de classe tanto em termos ideológicos quanto materiais. Portanto, as noções de livre-arbítrio e de liberdade são inúteis se não forem discutidas em termos da necessidade histórica, ou em termos das contingências e possibilidades materiais(...)” (ENGELS, 1979, p. 25).

Na tentativa de contrapor o modelo de direitos humanos voltados ao fortalecimento do então liberalismo, foi que Engels em sua obra *A Origem da Família, da propriedade Privada e do Estado* (1884), ratificando os ensinamentos marxistas explicou os antagonismos a partir da análise do núcleo familiar, debruçando-se sobre os problemas familiares e no reconhecimento dos direitos das mulheres, compreendendo que *“as contradições de várias sociedades, conforme explicam podem ser discernidas na unidade familiar através da divisão de trabalho entre homens e mulheres”*(ENGELS, 1981, p. 36).

Neste esteio, comparando as relações sociais impostas pelo capitalismo com a estrutura do núcleo familiar, Engels concluiu que na família, a monogamia reflete a divisão de trabalho entre os homens e as mulheres nas sociedades capitalistas, como na família, o marido representa o burguês e a mulher o proletariado. A monogamia e a dependência econômica da mulher são necessárias para dar condições ao marido de trabalhar na esfera pública. A verdadeira monogamia, aduz Engels, *exige a independência das mulheres e seu afastamento da esfera doméstica* (ENGELS, 1981, p. 38).

Não obstante, não se pode olvidar que a Revolução de Bolchevique (1917) em meio à primeira guerra mundial elevou as discussões e lutas pelos direitos socialistas, alçando um novo escopo com a Formação da Sociedade das Nações (1919), o que significou um ícone para a agenda liberal dos direitos humanos.

Por outro lado, o fascismo trouxe uma verdadeira profusão difusa dos direitos humanos, por ocasião da derrota do aludido movimento, já na segunda guerra mundial, surge como um **marco e divisor de águas**, duas correntes cada qual justificando seus fundamentos, sob a égide da luta global pelo poder com base num embate entre os direitos liberais universais em contraponto aos direitos socialistas, surgindo assim várias unidades na defesa do liberalismo e outros compreendendo ser o socialismo a resposta para a realização dos direitos humanos sob a perspectiva igualitária.

Nesta perspectiva é que Lukes (1993), em sua obra *Cinco Fábulas sobre os Direitos Humanos* (1993), busca classificar o embate dos direitos humanos em cinco abordagens, concebendo como “tipos ideais” weberianos.

A *primeira perspectiva*, a dos *utilitaristas*, defendia originalmente os direitos humanos como a “maior felicidade para o maior número”, tomando como base de tal premissa de princípios a eficiência tecnológica.

A *segunda perspectiva*, a dos *comunitarianos*, considerava que não existem princípios de direitos humanos universalmente válidos, devendo-se considerar as crenças e práticas de todas as subcomunidades como igualmente válidas.

A *terceira corrente*, a dos *proletarianos* enceta os direitos humanos numa perspectiva de classe social, compreendendo que os conflitos em torno do direito reflete a divisão de trabalho e distribuição desigual dos bens econômicos entre os indivíduos e as nações.

A *quarta perspectiva*, a dos *libertarianos* emerge um entendimento de direitos humanos em termos de seu valor de mercado e da relação custo-benefício e nutre uma desconfiança fundamental para com o Estado (LUKES, 1993, p. 22).

É dessa forma que Luckes opõe uma contra proposta aos embates de direitos humanos, apresentando assim uma *quinta perspectiva*, de *isonomia*, defendendo a igualdade no tocante as liberdades básicas, o império da lei, a tolerância e igualdade de oportunidades, tudo garantido pela Constituição, independentemente de religião, de classe, de etnia ou de gênero.

Outras propostas surgiram a medida em que contribuições significativas se apresentavam, como a de Eric Hobsbawm (1996), que trouxe uma perspectiva *socialista* ou *proletária* e ao mesmo tempo *universalista*, em sua obra *O universalismo da esquerda* (1996), emerge em parte entendimento de Marx, no sentido de criticar direitos baseados em identidades, na defesa de grupos, aduzindo que “*os direitos humanos nunca se realizarão pelo acréscimo do total dos interesses das minorias, porque, desse modo, se perderá a base para a ação coletiva. Posições particularistas deixam de enfatizar o motivo comum que mantém unidos os diversos grupos de identidades*” (HOBSBAWM, 1996, p. 12).

Por outro lado, igual pertinência merece as contribuições de Luban (1980) que prelecionou um direito humano igualitário, em sua obra *Guerra justa e Direitos Humanos* (1980), adotou a definição de direitos básicos, sugerindo que os governos são legítimos apenas na medida em que garantem o direito à segurança e à subsistência do indivíduo (inclusive saúde), logo, uma guerra justa é aquela direcionada à defesa dos direitos socialmente básicos (LUBAN, 1980).

Nesta seara, num resgate às contribuições de Luban (1980), Ishay e Goldfischer formulam em seu artigo *Direitos Humanos e segurança nacional: uma falsa dicotomia* (1996), uma proposta unificando as questões de direitos humanos, com as premissas fundamentais fundacionais do Estado, como a segurança e sobrevivência.

A proposta consiste na compreensão dos direitos humanos numa leitura mais ampla, *conciliando o universalismo e o particularismo*, propondo o estudo de fatos decisivos no deslinde da história, investigando as razões recorrentes do direito exclusivo dos povos, ou seja do particularismo face a defesa e reconhecimento dos direitos universais, analisando as razões do fracasso do Estado em implementar direitos universais internamente, conciliando desta forma o ideário liberal, harmonizado a uma perspectiva social (LUBAN apud ISHAY *et al* 1996).

No que pese as contradições e críticas à teoria da geração de direitos humanos, para o desenvolvimento da presente pesquisa, adotaremos com mais proximidade, as perspectivas desenvolvidas por BOBBIO (2004), sendo este o autor de referência para nossa análise do direito à saúde contemporâneo.

2.2 Constitucionalismo Ocidental e a Defesa dos Direitos Fundamentais

A noção de direito individual era muito prematura até o século XVIII, na Europa (e pouco antes na Inglaterra), até porque *“a época moderna assinala-se por um grande impulso do indivíduo no sentido de sua própria afirmação”* (REALE, 2006, p. 150).

Mister se faz ressaltar a característica moderna e individualista da sociedade, quando da análise dos Direitos Humanos, a qual gerou condições ideológicas e reais aptas a possibilitar a imposição de prerrogativas ao Estado.

Nas sociedades clássicas *““civitas” e “polis” inexistia a relação de direito entre os governados e governantes⁴, posto que a própria sobrevivência dos indivíduos era proporcionada pelo coletivo, inexistindo espaço de individualidade nem mesmo para a situação intermediária do forasteiro⁵, visto que as relações uns com os outros não era de autonomia, mas de sobrevivência, despida da consciência de individualidade”* (CERRONI, 1968, p. 12).

⁴ Umberto Cerroni observa que “el Estado – por llamarlo de algún modo – tenía en el mundo clásico una dimensión bastante diferente de la que solemos atribuir al Estado jurídico moderno (...) por consiguiente, era fundamentalmente inconcebible, en primer lugar, una libertad jurídica que sancionase derechos individuales frente al Estado, en la acepción que este término tiene entre los modernos; y en segundo lugar, era fundamentalmente inconcebible la noción que en la actualidad poseemos de las leyes o normas jurídicas u, en general, de la vida política estatal”. O Estado – por chamá-lo de algum modo – tinha no mundo clássico uma dimensão bastante diferente da que podemos atribuir ao Estado jurídico moderno (...) em consequência era fundamentalmente inconcebível, em primeiro lugar, uma liberdade jurídica que sancionasse direitos individuais frente ao Estado, na concepção de que este termo tem entre os modernos; e em segundo lugar era fundamentalmente inconcebível a noção que na atualidade possuímos das leis ou normas jurídicas ou, em geral, da vida política estatal (traduzi). CERRONI, Humberto. *La libertad de los modernos*. Martínez Roca, 1968, p. 12.

⁵ Na íntima relação do participante da comunidade com sua respectiva “polis” ou “civitas”, não havia situação intermediária que pudesse caracterizar um ambiente de individualismo, pois nem mesmo os forasteiros estavam distantes desta relação. Aristipo, no diálogo travado com Sócrates, propõe um meio termo entre a condição de cidadão e a de servidão, propondo que “para não passar por isso não me fixo em nenhuma cidade, mas em toda parte sou estrangeiro”. Contudo, Sócrates logo revida: “Propões-me, certo, um artifício maravilhoso. Porque desde que Sínis, Cirão e Procusto morreram, os forasteiros não são maltratados por ninguém. Mas hoje os governantes dão leis a sua pátria para se oporem ao abrigo da injustiça. Criam, além do que se chamam os laços naturais, amigos que lhes servem de auxiliares. Cintam as cidades de muralhas, reúnem exércitos para repelir as agressões injustas e até cuidam de alianças no exterior: não obstante nem estas precauções os preservam do insulto. E tu que nada disso tens, que passas quase todo o tempo nos longos caminhos onde se comete o maior número de assaltos, tu que em qualquer cidade a que chegues és mais pequeno que o último dos cidadãos, tu que enfim te encontras numa situação em que mais que em outra qualquer a gente está exposto à injustiça, imaginas a ela subtrair-te graças a tua qualidade de forasteiro?”. XENOFONTE. *Ditos e feitos memoráveis de sócrates*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 63.

A noção de constitucionalismo está diretamente ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (1787), após a independência das 13 colônias, e da França (1791), a partir da Revolução Francesa, apresentando consoante aduz Jorge Miranda⁶, dois traços marcantes, *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de previsão de direitos e garantias fundamentais* (MIRANDA, 1990, p. 138)

“(...)o direito constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental Orders of Connecticut de 1639*), integraram-no, desde logo, em nível de princípios e valores ou de símbolos a *Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados(...)*”

O ápice da previsão normativa dos direitos humanos fundamentais, como preleciona Alexandre de Moraes (2009, p. 11), se deu na França (1789), quando da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, trazendo garantias fundamentais em 17 artigos, *“abarcando liberdade, igualdade, resistência a opressão, propriedade, segurança, associação política, legalidade, reserva legal, presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento”*.

A Constituição Francesa (1791) de 3-9-1791 conferiu novas formas de controle do poder do Estado, mas somente em 24-6-1793 a nova constituição francesa regulamentou de forma mais específica os direitos humanos fundamentais, mas somente o início do século XX, que foi marcado pela preocupação social nos diplomas constitucionais.

Os direitos humanos de primeira geração, compreendidos na qualidade de direitos de liberdades, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental e foram materializados nas declarações e constituições liberais, ao se assinalar a máxima da valorização político-jurídica do indivíduo, comportando, nesta geração, direitos subjetivos típicos do Estado abstencionista⁷, como assinala Paulo Bonavides (2000, p. 517), *“são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”*.

⁶ “na verdade, ninguém ignora o marco representado na história do Estado e do Direito público pelas revoluções dos séculos XVIII e XIX e suas seqüelas, as quais puseram termo ao Estado absoluto e abriram caminho a um novo modelo ou tipo de organização política, o Estado constitucional, representativo ou de direito”.MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 138.

⁷ Note-se que “el Estado de Derecho, desde su aparición a comienzos del siglo XIX, ha pasado por diversas etapas. La primera es la del Estado liberal, abstencionista, que llega hasta el periodo de entreguerras, y em cuyo marco los derechos humanos se circunscriben a los (o a ciertos) derechos individuales civiles y políticos”. O Estado de Direito, desde sua aparição em começos do século XIX, passou por várias etapas. A primeira é o do Estado liberal, abstencionista, que chega até o período de entre guerras e em cujo marco os direitos humanos se

Nesse sentido, destaca-se a Constituição de Weimar (1919) promulgada em 11-8-1919 sendo a precursora em materializar o direito à saúde como direito humano fundamental prescrevendo que *incumbia ao Estado à saúde e o desenvolvimento social da família, proteção contra a exploração, o abandono moral, intelectual e físico* (art. 120 a 122) (MORAES, 2009), sendo cediça e verdadeira a noção de positivação do constitucionalismo social, o *welfare state* ou o estado de bem estar social.

Assim que Karel Vasak (1979), durante sua aula inaugural na Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, foi o primeiro a propor (sem maiores pretensões) a classificação dos direitos humanos em três gerações (associando a idéia aos elementos da bandeira francesa: igualdade, liberdade, fraternidade), revigorando a idéia de pacto social, separação dos poderes e representatividade, caracterizando verdadeiro modismo⁸, assistido por Cançado Trindade e Bobbio.

Segundo a proposta de Karel⁹, na aula inaugural de Estrasburgo, os direitos humanos de *primeira geração* seriam os direitos da liberdade, compreendendo os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas. Os direitos humanos de *segunda geração* seriam de igualdade, direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos humanos de *terceira geração* denominados de direitos de fraternidade estariam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.

Com o surgimento de questões afetas ao biodireito, alguns juristas reconhecem uma *quarta geração*¹⁰ de direito face aos avanços tecnológicos, compreendido como direitos

circunscrevem aos (ou certos) direitos individuais civis e políticos (traduzi). ATENIENZA, M. *El sentido Del derecho*, p. 219-220.

⁸ Ressalta Sérgio Resende de Barros que “Vasak era Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO. Dada a sua posição institucional, como também o ‘charme’ da subdivisão que fez dos direitos humanos em consonância com o lema da Revolução Francesa, sua palestra teve enorme repercussão. Daí, alastrou-se o modismo de dividir os direitos humanos em gerações de direitos”. BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre geração de direitos*. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>. Acesso 11 Jul. 2011.

⁹ VAZAK, Karel. For the third generation of human rights: The rights of solidarity. Inaugural Lecture to the Tenty Study Session of the International Institute of human rights, Strasbourg, 1979, and Karrel Vasak *Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité*, Revue desdroits de l’Homme, 1979. VASAK, Karel. *Conferência do instituto internacional de direitos humanos*. Disponível no site <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaoodh/4_geracao.html> Acessado em: 6 jul. 2011

¹⁰ Pontual a observação feita por Reinhold Zepelius de que “as grandes divisões da Revolução francesa “liberté, égalité, fraternité continuam a constituir o conceito central da compreensão dos direitos humanos, reconhece também que os direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensões (assim como os de quarta, se optarmos

tecnológicos, de informação e biodireito, (ZIPPELIUS, 1997, p. 444), corrente posteriormente adotada e estruturada por Bobbio (2004).

2.3 Constitucionalismo Contemporâneo

O Direito Constitucional, decorrente do constitucionalismo, é fundamental à organização e funcionamento do Estado, visto que estabelece toda a plataforma estrutural política do Estado, organizando as instituições e órgãos, definindo modos de aquisição e delimitação de poder, através da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Os direitos humanos fundamentais colocam-se, portanto, como previsão necessária e indispensável às Constituições, visando à garantia da limitação de ações Estatais abusivas, ou omissivas contra direitos individuais assegurados, viabilizando assim o desenvolvimento humano, pautado na dignidade da pessoa humana, princípio esculpido desde o direito natural.

De certo que a previsão de direitos fundamentais no decurso do tempo foi associada à noção de democracia, visto que a constitucionalização de direitos fundamentais não significou a previsão formal de princípios garantidores, mas sim uma medida assecuratória de direito, a partir do qual qualquer indivíduo tenha a possibilidade de exigir a tutela perante o judiciário para concretização da democracia.

Depreende-se neste contexto, que a proteção judicial configura-se indispensável a tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição e no ordenamento jurídico em geral, como ressalvado por Afonso Arinos de Mello Franco (1958), na preservação da dignidade da pessoa humana:

“(...) não se pode separar o reconhecimento dos direitos individuais da verdadeira democracia. Com efeito, a idéia democrática não pode ser desvinculada das suas origens cristãs e dos princípios que o Cristianismo legou à cultura política humana: o valor transcendente da criatura, a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça, sem justiça, não há direito(...)”(ARINOS, 1958, p. 188)

pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa”. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 444.

O arcabouço da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade consubstanciou um construto para a democracia no deslinde dos tempos, atrelada a noção de constitucionalismo e suas transformações axiológicas, permeando a promulgação dos Diplomas legais de cada nação, conferindo um escopo universal aos Direitos Humanos.

Assim sendo, o constitucionalismo contemporâneo emerge os direitos fundamentais consubstanciando reflexões mais próximas as necessidades humanas, na tentativa de harmonizar as demandas cotidianas, o que de certa forma acabou por dificultar sua definição, colocação e abrangência na ordem social.

Como bem posiciona-se José Afonso da Silva (1997), o deslinde da história impôs algumas transformações nos direitos fundamentais que acabaram por ampliar os elementos que o compunha, dificultando a compreensão de seu conceito e de sua abrangência, abrindo equivocadamente espaço para expressões que embora sejam similares, comportam conotação diferenciada, como *direito natural*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *liberdades fundamentais*, *direitos fundamentais do homem* (SILVA, 1997, p. 211).

Não se pode refutar a importância das transformações históricas no Brasil, as quais ampliaram os sentidos da compreensão dos direitos fundamentais, propugnada pelos movimentos de redemocratização, e reconhecimento de direitos pela Constituição Federal (1988), devendo-se em parte pela influência dos projetos ideológicos, mantendo-se os debates no tocante atuais no tocante a abrangência dos direitos fundamentais, o que será delineado de forma mais acurada no próximo capítulo.

Capítulo 3

Processo de Constitucionalismo Brasileiro e Direitos Humanos à Saúde

*“para nos instalarmos no mundo, fazemos o possível
para nele parecermos bem instalados”*

(La Rochefoucauld)

3.1 Constitucionalismo no Brasil e o Direito à Saúde

No Brasil, o constitucionalismo materializa-se, na acepção doutrinária com o modelo constitucional de Estado propugnado pela independência, face a condição colonial com o escopo de exploração econômica das *“novas terras”, tendo Brasil, sido colonizado por Portugal, constituindo-se assim o Estado derivado, característica peculiar das nações colonizadas*” (COELHO, 2009, p. 45).

A colônia (1808) vivia segregada das influências e idéias dos povos mais adiantados, e mesmo depois da integração e convívio internacional, o povo sempre segregado. Com o *“advento da república, é que se configura o sentido próprio de nação, privilegiando assim valores que a civilização havia construído ao longo de séculos de evolução material e ideológica, principalmente as noções de liberdade e justiça”* (CERQUEIRA, 1961, p. 160).

A preocupação da família real residia no *“interesse na manutenção da mão de obra saudável e capaz de manter os negócios promovidos pela realeza”* (Baptista, 2007, p. 30), o cenário da saúde pública era devastador, assolado por febre amarela, malária, além daquelas doenças trazidas pelos imigrantes que assolavam a Europa, como peste bubônica, cólera e varíola, não havendo formas de conhecimento no tocante ao tratamento, controle e erradicação das doenças, não havendo qualquer regulamentação nas práticas da saúde.

Enquanto os processos de constitucionalização das demais nações eram permeados pela conscientização que agregava valores libertários, no Brasil houve um sentimento coletivo voltado para o fomento dos negócios, sendo este o divisor das águas no processo de constitucionalização da república brasileira, com relação àquele havido nos Estados Unidos e na Europa, gerando um verdadeiro sentido de inferioridade nacional.

A explicação do fenômeno é simples: nem os colonizadores, nem a elite que se formava no território da colônia, não se ocuparam de construir uma nação unida à metrópole

nem mesmo por vínculos culturais, onde as sucessivas expedições, que resultaram no povoamento do país foi com o intuito de tirar o máximo proveito econômico, explorando assim as riquezas naturais, consoante aduz Afonso Celso:

“(...) não se desenvolveu no Brasil uma consciência crítica que valorizasse a nação como voltada para si mesma, para o seu povo e para sua cultura. E essa herança permaneceu até muito depois da república, gerando não somente a dependência econômica, mas também certo complexo de inferioridade em relação à Europa e aos Estados Unidos. No plano cultural, as escassas manifestações de nacionalismo restringiam-se às louvações de beleza e riqueza de nossos recursos naturais, um ufanismo alienado e alienante(...)” (CELSO, 1915, p. 32)

No tocante a perspectiva econômica, a descoberta e povoamento do Brasil ocorreu em meio a fase mercantilista, processo econômico diferenciado entre Portugal e Europa central, consoante Helio de Alcântara Avellar (1970) preleciona:

“(...)dentro da ideologia econômica feudal que considerava a terra como fonte de riqueza, em Portugal os chefes militares eram premiados com a concessão de glebas. Daí a tipicidade do feudalismo português, que dava maior ênfase à organização militar do que à territorial. E a economia naturalista inicial, num Estado de monarquia patrimonialista e agro-patriarcal, foi sendo substituída por um sistema de feições mercantilistas, onde o Estado se transformava em empresa de fins lucrativos, caracterizado pela necessidade de reforçar o comércio para abarrotar-se de pedras e metais preciosos(...)” (AVELLAR, 1970, p. 30)

Desta forma que o Brasil colônia foi marcado por um cenário sanitário de profundo descaso com a saúde pública, possibilitando a propagação de doenças trazidas pelos europeus, que se difundiu com as patologias tropicais já existentes no solo brasileiro, fomentada pela diversidade de ciclos econômicos, como pau-brasil, cana-de-açúcar, gado, tabaco, ouro e diamantes, enunciando assim um escopo exploratório em prol da riqueza das cidades e da corte, levando ao fomento da escravidão e a destruição dos recursos naturais, diferente do ideário libertário vivenciado pela Europa e Estados Unidos.

As conseqüências para a saúde foram incomensurável eis que sem preocupação com saneamento, as epidemias não tardaram a ocupar um espaço de infestação popular, tais ações não compuseram a “agenda de trabalho” nem tão pouco ingressou como preocupação pública no processo de constitucionalismo brasileiro.

Os direitos positivados, resultados do processo de constitucionalismo sofreram notória inferência de diversos fatores ao longo do tempo (cultural, político, econômico, ideológico), o que contribuiu para a consolidação de axiomas diferenciados até a efetiva consolidação do Estado de direito, justificando assim, a evolução constitucional brasileira na garantia dos direitos fundamentais, notadamente da saúde.

Segundo Bonavides (2004), o processo de constitucionalismo no Brasil manteve três diferentes épocas compreendida por Constitucionalismo francês e inglês (séc. XIX) marcado no constitucionalismo Imperial; modelo norte-americano (séc. XX) verificado no constitucionalismo da primeira república emergindo o federalismo e presidencialismo; Constitucionalismo alemão (séc. XXI) reconhecido pelo Estado social, consolidado na Constituição de Weimar.

3.1.1 Constitucionalismo Imperial e Direito à Saúde

Constituição (1824) – Monarquia Liberal

constitucionalismo francês e inglês

A Carta constitucional manteve fortes influências do processo de constitucionalismo francês e inglês (séc. XIX), onde sob o ponto de vista teórico, buscou abarcar os elementos da constituição francesa, e sob a perspectiva prática, a adoção foi do modelo inglês, marcado pela troca da concepção de Montesquier (1993)¹¹ para o modelo preconizado pelo filósofo francês Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1989)¹², que acrescentou um quarto poder, o moderador, emergindo uma severa contradição entre os textos legais da Constituição escrita e a Constituição real.

Antes da Guerra de Canudos, os movimentos de libertação eram despidos do caráter ideológico libertário visto que, *“os movimentos de libertação que a história do Brasil registra não tiveram o sentido da luta por nobres ideais, mas tão-somente o de reagir contra os excessos de despotismo, a reação de quem luta para manter uma condição elitista numa*

¹¹ Idealizador da *teoria da separação dos poderes* em três: o de **fazer leis** (legislativo), o de **executar as resoluções** públicas (executivo), e o de **julgar os crimes** ou as divergências dos indivíduos (judiciário).

¹² Compreende o poder moderador como *“a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, a mais influente de todas as instituições fundamentais da nação (...). É quem mantém o equilíbrio, impede seus abusos e conserva-os na direção de sua alta missão”*.

sociedade escravocrata” culminando com a ausência do povo nas revoltas coloniais (AVELLAR, 1970, p. 31).

Essa realidade justifica a ausência do povo nas revoltas coloniais, vez que os fazendeiros evitavam incluir a população negra e mulata em seus movimentos reivindicatórios ante a coroa portuguesa, sendo enormes os riscos em organizar militarmente uma população já marginalizada.

Não obstante, a Constituição Política do Império do Brasil (1824), promulgada em 25.03.1824, recepcionou as idéias políticas da época, eis que os ventos libertários que proviam dos Estados unidos e Europa, impregnadas de individualismo político e econômico iluminista, ecoavam no Brasil colonial.

Tal ideologia se manifestou na acolhida do humanismo que, tardiamente, tomava conta dos espíritos esclarecidos. Baniam-se os privilégios, aboliam-se as penalidades cruéis e assegurava-se a liberdade de trabalho, representando a vitória de sentimentos unitários, envolvendo toda a América latina contra o federalismo.

Como assim preceitua José Maria Bello, “*abandonava-se o modelo norte-americano, republicano e federalista, e adotava-se o constitucionalismo monárquico e parlamentar tipo Europeu. Apesar da essência libertária, foi a Constituição imperial de 1824 produto de um ato autoritário*”(BELLO, 1956, p.199).

A Constituição de 1824 foi à marca da Monarquia Liberal, delineando um sistema de hierarquia oligárquica onde o imperador figurava no topo, como autoridade suprema. No cotejo da concentração de Poderes composto pelo Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador, o Direito à Saúde não tomou acento, vez que o que se buscava era a concentração dos poderes nas mãos do Imperador, consoante aduz Paulo Bonavides (2004), modelo aportado por Portugal, “*o texto Constitucional de 1824 serviu de modelo para a Constituição de Portugal de 1826*” (BONAVIDES, 2004, p.57).

Nessas Constituições, embora imbuída de ideais libertários, os mesmos não foram atingidos dadas as grandes desigualdades sociais que vigoravam na época. SILVA (2007) ensina que “*a Constituição de 1824 deu lugar aos Direitos do Homem no art. 179 (com seus*

35 incisos que estabeleciam um rol de direitos e garantias), nos quais era declarado e garantido o direito à inviolabilidade dos direitos de liberdade, de igualdade, de segurança individual e de propriedade” (SILVA, 2007, p. 168).

Assim, o texto Constitucional menciona, no inciso XXIV do art. 179, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”¹³, entretanto o objetivo, como se faz claro, é garantir o exercício da atividade laboral e não o Direito à Saúde, muito pouco cotejado no inciso XXXI do mesmo artigo, garantindo o socorro público.

Não obstante, mesmo tendo sido tais direitos previstos, os mesmos só serviam a uma elite aristocrática, pois enquanto os ideais da revolução liberal, que irromperam na Europa quase na mesma época, buscavam alterar a estrutura e reorganizar a sociedade, no Brasil o interesse era apenas e tão somente o de romper com os laços do colonialismo, sendo mantidos os interesses e os favores das classes privilegiadas. Portanto “a grande massa de pessoas ainda continuava escrava e submetida a tratamentos desumanos” (SILVA, 2007)¹⁴.

O interesse pela saúde não passava de ações que garantissem minimamente as relações comerciais, e não o bem estar humano, como a criação da Junta Vacínica da Corte (1846), transformada em Instituto Vacínico do Império, procedendo à fiscalização e vacinação antivariótica o que retratava muito bem a ideologia de exploração econômica e acumulação de riquezas.

A preocupação com o controle de epidemia emerge com ações voltadas para higiene pública, ainda insipientes pela sua natureza coercitiva, a criação da polícia sanitária e da Junta Central de Higiene Pública (1849/1851), voltada a fiscalização de portos, a assistência não foi materializada, a não ser pela criação do hospício de Pedro II (1841), a assistência de doentes não colimava um direito propriamente dito, *eis que, prestados por entidades filantrópicas como Santa Casa, ou mutualistas, como a Beneficência Portuguesa* (Escorel, 2000, p. 336).

¹³ BRASIL, *Constituição política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2011.

¹⁴ “A fachada liberal construída pela elite europeizada ocultava a miséria e escravidão da maioria dos habitantes do país.” SILVA, José Afonso da Silva. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. p. 168-170.

“Apesar da ampliação das atividades de saúde no final do período imperial, as estruturas dos serviços de saúde continuavam as mesmas, fortemente relacionadas à capital do Império e dando as costas para o resto do país. Tal situação deixava em penúria a maioria dos municípios, sendo exceção somente os mais ricos (Escorel, 2000, p. 337).

3.1.2 Constitucionalismo Republicano e Direito à Saúde

Constituição (1891) – Primeira República

constitucionalismo do modelo norte-americano

A Constituição Republicana (1891) emergida de lutas ideológicas e embates pela abolição da escravatura e com descrença no velho regime monárquico, o qual decaiu face embates de caráter religioso, escravocrata e militar e das condições econômicas e sociais, que assolavam o país, onde o diploma legal fora promulgado embasado no liberalismo, pugnando por um modelo de não intervenção estatal em matéria de ordem econômico-social, reflexo do modelo norte-americano.

A Carta Magna supracitada trouxe a inauguração de um período marcado pela consciência constitucionalista, de organização formal do poder inclusive com a criação de uma suprema corte capaz de declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder público, calcada nos ideais de democracia e de Estado de Direito, denotando um avanço político que não estaria livre de alguns percalços e de interesses econômicos.

No entanto, a Constituição de 24 de março de 1891¹⁵ não cuidou do tema do Direito à Saúde, *“de fato havia no art. 72 uma relação de direitos e garantias na qual se asseguravam os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade.”*(SARMENTO, 2008, p. 385). Além disso, eram previstos os direitos de reunião e associação, bem como o ‘habeas corpus’, entretanto, *“devido à organização social da época que tinha no ‘coronelismo’, o poder de fato e efetivo, as garantias e os direitos constitucionais não tiveram eficácia”* (SILVA, 2007, p. 170).

¹⁵ BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao_91.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2011.

Nesse sentido, Oscar Vieira (1999) aduz que a única reforma que ocorreu no texto Constitucional de 1891, *“dada à dificuldade que era o processo de emenda, previa 76 emendas, mas apenas cinco chegaram a ser aprovadas, entre elas a que limitava o âmbito de aplicação do ‘habeas corpus’, que vinha sendo muito usado contra o arbítrio dos poderes políticos”* (VIEIRA, 1999, p.120).

O Código Civil (1916), promulgado no Brasil, inspirado no Código Civil Alemão, repudiou esboço de Teixeira de Freitas (1850), devido à arrogância e egoísmo dos políticos de então, comprometidos com interesses pessoais, postos acima do interesse do país.

O marco para saúde foi à descoberta por Paster (1895) da vacina contra raiva humana, e o *reconhecimento da microbiologia para identificar doenças e elaborar vacinas evitando os males* dela decorrentes (Escorel, 2000, p. 339).

Desta forma, o texto constitucional (1891) quanto à saúde não trouxe previsão específica, incumbindo a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração, tratando apenas de suprimir o Poder moderador, criando a República federativa prevendo autonomia para os municípios e o presidencialismo.

A consciência libertária se configurou no deslinde da história através de alguns movimentos que contaram com a participação do povo, notadamente após o advento da Guerra de Canudos (1896-1897), considerada o divisor de águas pela luta de igualdade, liberdade e justiça, numa ideologia que propugnava axiomas embora políticos de cunho humanitário, a permear as sementes da formação de uma consciência nacional que viria a consubstanciar um verdadeiro arcabouço de um constitucionalismo brasileiro.

Na saúde, a consciência da necessidade de controle das epidemias emerge com a primeira fase do movimento sanitário liderado por Oswaldo Cruz (1900-1909), consubstanciando efetivamente as primeiras Políticas de Saúde.

No primeiro século após a vinda da família real para o Brasil (1808-1908), as ações governamentais voltadas à saúde, pautaram-se na tentativa de controle do cenário de epidemia que alarmava toda sociedade e seus aglomerados urbanos, fundado nas ações específicas de controle de mão de obra e dos produtos, com ações coletivas para o controle de doenças,

disciplina e normatização da prática profissional (Foucault, 2007), as quais repercutiam economicamente nas relações comerciais, afetando os portos, maior preocupação para a aristocracia do café.

Registravam-se mudanças significativas na saúde pública pontual pela descoberta da microbiologia, o que viabilizou o controle e erradicação de epidemias o que se deu de forma *proporcional ao desenvolvimento científico, econômico e cultural dos diferentes países* (Escorel, 2000, p. 339).

As três primeiras décadas do século XX, foram marcadas pela segunda revolução industrial do final do séc.XIX, por uma intensa modernização da tecnologia, o que se refletiu na saúde e o caráter emergencial atribuído as atividades de saúde pública, colocado pelos governantes como objeto de interesse à margem da pauta dos assuntos econômicos, conferindo assim transitoriedade dos serviços, vez que não havia estrutura permanente para saúde pública, o que colimou por fragilizar ainda mais o cenário público, consubstanciando a ligação intrínseca da saúde com as crises sanitárias.

Para a saúde, inaugura-se a segunda fase da reforma sanitária de Oswaldo Cruz (1910-1920), marcada pela preocupação com o saneamento rural, e controle das epidemias rurais como Chagas, malária e outras doenças), colimando um esforço necessário para o desenvolvimento de uma Política Sanitária de Estado para essas regiões.

As represarias comerciais sofridas pelo Brasil (1920), ante a questões de insalubridade nos portos (o que possibilitava a exportação da doença), foram fatores nodais a implementação de novas ações para controle na área da saúde e assistência médica individual, colimando com a Lei Eloy Chaves (1923) para criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (Caps), voltado para as organizações de trabalho economicamente expressivas, como ferroviários e marítimos, responsáveis pela produção exportadora (FARIA, 2007).

A busca pelo conhecimento das doenças e ações na saúde sagraram-se como legítima preocupação sanitária para preservar a saúde da produção, eis que a comercialização do café dependida do trabalho assalariado, o que carecia de mão de obra saudável, as epidemias que se alastravam entre os trabalhadores davam-se pelas péssimas condições sanitárias, o que

prejudicavam o crescimento da economia, a assistência ao trabalhador foi conseqüência dessa lógica mercantilista, o que pouco mudou nos anos seguintes.

a) Por uma nova República (1930)

A revolução de 1930 “foi o resultado de uma contradição intolerável, que confrontava o arcaísmo e estagnação econômica do campo com o dinamismo progressista das grandes cidades brasileiras, Rio de Janeiro e São Paulo, principalmente”, tendo sido, portanto, um marco constitucional para o avanço de novos modelos e tutelas, conhecida como *segunda república*¹⁶(BELLO, 1956).

A Era Vargas, ou o getulismo, correlato a Revolução de 1930, teve efeito colateral permeado pela ideologia hegeliana¹⁷, no movimento denominado *Integralismo*¹⁸ que foi o construto distorcido da ideologia proposta, liderado por Plínio Salgado, pela igreja católica e por algumas oligarquias, tendo representado, “a versão tupiniquim do nazi-fascismo, embora disfarçado sob o lema “Deus-Pátria-Família” como se depreende da leitura do *Manifesto a Nação*¹⁹ (COTRIM, 1999, p. 294).

O inconformismo contra um governo ditador provocou a Revolução Constitucionalista eclodindo em 09.07.1932, em São Paulo, mobilizando suas elites, notadamente a aristocracia do café, a qual detinha o poder econômico, social e cultural, e, embora derrotadas militarmente, “sagraram-se vencedoras ideologicamente, evidenciado um verdadeiro paradoxo histórico” visto que o governo foi levado a convocar eleições para escolha de uma Assembléia Nacional Constituinte, culminando na elaboração da Constituição (1934) em 16.07.1934 (COTRIM, 1999, p. 295).

¹⁶ como se denominou na década de 30, veio a catalisar um conjunto de fatores: o ímpeto reformador dos *tenentes*, ou *tenentistas*, vanguarda revolucionária formada por jovens oficiais que se achavam refugiados no interior do país ou no exílio; a crescente conscientização acerca da questão social, onde as lideranças civis e militares exigiam medidas urgentes em prol da melhoria das condições de trabalho, até então desumanas.

¹⁷ endeusamento do Estado, com ideário de progressivo aperfeiçoamento do espírito universal coisificado nas instituições família e sociedade civil, culminando no Estado.

¹⁸ movimento fascista brasileiro liderado por Plínio Salgado desbaratado por Getúlio em 1937. SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5ª ed. Rio de Janeiro:Tex Editora, 1996, pg 199

¹⁹ Proclamado por Plínio Salgado em 1932, autentica distorção e uso ideológico dos três conceitos, mas de forte apelo popular, copiando o fascismo italiano.

A regulação estatal nasce como um conseqüente lógico da definição do projeto econômico pautado na industrialização, e largos investimentos na energia, nos transportes, para a saúde, a década de 30 foi marcada pela criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp) e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio – MITC, enquanto o Mesp mantinha planos inconstantes, o MITC mantinha proposições objetivas, como proteção *ao trabalhador, inclusive na área da saúde, desenvolvendo-se um arcabouço jurídico e material de assistência médica individual previdenciária (MITC) e definição de ação de saúde pública preventiva (Mesp)* (FARIA, 2007).

b) República Liberal Democrática (1934)

constitucionalismo do Estado Social

A nova Carta Magna (1934)²⁰ é recepcionada como um documento de cunho socializante, inspirada na Constituição de Weimar, concedendo tratamento específico voltados à ordem econômica, social, a família, a educação e a cultura.

A Carta Magna de 1934 foi à primeira Constituição “*Brasileira a fazer referência ao Direito à Saúde, então previsto no inciso II do art. 10, como sendo de competência concorrente da União e dos Estados o cuidado com a saúde*”(JACINTHO, 2006, p. 116).

Salienta-se a importância da proposta desta Constituição, face a pretensão de implantar no sistema jurídico os “*Direitos sociais, econômicos e culturais, mesmo que não tenha vigorado, visto que, com a publicação da Carta Constitucional de 1937 (e a forma do controle de Constitucionalidade previsto na mesma), impediu-se a efetivação do viés social*” inspirado na Constituição de Weimar (STRECK, 2004, p. 41).

No entanto, embora negasse efetividade aos Direitos Fundamentais, e não garantisse o Direito à Saúde (definindo apenas direitos dos trabalhadores dentre eles assistência médica e sanitária, inclusive a gestante trabalhadora), trouxe previsão no inciso XXVII do art. 16, que

²⁰ outras medidas também foram tuteladas, como a desvinculação da propriedade do solo à do subsolo para exploração de atividade econômica, instituição do salário mínimo e da justiça do trabalho, e um capítulo dedicado à *Declaração dos Direitos do Indivíduo*.

caberia à União legislar privativamente sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (STRECK, 2004).

Assim, as ações de saúde prevista nesse diploma legal eram de cunho programático, eis que propunha a incumbência da União, Estados e municípios *amparar a maternidade e a infância, adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e morbidade infantis, e de higiene social, que impeçam propagação de doenças transmissíveis, cuidados com higiene mental e incentivo a luta contra os venenos sociais*, além de preocupar-se com combate a grandes endemias do País.

O avanço para a saúde emerge com a criação de ambos os ministérios que reconheceram alguns direitos sociais notadamente do trabalho (e a incolumidade do trabalhador), como férias, décimo terceiro, carteira assinada, consubstanciando a “era dos direitos sociais”, garantindo uma mão de obra aliada com o projeto de crescimento do Estado.

c) República Autoritária (1937)

Em contradição ao movimento do Integralismo, o Brasil vivenciou, entre tantos outros movimentos políticos – de direita e esquerda antagônicos - o *Aliancismo*²¹ o que seria pretexto anos depois para o golpe de Estado de 1937 (Cotrim, 1999), tendo sido promulgando nova Constituição em 10.11.1937, reconhecida como diploma legal autoritário, no que pese, a “*boa-fé de seu criador*”²² (Lamarca, 1972, p. 20).

A Carta então promulgada carregava ideologia protecionista, “*inspirava uma ideologia corporativista, da Alemanha nazista e Itália fascista. Tratava-se da estrutura jurídica do Estado novo, que logo no preâmbulo procurava justificar sua necessidade em função do perigo de guerra civil e pela apreensão pela infiltração comunista*”(LAMARCA, 1972, p. 21).

No que pese o teor protecionista, no tocante ao reconhecimento e regulação de alguns direitos, como a regulamentação do salário mínimo (1938), a instituição da justiça do

²¹ movimento da Aliança Nacional Libertadora, apoiada pelo PCB Partido Comunista Brasileiro, por diversos líderes sindicais e por militares oriundos do grupo dos tenentistas, entre os quais Luis Carlos Prestes, autores da *intentiona comunista de 1935*, pretexto para o golpe de Estado de 1937.

²² a boa fé foi sustentada na cultura jurídica do jurista Francisco Campos, idealizador e criador do texto.

trabalho (1939) e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (1943), depreende-se que a preocupação era voltada a tutela do trabalho, numa tentativa de adequação das demandas e do cenário Estatal da época, “ditadura Vargas”, findando por pressão militar (1945), marcando um novo início de um constitucionalismo democrático.

A perspectiva de uma cidadania regulada e excludente é a marca previdenciária, com a lógica de que “*apenas quem contribuía era cidadão*”, não garantindo a todos o mesmo direito tanto com a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão (Caps), como pela institucionalização dos Institutos de Aposentadorias e Pensões que capitaneou as categorias do antigo Caps, passando a abrir para inclusão de todas as categorias profissionais (1930-1945), contando com a participação do Estado no controle e administração financeira, sendo o primeiro esboço de um Sistema de Proteção Social brasileiro.

Esse processo foi acentuado pela passagem do modelo produtivo econômico agrário para o modelo industrial, onde a saúde do trabalhador significava produção e conseqüentemente lucro, delineando-se os primeiros esboços de direitos trabalhistas na Constituição de 1934, marcado pela República Liberal Democrática, onde a saúde voltada apenas ao trabalhador surge muito mais como benefício assistencial, retroalimentando e preservando o sistema de exploração da mão de obra do que uma garantia do direito à saúde propriamente dita.

Adstrito apenas a um benefício garantido através de um vínculo formal do trabalhador, longe de ser um direito, o sistema público de previdência social emergido pelos IAPS era excludente, funcionalista contributivo, quem não mantinha vínculo contributivo, reforçando padrões de regulação do Estado que valoriza o trabalhador (FARIAS, 2007, p. 37).

d) República Democrática (1946)

Por ocasião da eleição de Eurico Gaspar Dutra, para a presidência da República instalou-se uma nova Assembléia Nacional Constituinte (1946), composta por várias representações, inclusive do Partido Comunista, resultando na promulgação de uma nova Constituição numa perspectiva democrática e socializante.

O avanço tecnológico batia as portas do Brasil, que já movimentava mudanças no cenário econômico, político e sanitário, onde o processo de industrialização manteve os centros urbanos como pólo de produção industrial.

A transição do modelo econômico (agrário) para preponderantemente industrial tecnológico, fez com que a massa operária gerasse expansão progressiva dos serviços de saúde, surgindo hospitais com alta tecnologia, que passam a ser referencia no atendimento em saúde, criando uma verdadeira lógica hospitalocêntrica (FARIAS, 2007, p. 39).

Esse cenário gerou um esboço de ideologia desenvolvimentista apontando relação entre pobreza/doença/subdesenvolvimento, verificando-se a necessidade de implementação de políticas que resultassem em melhora do nível de saúde da população com vistas ao desenvolvimento, abrindo-se discussões sobre direito à saúde e a proteção social como política pública, ideais marcado pelo sanitarismo desenvolvimentista, donde a compreensão da relação entre saúde-doença era de vital importância para transformações sociais e políticas, o que de fato ocorreu.

3.1.3 Constitucionalismo Democrático e Direito à Saúde

Assim que a promulgação da Constituição de 1946, teve no “pós-Segunda Guerra Mundial”, *um principal motivador de fortalecimento dos Direitos Fundamentais embarcado na idéia do constitucionalismo, aliando os elementos da Constituição de 1891, aduzindo direitos econômicos, sociais e culturais dispostos na Constituição de 1934* (JACINTHO, 2006, p. 117).

Considerada um reflexo da Carta anteriormente promulgada, “*em reação contra o Estado novo getuliano*”, visto que restabeleceu o respeito às liberdades democráticas e ao funcionamento da organização do sistema político, dos partidos políticos, (definidos na Constituição de 1934) não obstante a cassação dos mandatos dos representantes do Partido Comunista nas câmaras legislativas do país (JACINTHO, 2006), introduzindo mecanismo de transferência intergovernamentais da esfera federal para municipais.

A Constituinte, naquele tempo, não aproveitou o debate sobre Constitucionalismo que ocorria na Europa, com clara inspiração na proteção da pessoa humana, no entanto, os avanços da Constituição de 1946 foram significativos, principalmente se levar-se em conta o período em que foi promulgada, com o país internamente saindo de um regime totalitário e o mundo tentando sarar as feridas do pós-guerra. (STRECK, 2004)

Embora a Constituição de 1946 não tenha explicitado objetivamente o Direito à Saúde, previu na alínea ‘b’ do inciso XV do art. 5º a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, e privilegiou o regime das liberdades individuais e fundou o princípio da Justiça, do trabalho digno e da educação baseada na idéia de solidariedade humana (JACINTHO, 2006, p. 117).

De certo que o Estado de Bem estar social, que colimava uma política sustentada e pactuada entre a área econômica e a área social garantia o bem estar da população mantendo a produção econômica, ventos que não sopraram no Brasil da década de 50, não havendo, portanto um compromisso genuíno com os direitos sociais, onde a saúde se manteve ainda estanque.

3.1.4 Constitucionalismo Autoritário e Direito à Saúde

Marcado pelo retrocesso ao modelo autoritário de 1937, várias foram às tentativas infrutífera de reforma da Constituição dada a impossibilidade de se construir uma maioria de votos no Congresso. Em meio a impasses, com o enfraquecimento das bases constitucionais, irrompeu-se o golpe militar de 1964²³ que, posteriormente, editou o Ato Institucional n.1 (1964), que alterava a estrutura do poder, “*havendo transferência do povo (Poder Constituinte) para as mãos da revolução, legitimando a si mesma como sua detentora, modificando a Constituição e decretando estado de sítio sem aprovação do congresso, suspendendo os direitos políticos*” (FAORO, 2007, p. 105).

²³ eclodiu em 31.03.1964, por iniciativa do comando do exército sediado em Minas Gerais, contando com ampla adesão. João Goulart exilou-se no Uruguai, tendo início a um período sangrento de autoritarismo militar, seguido por uma sucessão de governantes, eleitos pelo submisso Congresso Nacional: Marechal Arthur da Costa e Silva (março/67 a agosto/69); General Emílio Garrastazu Médice (novembro/69 a março/74); General Ernesto Geisel (março/74 a março/79); General João Batista de Oliveira Figueiredo (março/79 a março/85)

Assim, foi instituído o Ato Institucional Dois - AI 2 (1965), visando a cassação de mandatos e direitos políticos, extinguindo antigos partidos políticos criando dois novos²⁴, onde um mantinha o objetivo de apoiar as iniciativas governamentais, e outro para opor-se ao governo, dentro dos limites por ele estabelecidos, sob pena de cassação de mandato dos parlamentares, conferindo uma falsa nuance de legalidade e constitucionalidade.

Seguido do Ato Institucional Três - AI 3 (1966), marcou o fim das eleições diretas para governadores de Estado, os quais seriam indicados pelo Presidente da República, aprovados pelas Assembleias Legislativas estaduais, ameaçadas de cassação de mandatos. Os prefeitos seriam indicados, conseqüentemente, pelos governadores.

A mudança no cenário da saúde ocorre por conta da ênfase na assistência médica, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (1966), que viu uma grande oportunidade em ampliar o sistema, incluindo eixo previdenciário e de assistência curativa, mantendo o critério contributivo dos Iaps no tocante a comprovação do vínculo com contribuições, inseminando uma tecnocracia que só reforçou a relação clientelista com Estado (FARIA, 2007, p. 41).

e) República Autoritária (1967)

Com a outorgada a Carta Constitucional em 24 de janeiro de 1967, o regime de liberalidade esculpido pela Constituição de 1946 foi alterado, emergindo um regime totalitário sob pretexto ideológico da “segurança nacional”, seguindo com a finalidade de buscar legitimidade para o Poder instituído, os comandantes da ‘revolução vitoriosa’ sabiam que era necessária uma nova Constituição.

Não se pode refutar que a consolidação da proposta reformista do Estado emerge com a promulgação do Decreto 200/67 um mês depois da Constituição, colimando uma política permeada de objetivos para obtenção de “*maior produtividade na assistência médico-social à comunidade*”(art. 156) convocando o setor privado à realização da assistência médica (§ 2º).

²⁴ Aliança Renovadora Nacional – ARENA e Movimento Democrático Brasileiro - MDB

Desta forma, por intermédio do ato Institucional n. 4 (1967), convocou-se uma nova assembléia constituinte, que deveria apresentar um documento que expressasse os ideais e os princípios de 31 de março de 1964, foi assim que a Nova Constituição trouxe um capítulo que tratava de *Direito e Garantias Fundamentais*, sendo norma formalmente constitucional, sem a menor efetividade, mantendo a organização federativa tendenciosamente centralizada.

No tocante ao **Direito à saúde**, a Carta Magna não trouxe previsão objetiva específica, mantendo-se a normativa da Constituição anterior sobre a competência da União, para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, mantendo o direito dos trabalhadores previstos na Constituição de 1946 com assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, acrescentando-se, todavia a competência da União para legislar sobre um plano nacional de educação e saúde, criando o primeiro sistema de transferência intergovernamental de recursos da esfera federal para as subnacionais, através do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM).

No período entre o golpe militar de 1964 e a outorga da Carta Constitucional de 1967, o país sofreu com as marcas do Ato Institucional n. 5 (1968), materialização formal do desrespeito às liberdades políticas, sociais e individuais conquistados, (Faoro, 2007), suspendendo todos os direitos até ali conquistados, tendo sido o ato institucional mais cruel e desumano, legitimando inclusive a tortura, tudo em nome da segurança nacional.

f) República Autoritária (1969)

Desta forma, em 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 1²⁵, tomada, por alguns, como uma nova Carta Constitucional que, cuidando de preservar o regime totalitário, novamente não trouxe a previsão do **Direito à Saúde**. “*Embora repetindo a tímida iniciativa sobre a competência legislativa da Constituição anterior, traz uma inovação no §4º do art. 25, determinando que os municípios apliquem seis por cento do repasse da União a título de fundo o que garantiria a participação dos municípios na receita da União destinado a Saúde*”(CARVALHO, 1997, p. 76).

²⁵ BRASIL, *Emenda Constitucional nº 01*, de 17 de outubro de 1969. Constituição da República Federativa do Brasil, de 20 de outubro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2011.

As constantes arbitrariedades que embasavam a falta de legalidade, perpetradas pelo regime que ocupava o poder fizeram com que, em meados da década de 70, “*algumas organizações se mobilizassem no sentido de questionar a legitimidade do Poder Instituído. Entre elas, estavam a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)*” (VIEIRA, 1999, p. 126), organizações da sociedade civil as quais formaram alianças em prol do movimento de redemocratização.

O resultado da pressão exercida por esses movimentos não tardou a chegar, a partir da Emenda 15(1980), verifica-se o abrandamento do autoritarismo, re-surgindo alguns direitos então relegados, como a eleição direta, culminando com a Emenda 26 (1985), a qual convocou os membros da Câmara dos Deputados e Senado Federal para reunir-se em Assembléia Nacional Constituinte (1987) com o fim de elaborar e aprovar nova Constituição, resgatando e consolidando direitos, conferindo à saúde o reconhecimento com escopo de direito social, colimado com a criação do Sistema Único de Saúde e com a Previdência Social, ratificado pela Constituição Federal contemporânea (1988).

O que se verificou no deslinde das constituições brasileiras, desde a imperial (1824), até a República Autoritária (1969), foi uma crescente preocupação com a economia e com os meios de produção, onde a saúde foi inserida nesta lógica produtivista, despida dos critérios sociais necessários, havendo assim uma crescente preocupação com a integridade do trabalhador (que produzia), mas não com o homem.

O movimento de redemocratização, que culminou com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e finalmente com a promulgação da Constituição Federal (1988), foi o resultado das lutas de resgate para re-consolidação da democracia, numa perspectiva contemporânea de Estado Democrático.

De certo que o processo de redemocratização agregou outras tantas disputas que permearam este resgate, como reconhecimento efetivo dos direitos dos trabalhadores, a reconfiguração das caixas de assistência previdenciária até ulterior criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, corroborado pela criação do SUS – Sistema Único de Saúde, onde o direito à saúde emerge como parâmetro de enfrentamento necessário, muito

além de uma promessa legislativa de planos nacionais ou mero combate de endemias (CF/1969), ou como subsídio de preservação da mão de obra, emerge como um direito gerando assim obrigação estatal objetiva.

3.1.5 Constitucionalismo: Resgate da Democracia e o Direito à Saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desse modo, foi o resultado de todo o processo de luta, principalmente pelos movimentos de força do trabalho, pelo que passou o povo brasileiro para conquistar a democracia. Nela, vem a lume uma nova teoria, emergindo direitos antes negligenciados, com alicerces claramente antropológicos, sobre os Direitos Fundamentais.

A declaração de Direitos da Constituição de 1988 é a maior de todas as anteriores promulgadas no Brasil, sem lhes exigir um caráter restritivo acerca dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º), e os direitos sociais emergindo o Direito à Saúde consagrado no art. 6º e 196.

No entanto, o que deveria ser o resultado puro de lutas sociais, a Constituição Federal (1988) demonstrou-se fruto de alianças e acordos em prol de uma pseudo democracia, consoante assevera Faria:

“...Crise, transição, redemocratização e reforma. Estas palavras resumem os processos político-institucionais instalados no Estado Brasileiro a partir dos anos 70 e permitem uma melhor compreensão das alianças e acordos que possibilitaram a formulação da Carta “Democrática” no ano de 1988...”(Faria, 1997, p. 13).

A falência do modelo político e econômico pós- autoritarismo, denunciou a crise do Estado, motivando – ainda que por motivos econômicos – a reestruturação do Estado, sob os moldes de um liberalismo contemporâneo, seguindo a fórmula já adotada por países Europeus, garantindo a liberdade entre outros direitos fundamentais, na tentativa de amenizar as marcas da memória do regime ditatorial, numa lógica prolixa e confusa.

Promulgada em 05.10.1988, teve como principais matérias a adesão imodificável ao Estado Democrático de Direito, à república e federação, fundamentada na soberania,

cidadania, na dignidade da pessoa humana e pluralismo político norma fundamental (núcleo ideológico de formação do Estado), donde decorrem os demais dispositivos, alguns como *cláusula pétreia* (imutáveis), não podendo ser objeto de emendas constitucionais.

Atualmente o texto constitucional encontra pouca similitude àquele inicialmente promulgado, eis que do ano de 1992 até 2011, a Constituição Federal sofreu 68 (sessenta e oito) emendas constitucionais²⁶ modificando substancialmente o conteúdo da Carta Magna.

Os princípios de direitos humanos elencados na Constituição Federal (1988), conferiram conteúdo principiológicos ao diploma legal, denominada Constituição principiológica, os quais tornaram-se letra morta sobrepujados por interesses econômicos e políticos que beneficiaram o autoritarismo, permanecendo imune as tentativas de transformação social (MERLIN, 1988, cap. II).

O fim da década de 80 e a década de 90 demonstrou a prevalência das políticas econômicas sobre as políticas sociais, gerando um embate no ideário estatal, nas formas de controle da pobreza e da desigualdade social, fomentando uma contradição entre as políticas de ajustes e a estabilização econômica para o crescimento nacional²⁷ (COHN, 2000).

O cenário retrata uma relação desigual entre políticas econômicas e sociais que, preocupadas com contenção de gastos, mitigam cada vez o fomento das políticas sociais, aumentando a pobreza, mostrando-se incompatível com o desenvolvimento de uma sociedade que assegure a qualidade de vida e que não seja comprometida com a desigualdade perpetrada pela economia capitalista (BRAGA E BARROS, 2001).

Assim, colimado na dicção de Coelho²⁸ tem-se que:

“... A feição atual do constitucionalismo brasileiro é ainda a ideologia de que o Estado e seus instrumentos normativos estão a serviço, não dos nobres ideais que inspiraram o retorno à democracia, nem dos interesses generalizados das camadas mais pobres da população, mas do sistema econômico mundial que se vale do colonialismo cultural, onde não falta corrupção do setor público, para impor seus próprios critérios normativos, ainda que disfarçados sob uma falsa ética da liberdade. E nesse contexto, a constituição perde aos poucos sua posição hierárquica no topo da pirâmide

²⁶ Fonte: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm > Acessado em 02.01.2012.

²⁷ COHN, A. As políticas sociais no governo FHC. *Tempo Social*, São Paulo, USP, v. 11, n. 2, 2000, p. 29.

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina e Fundação Boiteux, 2001.

ordenamental, para transmutar-se em ponto de referência para a manipulação ideológica de um ordenamento circular, onde quem decide são os donos do poder social.” (COELHO, 2001, p. 77).

Como um texto dinâmico, a estratégia do texto constitucional manteve como “norma aberta” as diretrizes definidoras de direitos e garantias fundamentais, elevando-as como normas de aplicação imediata, (§1º e 2º do art. 5º CF/88), depreendendo-se dos acordos internacionais um importante instrumento para definição do direito à saúde no Brasil, incorporando o teor das convenções, pactos e tratados para a ordem jurídica e social interna, como é o caso das políticas e ações de violência contra mulher, do combate a mortalidade infantil, etc.

Na perspectiva de redemocratização e da preponderância das políticas econômicas sobre as sociais, é que emerge o embate acerca do direito à saúde, previsto na Carta Magna (1988) com a mesma lógica contraditória, ou seja, o direito à saúde é implementado através de políticas sociais, e se realiza somente mediante o permissivo das políticas econômicas, dentro da perspectiva de contenção de gastos e impacto orçamentário, o que torna o exercício da cidadania uma garantia regulatoriamente inócua.

Capítulo 4

Direito à Saúde na Sociedade Contemporânea

“Não é a consciência do homem que lhe determina o ser, mas, ao contrário, o seu ser social que lhe determina a consciência”.
(Karl Marx)

4.1 Evolução Conceitual da Saúde

Nesta unidade, busca-se emergir a concepção de saúde atual, vislumbrada como fruto de um processo de construção social, consolidada através da sua historicização, viabilizando a compreensão de como a saúde se consolida e se coloca nos dias atuais, para delinear uma comparação entre a saúde que se concebe de fato, e àquela prevista como direito constitucional, analisando possíveis contribuições da sociedade internacional para sua concepção contemporânea na sociedade brasileira.

Desta forma, tecer a conceituação de “saúde” não é tarefa fácil, isso porque o conceito vem se complementando ao longo dos tempos a partir dos critérios axiológicos colocados pela sociedade internacional, recepcionados e permeados pelos elementos de valor social que constituem o Estado Democrático.

Os conceitos de saúde e de doença historicamente tratados mantêm estreitamento relacional com contexto cultural, social, político e econômico, evidenciando os valores adotados pelas sociedades em cada momento histórico, ampliando o conceito no deslinde dos anos.

Para a apreensão do conceito de saúde, é necessário considerar as muitas colaborações seculares, notadamente de Galeno de Pérgamo (129-200 a.c), que conciliava seus conhecimentos com a filosofia de Platão, compreendendo a saúde como equilíbrio entre as partes primárias do corpo, idéia mantida até os dias atuais (Nordenfelt, 2000).

Seguindo nesta toada, o autor prelecionava a importância da Teoria das latitudes para estabelecer à saúde, tendo Galeno articulado uma divisão para confrontar o estado de saúde dividido em estado neutro e má-saúde, explicando a ocorrência dos estados isoladamente ou

concomitante uma à outra, possibilitando a formação de nove esquemas diferentes, utilizados por mais de mil anos na medicina ocidental (Nordenfelt, 2000, p. 136).

A filosofia religiosa (da idade média) também trouxe prestimosa contribuição, utilizada até os dias atuais, como se verifica na medicina chinesa e hindu, que compreende a doença como desequilíbrio do corpo organismo humano, por influência externa seja ambiental, animal, dos astros, como também acreditavam os gregos, levando a considerar eventos naturais como a estação do ano, o vento, a água “*iniciando a idéia empírica do contágio*” atribuídos aos judeus e a bruxarias as crescentes epidemias (BARATA, 1985, p. 51).

Esses estudos empíricos propiciaram a consolidação de uma ciência médica básica, levada à necessidade de investigação das causas dos contágios, emergindo assim uma teoria denominada miasmática²⁹, criando condições de salubridade humanas e ambientais adequadas, consolidando o instituto da medicina social, e posteriormente da anatomopatologia (MENDES, 1994).

Prossegue o Autor, aduzindo que a saúde foi concebida como a ausência de doença, onde as atividades públicas e privadas mantinham como centro de atuação o controle e a evolução das endemias e patologias, buscando o retorno ao estado da não doença.

Desta forma que a saúde passou ao longo dos tempos sendo conjugada de forma indissociável com a doença como fator antagônico, “*tornando-se necessário o redimensionamento dos limites da ciência, ampliando a sua interação com outras formas de se aprender a realidade, e é preciso inovar na forma de se utilizar a racionalidade científica para explicar a realidade, e principalmente para agir*”³⁰ (CZERESNIA, 1999, p. 9).

Neste contexto é que a atenção à saúde propugnou uma necessária evolução na sua forma de concepção, antes concebida como atividade sanitária, passou gradativamente a ser concebida como um direito, consoante assevera Czeresnia (1999), na forma de utilizar o conhecimento em relação às práticas de saúde, focalizado para ações que objetivem promoção da saúde, para além do que prediz os textos legais, ou seja, “*a promoção da saúde está*

²⁹ Acreditava-se na idade média, que as doenças eram causadas pelos odores venenosos, resíduos e gases, que surgiam tanto da atmosfera como do solo, desprendendo substâncias conduzidas pelos ventos até o homem, fazendo-o adoecer. A teoria deu início a algumas ações visando a incolumidade da segurança e saúde pública, como ocorre com sepultamento dos mortos, aterros sanitários, e demais medidas de saneamento básico.

³⁰ Czeresnia D. *The concept of health and the difference between prevention and promotion*. Caderno de Saúde Pública. Fiocruz : Rio de Janeiro, 1999; Disponível <<http://www.scielo.br>> acessado em 03 ago 2011.

relacionada à potencialização da capacidade individual e coletiva das pessoas para conduzirem suas vidas frente aos múltiplos condicionantes da saúde”, aportada nos fundamentos de direitos humanos universais.

A necessidade em conceber a saúde de forma mais ampliada, fora dos auspícios da doença, pela urgência da leitura da interação do homem na sociedade, propulsionado pelo papel humano na força de produção do trabalho, consoante aduz Matta (2009):

“... essa concepção ampliada de saúde define um processo no qual a própria doença não é mais reduzida ao corpo biológico, na medida que inclui o corpo socialmente investido, ou a necessidade de verificar como o corpo do homem se dispõe em sociedade antes de tudo como agente de trabalho, pelo fato de o trabalho definir o sentido e o lugar dos indivíduos na sociedade...”(DONANGELO, apud MATTa et al, 2009, p. 27).

O marco desta concepção é depreendido no teor da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde (Alma-Ata, 1978), que externava uma compreensão de saúde, elencando todos os elementos mentais, sociais e físicos, assim definida:

“... I) A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde...”. (ALMA-ATA, 1978).

A preocupação com as ações de saúde primária comprometeu os signatários de Alma-Ata, estabelecendo metas para o ano de 2000, para a redução das diferenças do quadro da saúde verificadas entre países desenvolvidos contra àqueles verificadas nos países em desenvolvimento.

O ponto essencial do documento consiste na compreensão de que o desenvolvimento econômico e social do Estado depende *“promoção e proteção da saúde dos povos contribuindo para a melhor qualidade de vida e para paz mundial”*(ALMA-ATA, 1978).

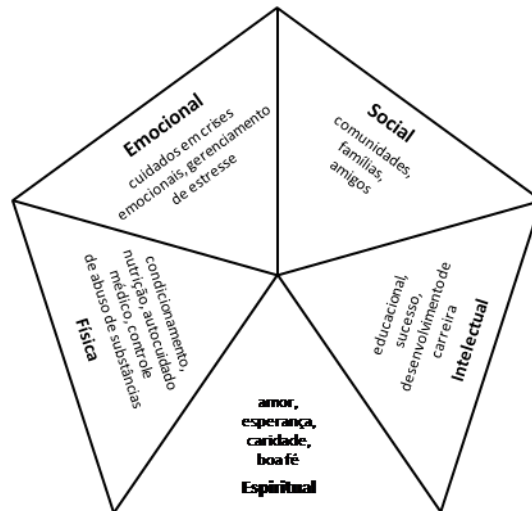


Figura 1 – Dimensões da Saúde Integral

Fonte: Filho, Naomar. *O que é saúde?* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011, p. 10

As contribuições para a construção do que viria a ser o direito à saúde concebido hoje, foram as mais diversas tendo como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), fruto de processo paulatino que ensejou a ampliação universal de seu conteúdo, atravessando o que era apenas de interesse dos Estados para dar passagem à tutela dos direitos do homem, prelecionando a defesa dos direitos humanos, recepcionado gradativamente na ordem interna das nações, colimado por outros instrumentos internacionais (Tratados, Cartas, Convenções, Declarações e Pactos) que ratificavam e aprimoravam os direitos humanos nas nações.

Entretanto, o relevo do direito internacional dos direitos humanos surge no período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), consolidando-se efetivamente como mecanismo contendor de ações arbitrárias, como àquelas perpetradas pelos horrores vividos do nazismo, gerando obrigações e responsabilidades objetivas para as nações (HENKIN, 1993).

O terror do holocausto deixou marcas do total desrespeito à vida, e que, consoante Piovesan (2000, p. 129) “*diante da ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do direito, passou a emergir a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral*” gerando comoção da comunidade internacional na “*construção de um*

*elenco de direitos os quais pudessem proteger e reconstruir os direitos humanos, como paradigma ético legal universal*³¹ (LAFER, 2001).

Com a criação da Organização das Nações Unidas (1945) após a Segunda Guerra Mundial, foi implementado um grande arcabouço de diretrizes em documentos que esboçavam a defesa dos direitos humanos, colocando o homem como núcleo da tutela internacional, atravessando os interesses do Estado-nação, conferindo assim o escopo de cidadania universal, e não mais apenas adstrito a nação, consoante assevera Barros-Platiau:

“...Paradoxalmente, o Direito Internacional, feito pelos Estados e para os Estados, começou a tratar da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado, único responsável reconhecido juridicamente, querendo significar esse novo elemento uma mudança qualitativa para a comunidade internacional, uma vez que o direito das gentes não mais se cingiria aos interesses nacionais particulares. Neste cenário, o cidadão, antes vinculado à sua Nação, passa a tornar-se, lenta e gradativamente, verdadeiro "cidadão do mundo"...” (BARROS-PLATIAU, 2000, p. 27)

Muitos documentos internacionais contaram com a ratificação (concordância e compromisso) do Estado brasileiro, em se tratando de saúde, através do Ministério da Saúde, entre eles destacamos seguindo a ordem cronológica:

Ano	Documento
1947	Código de Nuremberg – experimentação humana
1959	Declaração Universal dos Direitos da Criança
1966	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
1966	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
1968	Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial
1978	Declaração de Alma-Ata
1979	Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres
1984	Convenção contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes
1985	Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura
1985	Carta de Montes Claros – Muda Saúde
1988	Declaração de Adelaide
1989	Convenção sobre os direitos da criança
1990	Declaração de Caracas
1990	Declaração de Innocenti
1990	Declaração de Lisboa sobre a ética da urgência médica
1991	Declaração de Sundsvall
1992	Declaração de Santafé de Bogotá
1994	Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher
1996	Carta de Otawa
1997	Declaração de Jacarta
1997	Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos
1999	Carta do Rio de Janeiro
2000	Carta de Salvador
2000	Pacto Nacional: Um mundo pela Criança e o Adolescente do semi-árido
2000	Declaração do México
2000	Declaração da cúpula do milênio das nações unidas

³¹ LAFER C. Trecho da mensagem do Min. das Relações Exteriores, por ocasião da abertura da exposição "Visto para a vida: diplomatas que salvaram judeus", Centro Cultural Maria Antonia. USP: São Paulo, maio de 2001.

2000	Protocolo de Cartagena sobre biossegurança – Montreal
2001	Carta de Vitória
2002	Carta de Blumenau
2003	Convênio marco da OMS para controle do tabaco
2003	Carta de Belo Horizonte
2004	Carta de Natal – 20º Congresso Nacional dos Secretários de Saúde
2004	Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos
2005	Carta de Aracaju
2005	Carta de princípios do movimento nacional de cidadãs positivas
2005	Declaração Universal de Bioética e direitos humanos
2006	Instrumentos internacionais de direitos humanos
2006	Pacto pela Saúde – Portaria MS/GM nº 399, de 22/02/2006
2006	Carta de Nicarágua
2006	Carta de Recife
2006	Carta de Itajaí
2006	Carta de Caldas Novas
2006	Carta de Manaus
2006	Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência
2006	Declaração do Rio
2007	Carta do Rio de Janeiro: saúde, direitos sexuais e reprodutivos – subsídios para políticas públicas
2007	Carta de Joinville

*T – Tratado *C – Carta *D – Declaração *P - Pacto *I - Instrumentos

Figura 2 – Quadro cronológico dos principais instrumentos de saúde assinados pelo Ministério da Saúde
Fonte: Ministério da Saúde, biblioteca virtual, acessado em 02.01.2012.

A participação do Estado brasileiro nos assentos de negociações dos organismos internacionais têm ensejado um compromisso social delineado pela ratificação de instrumentos que compreendem a importância do respeito à dignidade da pessoa humana, através de ações que assegurem o direito à saúde, sendo este o esteio de desenvolvimento social e econômico da nação, colimando assim uma nova acepção ao direito à saúde.

Evidentemente que tais ratificações ensejam uma obrigação positiva, um dever estatal no cumprimento dos preceitos a serem recepcionados na ordem interna, seja através de articulações de políticas públicas, ou através de normas programáticas definidoras de metas e diretrizes futuras.

Consolidava-se uma vertente contemporânea dos direitos humanos, fundado na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos, consoante preleciona Piovesan (1999), recepcionado na Constituição Federal (1988) brasileira:

“... diz-se universal porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição; e indivisível porque os direitos civis e políticos não há de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade...”
(PIOVESAN, 1999, p. 92).

Prossegue a professora:

“... as normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução ante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis, tornando o indivíduo beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.” (PIOVESAN, 1999, p. 104)

Portanto, os preceitos dos documentos internacionais como Cartas, Pactos, Tratados e outros documentos os quais versem sobre direitos humanos, no Brasil, tem status de norma constitucional consoante regra expressa no próprio texto constitucional, ou mesmo de norma acima das postulações constitucionais, consideradas supraconstitucionais (PEREIRA et al., 1993), o que se verificará de forma mais acurada quando tratarmos do Direito à Saúde e a Constituição Federal (1988).

4.2 Direito à Saúde e a Constituição Federal de 1988

Nesta etapa, busca-se a análise da dimensão constitucional do direito à saúde, perfilhando a construção legal do direito à saúde em contraponto à construção social, analisando se a construção jurisprudencial se realiza sob a influência do construto legal, ou se as decisões judiciais consubstanciam uma vertente para a construção social do direito à saúde.

Desta forma, cabe inicialmente o confronto interno das disposições constitucionais as quais emergem o direito à saúde, delineadas no artigo 6º e 196, e a compreensão hermenêutica produto de decisões jurisprudenciais que compreendem a saúde como direito fundamental indissociável da vida, elencado no artigo 5º da própria Constituição Federal (1988).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na forma estabelecida pelos artigos. 6º e 196, a saúde se expressa como Direito de todos, assumindo as características da universalidade, integralidade, equidade e obrigação do Estado, ratificado pela criação de um Sistema Único de Saúde (SUS), considerado atualmente o maior sistema público de saúde do mundo.

Conjugado ainda com o tratamento que lhe é dispensado pela jurisprudência e pela doutrina pátria, o direito à saúde assume um papel conceitual ampliado, adequando-se as necessidades sociais insurgentes, o que gera uma distorção que salta aos olhos: como a previsão legal (que é estática) pode acompanhar a noção de saúde como um processo continuado, produto de uma nova dimensão social (sempre em movimento)?

No Brasil, a partir da CF/88, a saúde se revela ora como direito fundamental oriundo de construções hermenêuticas, e noutra como núcleo prestacional, carreando conflitos no núcleo interno de um único direito, que deveria ser acima de tudo compreendido como axioma na construção do Estado Democrático de Direito.

É desta maneira que a saúde não pode se resumir nos textos normativos, mas partindo de um valor supremo que permeia todo o processo social, nesse sentido a teoria da justiça de RAWLS (1971) bem coloca a temática, mencionado por ALMEIDA-FILHO (2009), enceta igualdade de oportunidades, de distribuição de valores, bens e serviços referentes às necessidades básicas socialmente referendadas, exceto a saúde, é assim delineada:

“... a saúde é um bem natural na medida em que depende de recursos individuais da saúde, ao tempo que demarca conceitualmente a justiça como uma categoria institucionalizada de justiça, utilizando o termo diferença para designar soluções normativas que tomam a justiça como distribuição social compensatória de bens e recursos... compreendendo assim uma capacidade de romper com as diferenças e gerar saúde...” (RAWLS apud ALMEIDA-FILHO, 2009, p. 349)

A saúde então, segundo Werner (2008), *“passa a ser concebida como processo de cidadania para sua garantia, de onde se depreende os direitos e deveres dos cidadãos e, de maneira explícita, as obrigações estatais estabelecidas”* (WERNER, 2008, p. 102).

O grande problema é que, os direitos sociais foram incorporados à legislação pátria pela pressão política de uma época de redemocratização e que se pretendia o resgate de direitos sufocados pela ditadura, alguns desses direitos tornaram-se “letra morta”, incorporados pelos Estados capitalistas, sem efetividade alguma.

Se de um lado o liberalismo carrega um arcabouço de direitos e garantias fundamentais, de outro, as críticas ao modelo não são poupadas, a compreensão de que o direito se coloca “*dissimulado por meio da falácia da suposta igualdade de todos*”, tratando-se na verdade de uma das formas de expressão da classe dominante, alocada na superestrutura lógica da sociedade capitalista (MARX, 2006, p. 45).

Para nossa análise, importa a área de interseção entre ambas as ideologias: a garantia dos direitos fundamentais do homem, emergida no seio do liberalismo, e a crítica à realização de um direito que é positivado e realizado de forma conveniente aos interesses do capital, que deve transcender os limites do próprio direito em prol da emancipação humana, distinguindo direitos próprio do indivíduo e aqueles do cidadão.

Portanto, a compreensão das contribuições é de grande relevância a nossa pesquisa, que observa que as garantias fundamentais deve ser observada para muito além da previsão normativa, mas em prol da defesa dos elementos que norteiam as necessidade básicas do indivíduo, na própria acepção do materialismo histórico e dialético de Marx (2006)³², pautado em base real de uma infra-estrutura econômica.

“(...) mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir de sua realidade, também o seu pensar e os produtos de seu pensar” (MARX; ENGELS, 2004, p. 52).

Desta forma que a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) estabelece, no art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, ao passo que o artigo 5º, preconiza os direitos e garantias fundamentais, elencando a vida no seu rol, sendo norma de aplicação e efeito imediatos.

A saúde surge como matéria de delegação e prestação suplementar pelo particular, como previsto no art. 199 o qual determina que o setor privado exerça a assistência à saúde, criando uma solidariedade no seu exercício entre o Poder Público e o setor privado.

³² Teoria externada na obra de Mark *Ideologia Alemã* (1846), onde o filósofo analisou a sociedade, e o homem, que precede a história, ele precisa estar em condições básicas: viver, comer, beber, ter moradia, dentre outras coisas, de modo que o primeiro fato histórico é a produção dos meios que tornem possível a própria vida material. Na produção desta vida material os homens estabelecem relações de produção entre si e com a natureza que precisam transformar para produzir sua existência, relações que correspondem a um modo de produção determinado.

Isso faz com que o Estado passe a ter uma dupla obrigação, na visão de Elida Séguin (2005), “*o cuidado com qualquer pessoa humana, em especial as hipossuficiente economicamente, e a prestação de serviços públicos adequados e eficientes para permitir um nível mínimo de qualidade de vida*” (SÉGUIN, 2005, p. 63).

Sarlet (2007a) afirma que *a Constituição da República de 1988 consagrou expressamente a saúde como um direito fundamental da pessoa humana*. O referido autor complementa, afirmando que a saúde goza de “*dupla fundamentalidade formal e material*” (SARLET, 2007a, p.45)

Ainda, segundo Sarlet (2007a, p. 45), *a fundamentalidade formal* estaria resguardada pela norma constitucional positiva que elevou a saúde ao ápice do ordenamento jurídico como direito fundamental da pessoa e da impossibilidade de sua abolição dada à proteção das cláusulas pétreas, modificáveis apenas através da formação de outra Assembléia Nacional Constituinte.

Para o autor, em outro vértice, a *fundamentalidade material* estaria relacionada à relevância do bem da vida protegido, que é a própria vida, dada a importância da saúde para qualquer ser humano, normas de direito fundamental que vinculam Estado e particulares, prossegue o autor aduzindo que a saúde tida como direito fundamental desde o Estado Social Democrático passa a ser vista, agora, não apenas como uma obrigação do Estado, mas como um elemento de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Ao passo que o diploma constitucional assegurava os direitos e garantias fundamentais na tentativa de compensar a mácula sofrida pela ditadura, não perdeu de vista a organização econômica e social abarcando aqui a saúde, adstrita à ordem econômica, onde o direito à saúde foi previsto como direito fundamental social (art. 6º) como disposição geral, previsto especificamente no Título VIII da Ordem Social, no Capítulo II da Seguridade Social, seção II como direito social (art. 196).

No tocante a estruturação das políticas de saúde pública formuladas no Brasil, se analisadas no deslinde do tempo, depreenderemos certo alinhamento com os compromissos internacionais ratificados (embora insipientes na prática), por exemplo, considerando que o Brasil se debruçou no estudo focalizado de uma determinada política pública de HIV,

realizando estudo, acompanhamento e controle visando a redução de infectados (1994-2002)³³, obtendo resultados e avanços satisfatórios frente ao cenário mundial, ainda que por interesse econômico.

Um salto no direito à saúde se verifica a partir do ano 2000, onde o Estado passa atuar com base em resultados, cotejando enfim a finalidade³⁴ da atividade pública, mapeando os resultados das ações e políticas de saúde propostas, como instrumento de controle fiscal de contas, o que se verifica no quantitativo de ratificação de instrumentos elaborados na defesa da saúde pública e coletiva (visto na Figura 2), como ainda na realização do direito à saúde, garantido pelo judiciário.

A inserção da saúde como direito fundamental à vida se depreende ainda na dicção do artigo 5º, § 1º da CF/88 prelecionando que *“as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*, onde a saúde não foi alcançada pelos efeitos da Emenda Constitucional 45/2004³⁵ sendo, portanto, direito fundamental de aplicação imediata, não inserida no contexto dos direitos social ficando este adstrito as políticas econômicas, realizável na perspectiva da reserva do possível.

Colimado na dicção de Norberto Bobbio (2004):

“... 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...”
(BOBBIO, 2004, p. 170)

Desta forma, uma vez recepcionado ou ratificado pela ordem jurídica brasileira, os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil, equivalem aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (1988), consoante lição de Weis(1998):

³³ Fonte: Relatório Política Brasileira de AIDS: Principais resultados e avanços – Ministério da Saúde.
< http://www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_94_02.pdf> Acessado em 02.02.2012

³⁴ Artigo 37 da CF/88 prescreve os requisitos do ato administrativo elencando Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, onde a finalidade é cotejada através da eficiência do ato, determinado pela análise da economicidade dos meios adotados proporcional ao fim atingido.

³⁵ A EC 45/2004 foi inserida pelo § 3º do artigo 5º da CF/88, e determina que *“tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”*.

“...o valor protegido pela norma jurídica não depende do procedimento legislativo previsto para seu ingresso no sistema jurídico; e se para a incorporação de tratados de direitos humanos ele é mais simplificado que o previsto para que seja a Constituição emendada, tal decorre da vontade manifesta do Poder Constituinte, que assim determinou, talvez com prejuízo da congruência, mas tendo em conta a peculiaridade daquela espécie normativa que decorre do consenso global...”(WEIS, 1998, p. 35).

No Brasil, a previsão do direito à saúde foi consequência tanto das lutas sociais notadamente vivenciadas no processo de redemocratização, como ainda da influência do ordenamento jurídico internacional de previsão e defesa de direitos e garantias fundamentais, aliado a fortes interesses de reestruturação econômica.

Não resta dúvida de que os ventos dos direitos humanos à saúde propalados pela OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde (1902) e OMS – Organização Mundial de Saúde (1946) - onde àquela foi descentralizada e transformada num organismo regional - incorporada à OMS (1948), trouxeram importante contribuição para a consolidação e estruturação interna do que é o direito à saúde, propondo um conceito de saúde como sendo *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidades”*³⁶, consoante já definido em Alma-Ata (1978), teor consolidado na Constituição Federal (1988), depreendendo-se assim o conceito contemporâneo da saúde, conforme figura 1.

Embora não haja hierarquia entre pactos, tratados e convenções entre si, a Declaração universal dos Direitos Humanos (1948) ainda é considerado o documento *matter* donde decorrem os demais, externando no dispositivo do artigo III do referido documento que *“Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”* (grifo nosso).

Por outro lado, a acepção de **saúde** elencada na Declaração de Alma-Ata, a qual parte da premissa de um completo *estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial* (grifo nosso).

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Constituição da organização mundial de saúde: preâmbulo*. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.onu.org>>. Acessado em 28 dez 2011. Vide Figura 1.

Aliado a inferência de outros compromissos internacionais, a Constituição Federal (1988) manteve a saúde como direito social (art. 196), resultado das contribuições da 30ª Assembléia Mundial de Saúde (OMS, 1977), ratificado pela Primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde (Alma-Ata, OMS, 1978), e pela Carta Brasileira de Prevenção Integrada na Área da Saúde (Brasil, Belo Horizonte, 2005), documentos internacionais que vem delineando os contornos da saúde reconhecidos na ordem jurídica, possibilitando a efetivação imediata desses direitos.

Desta forma é que o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal (1988), prevê que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*, prosseguindo com parágrafo 2º do mesmo artigo dispondo que *“os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrente dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

Seguindo esta lógica, fica evidenciado que a saúde comporta na ordem jurídica os signos dos acordos internacionais para que seja efetivada na ordem interna de cada país signatário, voltada muito mais para a construção de políticas de desenvolvimento econômico, do que preponderantemente por preocupação de cuidados sociais.

Essa lógica mercantilista é de fácil verificação. A saúde não está adstrita a assistência – embora seja o foco de abordagem das decisões judiciais – mas se traduz no conjunto de outros elementos humanos, sociais, e ambientais, onde as discussões estão sempre movidas pelo interesse maior de uma “sustentabilidade econômica”.

É inevitável que as políticas sociais dentro da saúde sejam determinadas pelo interesse econômico, como previsto pelo artigo 196 da Constituição Federal (1988), um claro exemplo desta inferência, está na realização do evento Rio+20³⁷, que sob o manto da discussão dos limites de consumo dos recursos naturais, cotejam melhores formas de utilização do ambiente que possam suportar uma lógica de consumo sustentando não o meio ambiente, mas a economia.

³⁷ Evento fechado apenas a representantes governamentais, fechado para participação popular

As questões afetas ao meio ambiente também integram o direito à saúde, e que garantia constitucional deveriam contar com a participação popular, o que infelizmente não se verificou.

O que se pode verificar é que o evento mundial traz um silêncio propositado para as questões de saúde no tocante ao saneamento e as epidemias decorrentes, matéria afeta ao consumo de recursos naturais e econômicos desordenadamente, adstrito a um debate meramente mercadológico, muito mais preocupado com a cor da economia (economia verde) do que com assuntos que convergem à temática principal como meio ambiente, saúde e sustentabilidade, afinal, não há desenvolvimento sem garantia da saúde social.

Enquanto a sociedade civil tenta se organizar no sentido de contrapor as discussões da Rio+20, a Cúpula dos Povos traz o contraponto às questões da erradicação da pobreza, contando com a participação e intervenção popular, na colocação às demandas sociais prementes, como saúde e educação³⁸.

Os documentos resultantes desses encontros, por vezes criam arcabouço de direitos fundamentais, e quando é o caso, são recepcionados na ordem jurídico-social como norma de realização efetiva, e por vezes até mesmo com força de emenda constitucional (art. 5º, § 3º CF/88), integrando e determinando a consecução de políticas públicas, consubstanciando compromisso público estatal.

Por outro lado, os compromissos internacionais ratificados pelo Brasil, quando não incorporados à ordem jurídica, podem ensejar ações da sociedade internacional, que infiram no mercado, na economia e na política do signatário, afinal a ratificação de documentos internacionais implica na obrigação do país signatário em incorporar os acordos ratificados³⁹, decorrendo daí o compromisso com a construção de políticas públicas e construção de mecanismos que possam viabilizá-las na sociedade brasileira.

Nesse sentido, na dicção de Cançado Trindade (1997), tem-se que:

³⁸ Vários fóruns foram formados na Cúpula dos Povos, como Fórum de Saúde do Rio de Janeiro (abordando privatização da saúde e mercantilização da vida), Fórum em Defesa da Educação Pública (abordando privatização), propondo atividades autogestionária de articulação, entre outros.

³⁹ Cooperação Brasil-Canadá em Promoção da Saúde. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/0497.pdf>> acessado em 10.04.2012.

“...o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988...” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 407)

Por outro lado, o desenvolvimento social acompanhado dos avanços tecnológicos foram propulsores para ampliação da compreensão de saúde aportada por fatores nacionais e internacionais, emergida como um sistema híbrido na nova ordem contemporânea, *“fazendo com que outros aspectos além do bio-médico fossem conjugados, como fatores psicológicos e sociais, também reconhecidos como causadores de doenças, mas concebida na perspectiva de um estado de bem-estar físico, mental e social”* (ROCHA, 1999, p. 39).

No que pese as disputas entre o positivismo e as concepções principiológicas humanísticas conferidas ao direito à saúde, pesa ainda a visão legalista delimitando a temática, consoante se pode depreender:

“o direito à saúde pode ser entendido como um conjunto de normas jurídicas que regulam a atividade do poder público, com vistas a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e organização e funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores desse direito.” (CORREIA, 1991, p.41)

A conjugação de interesses internacionais com a pretensão interna de reestruturar a economia resultou no embate entre políticas sociais e econômicas, tornando o direito à saúde, um direito híbrido, previsto na Constituição Federal (1988) como direito social ao mesmo tempo que inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, se compreendido como instituto atrelado indissociavelmente ao bem da vida, por pura construção hermenêutica.

É desta forma que, nos parece que a construção do entendimento hermenêutico de que a saúde é direito fundamental indissociável a vida, encontra amparo na concepção atual de efetividade da saúde, fomentada pela judicialização da saúde, que traz alguns contrapontos, notadamente da tensão de axiomas que compõe as bases de um único direito, a saúde.

4.3 Produção da Saúde e Produção em Saúde

Esta unidade pretende-se abordar a inferência dos interesses econômicos sobre o direito à saúde invocado como garantia constitucional social, realizável mediante os critérios da reserva do possível, acepção que pode culminar em determinar como o direito à saúde deve ser realizado restritivamente interligando-o a um mero serviço, a partir da transformação e condução de sua produção.

Com o surgimento da medicina moderna (séc. XVII), colimou com a industrialização universal que abarcou saberes e técnicas como práticas, de forma que as mudanças não tardaram a alcançar e modificar os processos de trabalho, notadamente na saúde (FOUCAULT, 1980, p. 10).

A mercantilização da medicina se concretizou nos moldes da alienação do trabalho, deixando de ser o produto social da inspiração do homem, para tornar-se mercadoria negociável num mercado estratificado, desigualando assim o acesso à saúde.

Por outro lado, as micro e macro políticas inseridas no Estado, apenas reforçam as diferenças, gerando tensões de poder na saúde ante as disputas entre as pretensões do Estado, que ora se alinham e noutra situam-se em contraponto as pretensões da sociedade civil, as quais surgem para representar interesse próprio legitimando-se em formas corporativas de poder, como se verifica em sindicatos, partidos políticos, sem o compromisso com o bem estar público, mas apenas de seus pares (ARENDRT, 2006).

A questão tecnológica ressurgiu não mais com a pretensão de avocar a produção como meio de renovar, mas emerge com a busca de alternativas de construção do conhecimento em saúde, colimado na teoria do capital humano, o conhecimento tecnológico na saúde torna-se a nova moeda de valor, cotejando práticas inovadoras na medicina, moldando a prática médica, desenvolvendo um mercado privado de serviços de saúde daqueles que podem pagar.

Esse mercado encontra na empresa médica, a cooptação da qualificação dos profissionais de saúde sob o manto do assalariamento não clássico, remunerando pela unidade de serviço de compra de serviços médicos (DONANGELO, 1976), para sustentação da

geração de demandas voltadas para uma determinada classe social que pode pagar pela *produção da saúde*, que sobrevive do sucateamento da saúde pública.

Desta forma que o processo de trabalho também ficou subordinado a repartição de competência, fragmentando o saber, alinhado às inovações tecnológicas no tocante aos procedimentos e aos medicamentos, que passou a conduzir e tolar a produção da saúde, dentro de uma lógica medicamentosa e de exames que ficaram definitivamente associados à assistência.

A evolução da saúde colimada com a industrialização, enquanto política manteve três uma tríade, iniciando com a fase assistencialista onde a *atenção à saúde era voltada para as populações mais empobrecidas e carentes, prestadas por instituição religiosa ou organizações leigas, com fins diversos - educação, distribuição de alimentos, proteção a criança*, seguindo para fase previdenciária com a organizações de mutualistas, emergindo uma forma hegemônica de política de saúde, voltada ao trabalhador para assegurar a produção, passando a uma lógica universalista (MÉDICI, 1988, p. 398).

"O projeto do Estado social voltado para si, dirigido não apenas à moderação da economia capitalista mas também à domesticação do Estado mesmo, perde, porém, o trabalho como seu ponto central de referência. Isto é, já não se trata de assegurar o emprego por tempo integral à condição de norma (...) As sociedades modernas dispõe de três recursos que podem satisfazer suas necessidades no exercício do governo: o dinheiro, o poder e a solidariedade. As esferas de influência desses recursos teriam de ser postas em um novo equilíbrio (...) O poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de resistir às forças dos outros dois recursos: dinheiro e poder administrativo" (HABERMAS, 1987, p. 109)

A necessidade de re-equilibrar as relações entre as tensões do capitalismo e os interesses sociais coletivos, ainda é matéria de discussão, organizando-se atualmente de forma fragmentada, *"em instancias neo-corporativista, situado nos movimentos ecológicos, de bairros, pacifistas, pró-saúde alternativa, de defesa do consumidor, assimilando cada um à questão da saúde como parte de sua visão de mundo"* (MÉDICI, 1988, p. 395).

A crise da produção em saúde impostas pelas tensões de poder, carecem de equilíbrio, as mudanças inferem no processo de trabalho, que passa a ter como diretriz o conhecimento específico, distanciando-se da relação médico-paciente, ante a adoção de dialetos técnicos e específicos para atender a demanda mercadológica, onde a produção em saúde fica mitigada pela produção da saúde, mercantilizando cada vez mais o direito à saúde.

Capítulo 5
Análise dos Julgados em Saúde do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ

*“existem momentos na vida onde a questão de saber se se pode pensar
diferentemente do que se pensa, e perceber diferentemente do que se vê,
é indispensável para continuar a olhar ou a refletir”*
(Michel Foucault)

5.1 Coletânea de Julgados (TJRJ, 2005-2011)

O estudo da concepção atual do direito à saúde não poderia deixar de lado a análise dos julgamentos buscando se os mesmos vem contribuindo com novos entendimentos do direito à saúde além do texto legal, utilizando como fonte de pesquisa o teor de decisões apuradas entre os anos de 2005 a 2011, no sentido de saber se tais decisões estão fundadas nos direitos e garantias fundamentais, ou se apenas reproduzem a lógica de saúde legalista, mercantilista e prestacional.

No sentido de observar o teor dessas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tanto em primeira instância (analisadas por um juiz) quanto na segunda instância (analisada pelo colegiado de juízes) procedemos à análise e coleta de alguns dados, mapeados a partir de julgados demandados apenas na área da saúde, e de registros mantidos pela Egrégia corte do Estado do Rio de Janeiro.

Neste recorte, foi possível constatar, segundo dados do próprio Tribunal de Justiça, que no período de 1988 a 2011⁴⁰, a quantidade de processos cujo objeto versava sobre prestação da tutela do direito à saúde - **que consolidaram efetivamente jurisprudência** - fonte jurídica que vem definindo os contornos do direito à saúde - cresceu demasiadamente no fim da década de 90.

Ao término do ano de 1988 (dois meses após a promulgação da CF/88) o Egrégio Tribunal contava com poucas querelas, para no fim da década de 90 (1998-1999), contabilizar 420 (quatrocentos e vinte) processos ao longo dos dois anos, havendo um crescimento vertiginoso a partir do ano 2000, notadamente no período entre 2005 até 2011, conforme se pode verificar da figura 3.

⁴⁰ A pesquisa refere-se aos julgados cujo objeto consiste no exercício do direito à saúde em rede pública hospitalar, transferências e cirurgias de emergência divulgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que consolidaram jurisprudência desde o período de 1988.

O fato não é de difícil compreensão: a ampliação do direito, bem como de seus procedimentos tem reflexos sobre a política e a sociabilidade da vida contemporânea, acarretando uma expansão sistêmica sobre outras dimensões da vida social, para muito além de seu campo específico do direito, consubstanciando-se uma vertente multidisciplinar (WERNECK, 2005).

De certa forma, o processo de constitucionalismo aportou a afirmação de leis fundamentais as quais se prestam a balizar limites às demais regras, esse processo é facilmente assimilado e compreendido à medida em que se viabiliza o acesso ao judiciário, ampliando as demandas e a natureza das mesmas.

Por outro lado, se a politização do judiciário e a judicialização da política são fenômenos reconhecidos, a intervenção judicial, não pode ser compreendida como processo similar, a realização da saúde consiste num direito fundamental garantido pela inafastabilidade do judiciário, conferido na própria Carta Magna (1988), artigo 5º, inciso XXXV,

As demandas intercorrentes buscando controle judicial para efetividade de direito individual à saúde, reconhecido como processo de “judicialização da saúde”, que pode ser facilmente confundida com o ativismo judicial.

Os limites entre ambos os institutos, tanto da judicialização como do ativismo ainda não são pacificados na doutrina, BARROSO (2009)⁴¹, sugere que o ativismo judicial se expande na mesma proporção em que outros Poderes se retraem, tendo um aspecto positivo: atender às demandas sociais negligenciadas pela política, revelando a não funcionalidade das instituições públicas, sendo este o aspecto negativo.

É desta forma que a judicialização representa a transferência do poder político para o judiciário, principalmente para o STF, que vem atuando como poder moderador, portanto, a judicialização constitui fato, decorrente de três causas:

⁴¹ Palestra proferida pelo professor Luis Roberto Barroso no seminário de Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA, pela FGV Direito/RJ, no Tribunal de Justiça RJ, em 24.01.2009.

“a) a redemocratização do país que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; b) a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; c) e o sistema de controle de constitucionalidade. (...) A vida, se judicializou, **a judicialização** é um fato e não uma vontade política do Judiciário; é a circunstância do modelo constitucional que nós temos, o **ativismo**, ao contrário da judicialização, não é fato, mas atitude. Acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis.” (BARROSO, 2009)⁴² grifamos.

A análise dos dados leva apenas a um resultado quantitativo, sendo necessário o aporte dos resultados de outra pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça (RJ), a qual mantinha por objeto a análise do reconhecimento dos direitos humanos nas decisões judiciais proferidas em primeira e segunda instância.

A referida pesquisa foi realizada pela Fundação Getúlio Vargas, podendo-se depreender que as decisões judiciais refutam fundamentos humanitários ou ontológicos, observam em grau mínimo os direitos e garantias fundamentais, eis que “apenas 17% do total de juízes declaram conhecer o sistema de proteção de direitos humanos (ONU e OEA) sem restrição”(CUNHA, 2011, p. 47).

		Tombados Geral						
		2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Atos Processuais	Tratamento Médico Especializado	-	-	-	-	1	20	15
Contra a Incolumidade Pública	Medicamento em Desacordo com Receita Médica	-	-	-	-	-	1	-
Crimes contra a Incolumidade Pública	Medicamento em Desacordo com Receita Médica	-	1	2	3	2	4	7
Fornecimento de Insumos	Fornecimento de Fraldas	-	-	-	-	-	-	4
	Fornecimento de Leite	-	-	-	-	-	-	18
Fornecimento de Medicamentos	Fornecimento de Medicamentos – Outros	-	-	-	-	-	-	664
	Medicamento Não Padronizado Pelo S U S	-	-	-	-	-	-	20
	Medicamento Sem Registro Junto à Anvisa	-	-	-	-	-	-	-
Internação Hospitalar	Internação em C T I / U T I	-	-	-	-	-	-	291
	Internação Hospitalar – Outros	-	-	-	-	-	-	94
Medicamento / Tratamento / Cirurgia de Eficácia não comprovada	Fornecimento de Medicamentos	-	-	-	-	284	4.008	3.872
	Internação Hospitalar	-	-	-	-	26	2.161	2.390
	Tratamento Médico	-	-	-	-	-	-	8
Responsabilidade do Fornecedor	Internação Hospitalar / Fornecimento de Medicamentos / Realização de Exames	-	-	-	-	1	3.248	4.946
Saúde	Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	188	320	249	259	6.830	2.307	1.379
Seção Cível	Fornecimento de Medicamento	-	-	-	-	-	11	26
Tratamento Médico	Tratamento Médico – Outros	-	-	-	-	-	-	42
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	Medicamento / Tratamento / Cirurgia de Eficácia não comprovada	159	2.040	3.453	2.886	1.062	100	27
TOTAL		347	2.361	3.704	3.148	8.206	11.860	13.803

Figura 3 – Quadro cronológico dos processos de saúde (2005-2011)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2012

A análise dos dados carrega uma leitura inesperada: embora o movimento de judicialização da saúde tenha se mostrado ampliado nos últimos anos, depreende-se que o judiciário do Rio de Janeiro é formado por magistrados legalistas, *que não (ou muito pouco)*

⁴² idem

se utiliza das prerrogativas de direitos humanos⁴³ esculpidas pelos documentos internacionais como fundamento ao proferir suas decisões.

Apenas 17% dos juízes entrevistados declararam conhecer o sistema de proteção de direitos humanos sem restrição” gerando assim um problema de justiciabilidade⁴⁴ dos direitos humanos, ou seja a possibilidade concreta de utilização das normas fundamentais apenas no âmbito judicial, ampliando a judicialização na saúde (CUNHA, 2011, p. 9).

O problema do reconhecimento e da efetividade dos direitos fundamentais se torna mais sério, à medida que os magistrados reconhecem a importância das garantias fundamentais esculpidas de forma suplementar nos documentos internacionais, os quais não se utilizam, totalizando 52% (cinquenta e dois por cento), correspondendo às decisões de primeira instância:

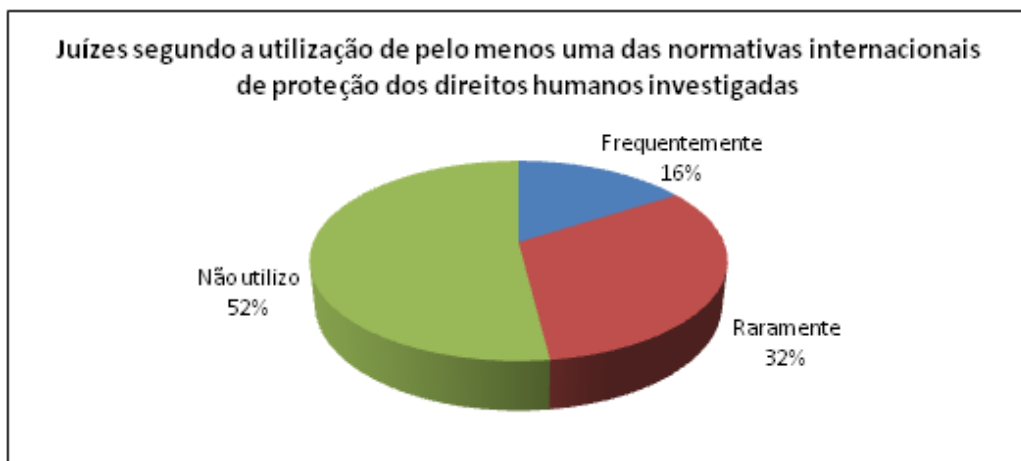


Figura 4 - percentual de juízes que utilizam direitos fundamentais garantidos nos tratados e pactos
Fonte: TJRJ, 2011

Esses percentuais se modificam sensivelmente, a medida que observadas às decisões proferidas em segunda instância, onde os desembargadores se mostram um pouco mais suscetível a aplicação e reconhecimento das garantias fundamentais em suas decisões judiciais, onde a inaplicabilidade baixa de 52% para 33%:

⁴³ Extraído do relatório final de pesquisa do grupo de pesquisa DHPJS (2011), composto por alunos de graduação e pós da FGV, Uerj, PUC, UFF, Ucam e Ibmecc, disponível no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

⁴⁴ utilização concreta das normas de direitos humanos no âmbito da prestação jurisdicional, transcendendo a norma. CUNHA, J.R. *Direitos humanos poder judiciário e sociedade*. FGV: Rio de Janeiro, 2011, p. 9



Figura 5 - percentual de desembargadores que utilizam direitos fundamentais garantidos nos tratados e pactos
Fonte: TJRJ, 2011

Embora a realização do direito não esteja adstrita a normas ou documentos, o fato é que a ausência de conhecimento dos Sistemas de Proteção de garantias fundamentais pelos operadores sociais enseja o descumprimento de tais prerrogativas, mantendo contido - como no caso da saúde - o exercício do direito que permanece reduzido a um elenco meramente normatizado, (retroagindo ao Estado legalista), refutando a essência metafísica carregada pelos pactos e tratados internacionais.

Os direitos humanos é instrumento hábil de luta contra a opressão do poder, é senão:

“...o campo de proteção a pessoas e grupos em face de um domínio no mais das vezes revestido de postura oficial. O poder pode, mas não deve fazer tudo o que pode. Assim, os direitos humanos decorrem de uma necessária confluência de ética, direito e política...”(CUNHA, 2011, p. 8)⁴⁵.

No entanto, o que se verifica é a utilização de signos dos direitos humanos como prática governamental voltada à auto legitimação, tornando por vezes inócua a realização do direito propriamente dito, fomentando a ignorância acerca de sua prática, como se depreende na dicção de Douzinas (2009):

“... toda vez que um pobre ou oprimido, ou torturado emprega a linguagem do direito – porque não existe nenhuma outra disponível atualmente – para protestar, resistir, lutar, essa pessoa recorre e se conecta à mais honrada metafísica, moralidade e política do mundo ocidental.”(DOUZINAS, 2009, p. 17).

⁴⁵ Idem, p. 8

Não se trata aqui de se contentar com o direito como instrumento contentor de conflitos políticos, mas reconhecer a sua interdisciplinaridade e a dialética com outros campo de saber, a fim de efetivar os valores humanos defendidos, e não a lei em si, porquanto o direito ainda se demonstra instrumento hábil de coibir os abusos e negligências estatais, ante o controle do judiciário.

Portanto, pode se depreender que o conhecimento acerca dos instrumentos de garantias fundamentais de direitos humanos é de suma importância, trata-se aqui da importância da educação em direitos humanos⁴⁶, o que determina a condução, o reconhecimento e a aplicabilidade das garantias, o que por certo possibilitará a condução das lutas sociais pela efetividade objetiva de tais prerrogativas, limitando o excesso de poder.

Analisando a digressão, é possível compreender o fenômeno da judicialização sobressaltada à visão legalista positivista dos magistrados, que são levados a proferir decisões sopesando garantias fundamentais ratificadas pelo Estado brasileiro em instrumentos internacionais que se situam fora do aparato do ordenamento jurídico interno.

Pressionados pelo reconhecimento das garantias constitucionais, em parte pelo esforço que alguns entes sociais exercem junto ao Poder Judiciário, como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, o Ministério Público, as Organizações Sociais representando a sociedade civil, atuando de forma muito tímida ante as demandas sociais de saúde que se mostram intermitentes.

Mas não basta apenas conhecer o Sistema de Proteção de garantias fundamentais, é necessário a criação de condições de realização efetivação das prerrogativas humanas conferidas pelos sistemas internacionais, as quais devem ser implementadas na ordem interna do Estado brasileiro, sensibilizando e motivando seu cumprimento, a partir dos organismos governamentais.

⁴⁶ No caso em análise, defendemos a importância da educação em direitos humanos como instrumento de viabilidade para transformação social, vez que quando uma sociedade conhece seus direitos, se reconhece no processo social e aprende exigir o que lhe é cabível. Desta forma, nos parece que a educação em direitos humanos na saúde para a sociedade emerge como possível instrumento de sensibilidade para uma efetiva mudança social.

No entanto, o que se tem verificado é a ocorrência do movimento de direitos humanos “de baixo para cima”, ou seja, o judiciário tem sido importante aliado na realização do direito fundamental à saúde quando provocado pelo indivíduo ou um grupo obtendo êxito em seu pedido, ainda que emergindo outras distorções as quais demonstram-se menos valorosas do que a realização do direito à vida em si.

Ocorre assim uma visível inversão de valores no judiciário que reflete em seus julgados os modelos sociais, onde uma sociedade antes movida por interesses preponderantemente econômicos que sobrepujava inclusive o bem eleito constitucionalmente como supremo (o bem da vida) passa a exercer uma *ponderação de interesses*.

Essa ponderação considera basicamente os direitos humanos e princípios positivados, ou seja, percebe-se que o judiciário não saiu da perspectiva legalista positivista, apenas aprimorou sua técnica dentro da mesma vertente, conferindo efetividade a um direito já positivado, o que não é mérito algum, uma vez que os fatos sociais estão para além da contenção normativa.

Em outras palavras, a luta pelos direitos humanos se configura como instrumento indelével e ilimitado de controle social contra ações governamentais ou leis que exacerbam o poder, oprimindo, omitindo e atentando contra a dignidade do homem, daí a importância do reconhecimento do papel do homem no meio social bem como do exercício de sua cidadania, fundado no sentido literal da liberdade humana, que integra um rol de prerrogativas exigíveis e que devem ser prestadas objetivamente pelo Estado, como ocorre com o direito à saúde.

5.2 Direito à saúde: construção jurisprudencial do STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem consubstanciando em suas decisões um arcabouço até então inédito na história da saúde no Brasil, consagrando-a como direito tão supremo e indissociável à vida, devendo ser cumprido pelo Estado, consoante julgado colacionado, proferido em caso concreto de paciente portador de HIV, teor que vem abarcado nas decisões dos Tribunais de Justiça, por efeito vinculado.

O entendimento do Supremo, exarado no processo de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário⁴⁷, embora arrimado na teoria dos direitos fundamentais, manteve como fonte de decisão a responsabilidade do Estado brasileiro em manter a saúde, garantindo o direito decorrente, como se analisa do teor dos votos dos relatores no referido processo.

Desta forma, o voto do Ministro Celso de Mello, relator do acórdão, externou uma compreensão de responsabilidade do Poder Público objetiva:

“incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação-, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República (fls. 1420).”

Seguindo o teor do voto do Exmo. Ministro, que não refuta a referência do julgamento da Petição 1.246-SC, prossegue enfatizando que:

“no caso de conflito de interesse financeiro do Estado e a efetiva concretização de um direito fundamental esta deve sempre prevalecer. Assim: entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, (...) (fls. 1418).

Tais julgados, com teor similar tiveram o condão de conferir uma maior efetividade na realização do direito à saúde, infelizmente adstrito aos tribunais, mais uma contradição da ordem jurídica, eis que, se a própria Constituição Federal garantiu que as normas que versem sobre direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, não deveria portanto estar vinculada a intervenção do judiciário para tal concretude. Prossegue o Ministro no seu voto:

“não basta o reconhecimento formal dos direitos sociais mediante sua simples positivação sendo necessário conferir real efetividade às normas constitucionais e garantias capazes de assegurar a sua realização pela entidades governamentais.”

O julgado denotou uma concepção contemporânea do direito humano à saúde, consagrando o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, não podendo mais ser tratada como matéria estanque ou fragmentada.

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO

⁴⁷ Processo: RE 271286/RS

DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286/RS – Rio Grande do Sul. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

O que se percebe é que a concepção do direito à saúde como conseqüente indissociável do direito à vida está muito mais ligado ao aspecto assistencial, seja de fornecimento de medicamentos, tratamento, intervenção ou atendimento médico, deixando *in albis*⁴⁸ as demais vertentes que integram e compõe a saúde, onde a jurisprudência ainda se mantém silente.

5.3 Saúde como direito e garantia fundamental de 1ª geração ou direito social de 2ª geração – dicotomia de um direito híbrido

A compreensão da classificação dos Direitos Humanos não é tarefa simples, necessário então cunhar alguns termos similares que não guardam identidade em seu significado embora tenham proximidade no conteúdo, expressões como direitos humanos, direito individual, direitos fundamentais, não podem ser compreendidas como a mesma coisa.

Aliás, a própria Constituição Federal (1988) quando tratou a temática assim o fez de forma diferenciada, adotando a seguinte semântica: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV), onde o legislador tratou de conferir aos Direitos e Garantias fundamentais a abrangência dos demais dispositivos como se denotam dos capítulos I (direitos e deveres individuais e coletivos), II (direitos sociais), III

⁴⁸ do latim quer dizer “em branco”. Disponível em <<http://www.linguee.com.br>> acessado em 12.05.2012.

(nacionalidade), IV (direitos políticos) e V (regramento dos partidos políticos) todos da CF/88.

A luz dos ensinamentos de Miranda (1990), direitos humanos não se confunde com direitos fundamentais eis que os “*direitos humanos se relacionam estreitamente com documentos internacionais, os quais aludem entendimento de reconhecimento do ser humano, ao passo que direitos fundamentais são aqueles inatos do ser humano*”, inseridos na Constituição e nos valores do Estado (Miranda, 1990, p. 138).

A compreensão dos Direitos fundamentais a partir da teoria das gerações é ainda hoje relevante para a interpretação e abrangência de alguns direitos (positivados ou não), no sentido de transcender o mero positivismo jurídico, na busca de um atuar cogente do Estado, estudo que doravante buscaremos fazer, tendo no direito à saúde o elemento de análise inserido na Constituição Federal (1988).

Segundo Bobbio (2004), o advento do Estado moderno emergiu a inversão da relação político-social, incorporando o sentido de Estado-Cidadão, não comportando mais a visão Soberano-súdito, decorrendo daí o reconhecimento de direitos inerente ao próprio homem, onde seu reconhecimento na sociedade espelhava a perspectiva para o reconhecimento universal do direito do indivíduo.

A co-relação encetada por Bobbio (2004) quanto a geração de direitos, compreendia a evolução de uma sociedade no reconhecimento dos direitos como axioma de formação estatal, seja no sentido de novas técnicas seja no reconhecimento da importância do homem e sua integridade no esteio social, na formação de um Estado democrático, razão pela qual elenca e distingue os direitos em 4 gerações **(1)** direitos civis, liberdade de agir contra o Estado; **(2)** direitos políticos e sociais; **(3)** econômicos, ambientais e culturais; **(4)** biogenética, biodireito, patrimônio genético, reconhecida por alguns autores⁴⁹ atualmente.

Algumas críticas foram tecidas quanto a essa teoria, as quais firmavam que “*os direitos fundamentais tiveram reconhecimento progressivo com caráter complementar, cumulativo e não de alternância, onde uma geração não substituiu a outra*” (SARLET, 2007b, p. 54).

⁴⁹ Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Ingo Sarlet, entre outros.

Desta distinção demanda o entendimento do sentido do fundamento absoluto dos direitos do homem, a possibilidade de realização desse direito e o que se diferem do ideário (este se guarda no plano dos desejos), emergindo a exegese de um direito fundamental, no sentido de atender o clamor das novas necessidades humanas impostas pela evolução social, econômica e tecnológica, nem sempre coadunando com o substrato de um ideário de direito fundamental.

Assim, a teoria da geração de direitos (Bobbio, 2004), preconiza uma divisão de direitos fundamentais em gerações, sofrendo severas críticas (SARLET, 2007), no tocante ao termo “geração” visto que alude a compreensão de que a última poderia suplantar a anterior, devendo ser utilizado o termo “dimensão”, eis que a teoria não retrata uma história linear.

A teoria apresenta-se com escopo relacional aos respectivos movimentos políticos, econômicos e sociais que permearam a construção axiomática na formação do Estado, o que possibilita a sua compreensão no sentido real, tendo como objeto o *“conceito de história, através do estudo dos diversos modos de produção e formação sociais, da sua estrutura, da sua constituição e do seu funcionamento, bem como das formas de transição de uma formação social para outra”* (POULANTZAS, 1986, p. 11).

Esta concepção dialética das gerações de direitos fundamentais, não se deu de forma diferenciada no Brasil, que teve na Assembléia Nacional Constituinte - ANC um grande palco de negociações político-partidário, e na Constituição Federal – CF/88 (1988) o produto final de um projeto com inúmeras reformas.

Fruto de jogos de interesse em seu bojo, fomentadas pela disputa de poder entre a minoria progressista (que permeava seus discursos voltados para a reforma social) e aqueles afeiçoados ao quadro de conservadores (que se ocupavam com a reforma econômica-administrativa e com a organização do Estado), os quais predominavam os quadros da ANC – Assembléia Nacional Constituinte.

Na dicção de Faria (1997), é possível verificar o fato:

“...O governo da Nova República inaugurava-se assim com um quadro econômico recessivo e uma situação de instabilidade política ironicamente semelhante ao quadro político configurado nos anos anteriores. A “gestão democrática” tinha pela frente a reconstrução de um país desgastado pela inflação e marcado pela situação de profunda desigualdade social. No

programa de governo estava afirmado o compromisso na construção de políticas públicas voltadas prioritariamente para a área social e o compromisso na formação de uma nova Carta Constitucional para o país...” (FARIA, 1997, p.21).

O esteio da preleção axiológica para formação do “Estado Democrático de Direito”, foi marcado por severos embates dentro e fora das comissões e subcomissões da ANC, embora num único processo legislativo fragmentado em micro células (subcomissões) na discussão de predominância de poder, seja pela composição hegemônica conservadora, seja pelos interesses sobrepostos, dicotomizando assim o conteúdo necessário da saúde (que não era nem de longe a maior preocupação, representado por poucos), consoante se pode depreender da composição da mesa e relatores das comissões e subcomissões (Pilatti, 2008)⁵⁰, bem como da assertiva delineada por Faria (1997):

“... A Assembléia Constituinte configurada como um “Congresso Constituinte biônico”, teve assim a composição de uma reunião de interesses divergentes e de frágil consenso. Esta configuração política da Constituinte já indicava que um nível de abstração elevado estaria se configurando no encaminhamento das propostas políticas para a nova carta constitucional, comprometendo, em alguma medida, os ideais reformistas dos grupos políticos progressistas presentes no processo...” (FARIA, 1997, p. 23)

O ideário reformista proposto pelos progressistas, no embate com os conservadores, foi o principal responsável pelo reconhecimento e inclusão de direitos sociais os quais pudessem envolver o Estado num arcabouço de responsabilidades sociais, onde a saúde se inseriu como um direito social, ao lado da educação, assistência, saneamento, previdência, habitação, os quais pudessem delinear os primeiros contornos da cidadania.

A inclusão do direito à saúde na Constituição Federa (1988) significou a ruptura dos antigos modelos, esparsos nas Constituições anteriores, mais no sentido de atender aos

⁵⁰ **COMISSÃO DA SOBERANIA E DOS DIREITOS E GARANTIAS DO HOMEM E DA MULHER:** Presidente: Dep. Mário Assad (PFL-MG); 1º Vice-Presidente: Dep. Aécio Cunha (PMDB-MG), 2ª Vice-Presidente: Dep. Anna Maria Rattes (PMDB-RJ), Relator: Sen. José Paulo Bisol (PMDB-RS) – **Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais:** Presidente: Dep. Roberto D’Avila (PDT-RJ), 1º Vice-Presidente: Sen. Aluizio Bezerra (PMDB-AC), 2º Vice-Presidente: Dep. Antonio Ferreira (PFL-AL), Relator: Dep. João Herrmann Netto (PMDB-SP). **COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL:** Presidente: Dep. Edme Tavares (PFL-PB); 1º Vice-Presidente: Dep. Hélio Costa (PMDB-MG), 2ª Vice-Presidente: Dep. Adylson Motta (PDS-RS), Relator: Sen. Almir Gabriel (PMDB-PA) – **Subcomissão de Saúde, Segurança e Meio Ambiente:** Presidente: Dep. José Elias Murad (PTB-MG), 1º Vice-Presidente: Dep. Fábio Feldmann (PMDB-SP), 2º Vice-Presidente: Dep. Maria de Lourdes Abadia (PFL-DF), Relator: Dep. Carlos Mosconi (PMDB-MG). PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988 progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2008, p. 319-320.

movimentos organizados e instituídos de Reforma Sanitária, notadamente dos resultados “das oitavas⁵¹”, do que por reconhecimento voluntário da ANC⁵², tendo na criação do Sistema Único de Saúde (fruto do movimento de reforma sanitária) um grande avanço para o direito à saúde, consoante preleciona VANDERPRATT (2004):

“...A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, assim, da evolução dos sistemas de proteção antes instituídos em nível ordinário (do Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975 e, já em 1987 do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS). Algumas das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde também são reflexos deste processo, tais como: a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde...” (VANDERPRATT, 2004, p. 29)

Desta forma que o SUS é o substrato da garantia institucional fundamental, sujeita a proteção estabelecida para as demais normas fundamentais, notadamente no tocante aos limites do Estado em promover reformas constitucional material, não podendo tais garantias serem suprimidas, ou seja, medidas que visem suprimir ou esvaziar formal e substancialmente o SUS “ou os princípios os quais se alicerça, são consideradas inconstitucionais, vez que o SUS, considerado a materialização do direito à saúde, é protegido pela tutela constitucional” (RAEFFRAY, 2005, p. 260).

Muito mais do que um direito fundamental positivado, a saúde erigiu um dever fundamental do Estado para com todos, “trata-se de hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental.” (LEAL, 2006, p. 63)

⁵¹ VIII Conferência Nacional de Saúde (1986).

⁵² As Conferências Nacionais de Saúde foram instituídas em 1937, pela Lei nº 378/37, objetivando viabilizar o conhecimento do Governo Federal, acerca das atividades relativas à saúde no país, assim como orientar a execução dos serviços locais – o que ficou muito evidenciado na VIII Conferência, em 1986. RAEFFRAY, A. P. O. *Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

A Consolidação de uma Constituição Federal pautada na garantia da liberdade como corolário da democracia se mostrou contraditória e ambígua na tutela de direitos fundamentais, notadamente da saúde, compreendido como direito contraditoriamente dicotomizado, fomentando eternos embates entre o conteúdo prestacional social e sua perspectiva de direito fundamental.

SARLET⁵³ (2007b), reportando-se a teoria da geração de direitos fundamentais sistematizada por Bobbio (2004) aduz que as Constituições que elencam os direitos de segunda geração conferiram aos cidadãos direitos a prestações sociais por parte do Estado, como assistência social, educação, trabalho e saúde, surgindo então à compreensão da saúde reduzida a prestação de serviços.

Na segunda dimensão ou geração de direitos, visualiza-se um primeiro momento no qual o Estado passa a prestar, efetivamente, assistência aos cidadãos, a agir positivamente pela saúde, trabalho, educação, etc., diferentemente da postura *“abstencionista verificada nos direitos de primeira geração, cujo particular poderia opor-se contra o Estado subjetivamente, na defesa da liberdade, donde decorrem os demais direitos, como a vida e igualdade, fraternidade, entre outros”* (LOUREIRO, 2006, p. 657).

O cumprimento dos direitos correlatos à liberdade, no esteio de direitos fundamental encontra guarida na teoria dos “status” referendado por Georg Jellinek (1912), que analisa a relação do homem com o Estado em quatro⁵⁴, níveis: passivo, negativo, ativo e positivo, decorrendo daí a limitação, autorização ou obrigação positiva para a intervenção ou não do Estado, delineando um elenco de direito e deveres.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

⁵⁴ **Passivus**: submissão absoluta do indivíduo ante o Estado em razão dos deveres impostos; **Negativus (status libertatis)**: garante a liberdade natural do indivíduo não se permitindo a intervenção contrária do Estado; **Positivus (status civitatis)**: capacidade de se exigir do Estado prestações positivas e serviços públicos; **Activae civitatis**: capacidade de participar na formação da vontade estatal. JELLINEK, G. *Sistema dei Diritti Publici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 98, in TORRES, R. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179.

Desta forma, com a organização e sistematização da Constituição Federal (1988), a saúde emerge objetivamente como um direito social cuja titularidade é do indivíduo, sendo o Estado seu devedor e garantidor, através de políticas sociais e econômicas.

A Carta Magna (1988) esculpiu uma República Federativa fundada, entre outros elementos, no reconhecimento da necessidade da erradicação da pobreza e da marginalidade, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), deixando apenas ao talante das políticas públicas e econômicas a promoção da saúde, consoante se depreende à luz do dispositivo 196 do mesmo diploma legal:

“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

O aludido dispositivo inserido no texto constitucional carrega uma concepção de saúde como norma programática, no sentido meramente de elencar um dever subjetivo ao Estado de evitar a proliferação de doenças, onde as escolhas do Poder Público conquanto às políticas e ações de saúde, tem o grau de satisfação e eficácia atrelado ao desenvolvimento econômico e social, portanto, quanto maior o desenvolvimento econômico e social do Estado, mais ampliada serão as ações e políticas sanitárias, configurando a saúde como direito social.

Não obstante, o mesmo diploma legal dispõe sobre a vida como um direito e garantia fundamental, arrimado no dispositivo do artigo 5º, gerando verdadeira contradição formal e material com o artigo anterior:

*“...todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...”*(grifo nosso)

Atente-se que a teoria dos direitos fundamentais sofreu transformações as quais implicaram na hermenêutica legal, não perdendo a sua essência, ou seja, as transformações sociais impuseram a necessidade de ampliar a efetividade de direitos os quais não se permitiam mais aprisionar nos textos legais, demandando uma harmonização maior que pudesse aproximar cada vez mais a realidade da tutela legal, e não mais o inverso.

O reconhecimento do direito à saúde deve considerar então todas as variáveis sociais, culturais e econômicas atuariais, as quais ensejem a ampliação e efetividade do direito à saúde, consoante preleciona Dworkin (1985), no esboço de uma teoria de justiça social, a que alude o desenvolvimento humano e social:

“todas as decisões a respeito de direito constitucional e políticas públicas se devem basear na idéia de que todas as pessoas são iguais enquanto seres humanos e que independentemente das suas diferenças sociais, econômicas e estilos de vida, devem ser tratadas com igual consideração e respeito, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano. A sua defesa desse direito está na base de suas intervenções em debates importantes da atualidade”(DWORKIN, 1985, p. 423).

No sentido de conferir efetividade as garantias fundamentais, Canotilho (1991), influenciado pelas idéias de Alexy (2008) vislumbrou uma separação nos direitos fundamentais, que passaram a se destacar em dois blocos: direitos de defesa e direitos de prestação, donde se pode depreender que o direito constitucional à saúde no Brasil assimilou perfeitamente essa estruturação.

Não se pode olvidar que na teoria, não se denota com tanta facilidade as contradições como quando colocados em prática, ou seja, em tese, a divisão dos direitos fundamentais em *direitos de defesa e direitos prestacionais* não se apresenta qualquer efeito no plano teórico, mas, quando colocados em prática, para nosso objeto de estudo “a saúde”, as distorções surgem na acepção do termo, ensejando reflexos significativos na compreensão e realização da saúde, tornando-o um direito híbrido.

Nesta seara é que o *direito de defesa* está afeto aos direitos de primeira geração, (*status negativus*), protegidos contra intervenção do Estado⁵⁵, na garantia do mínimo existencial cotejado no artigo 5º da CF/88, onde o indivíduo pode cobrar objetivamente do Estado o seu dever de agir em caso de omissão ou inércia, donde decorre o *direito prestacional*, elencado no rol dos direitos de segunda geração ditos *sociais* e serviços públicos (*status positivus ou civitatis*), atrelado a reserva do possível, cotejado no artigo 6º e 196 da CF/88, decorrendo daí as demais contradições verificadas no lido com a saúde hodiernamente no Brasil, conferindo importância diferenciada a cada qual.

⁵⁵ Exemplo é a tributação do imposto de renda, o Estado deve preservar a renda mínima do indivíduo que mantém renda mínima, não podendo tributar, vez que o mesmo não tem capacidade contributiva, sendo isento. O mesmo ocorre com pessoas portadoras de doenças graves, mantendo isenção junto ao fisco.

No que pese a preciosa contribuição dada por Canotilho (1991), a crítica que se faz a essa concepção é de que de uma forma ou de outra, o *direito prestacional* acaba permeando, quando muito mitigando o *direito de defesa*, eis que em caso de omissão ou inércia do Estado, o judiciário atuando no sentido de dirimir o conflito, o indivíduo recorrerá a “prestação de serviço público judicial” para ver realizado o seu direito, havendo uma notória inversão de valores que reflete negativamente na realização da saúde, que não pode ser realizável apenas no judiciário, devendo manter um lastro social adequado as demandas que a rigor não deveriam precisar da justiça para realizar-se.

Por outro lado, em se tratando de uma omissão ou inércia Estatal mais abrangente, como a promoção à saúde, por exemplo, em que se trate do direito de um determinado grupo de pessoas, a resolução e tutela do direito coletivo não fica muito clara, carecendo ainda de mecanismos burocráticos para que talvez se realize o direito lesionado, caso em que ainda se faz necessário a prestação do serviço público judicial através do Ministério Público e da Defensoria Pública que acionam o judiciário coibindo o Estado para assumir a sua obrigação social,

Nesse sentido, reconhecendo à relevância pública das ações e dos serviços de saúde, nas palavras de Sarlet (2009):

“... a relevância pública dos serviços e ações de saúde autoriza a interpretação extensiva que vem dando a jurisprudência, no sentido da afirmação da legitimidade do Ministério Público para a intervenção na defesa do direito à saúde, inclusive quanto a medidas ajuizadas em prol de um único beneficiário. De outra parte, a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, decorrente do caráter indisponível do direito fundamental e dos valores que visa a proteger (vida, dignidade, integridade física e psíquica, adequadas condições de vida e de desenvolvimento da pessoa, meio ambiente saudável e equilibrado, entre outros), incide como parâmetro de modelação e (re)adequação das relações privadas, quer daquelas concernentes à exploração de recursos naturais e à produção de bens (com destaque para o licenciamento ambiental e urbano, em conjunto com as normas de direito ambiental), quer das atividades estabelecidas propriamente no setor da saúde, em especial no que concerne aos planos e seguros privados, fundamentando o afastamento de cláusulas contratuais abusivas (oportunidade em que dialoga com o direito do consumidor) e dando resposta para o intrincado problema da solução de continuidade dos serviços de saúde, já que, embora a assistência seja prestada por particular, não perde o caráter público que lhe é inerente, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público...” (SARLET, 2009, p. 5)

O compromisso com a redução de riscos de enfermidades e outros agravos deve ser compromisso das políticas públicas de saúde, voltadas ao cumprimento e efetividade dos princípios da integralidade (sem exclusão de serviços), universalidade (sem exclusão de indivíduos ou de grupos), equidade (garantidos a todos que estejam em condições equivalentes), gratuidade, participação comunitária e eficácia (LEAL, 2006, p. 1525).

A compreensão do direito à saúde, na Constituição Federal (1988) é ampliada, isto porque, além de apreender o entendimento curativo, expressa os signos das dimensões preventiva e promocional na tutela dos direitos fundamentais, *“de modo que o mais adequado seria falar, não em direito à saúde, mas em direito à proteção e promoção da saúde, inclusive com o fim a ser perseguido”* (SARLET, 2009, p.10).

Não se pode olvidar que as contribuições de documentos internacionais para a ampliação e concepção do direito à saúde como visto na atualidade, com reconhecimento progressivo de direito humano fundamental, o que vem sendo de grande valor, principalmente nas últimas décadas, visto que *“o dispositivo 196 não sofreu alteração desde a promulgação da CF/88, havendo tão somente a evolução benéfica do entendimento para uma realização mais adequada e efetiva do direito à saúde já delineada”* (MORAIS, 2003, p. 633).

Entretanto, essa verificação se dá apenas no judiciário, através do exercício de uma hermenêutica imbuída na compreensão da importância dos direitos humanos, consoante se depreende da análise do artigo 196 da CF/88, por SARLET (2009) indicando que a menção à *“recuperação”* no referido artigo, se refere à concepção de *“saúde curativa”*, garantindo o acesso aos indivíduos, aos meios de cura da doença/ melhora na qualidade de vida (nos casos de tratamentos contínuos).

Prossegue, aduzindo que as expressões *“redução do risco de doença”* e *“proteção”* reportam-se à noção de *“saúde preventiva”*, que tem como objetivo evitar o surgimento de doenças ou de danos à saúde (individual ou pública), por meio de ações e políticas de saúde, impondo deveres específicos de proteção, decorrentes da vigência dos princípios da precaução e prevenção, dentre outros (SARLET, 2009, p. 20).

Sarlet (2009) prossegue na análise do dispositivo legal, compreendendo o termo *“promoção”* que diz respeito à *busca de qualidade de vida, por meio de ações que visem a*

melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas, demonstrando a sintonia do texto constitucional com o dever de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como a garantia “do mais alto nível possível de saúde”, como prescrevem os artigos 2º e 12 do PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), cabendo aí as contribuições dos pactos e documentos internacionais, onde os Estados se comprometem a adotar medidas que visem a assegurar progressivamente e por meios apropriados, o exercício dos direitos reconhecidos no Pacto (SARLET, 2009, p. 21).

Desta forma é que os direitos humanos vem sendo invocado, segundo dicção de Boaventura Santos (1999):

“para preencher o vazio deixado pelo socialismo, erigindo três tensões dialéticas: a primeira estabelecida entre regulação social e emancipação social, de onde emerge o paradigma da modernidade. A segunda tensão refere-se à relação do Estado com a sociedade civil. A terceira tensão dialética, ocorre entre o Estado-nação e o que se denomina por globalização, onde a política de direitos humanos é uma política cultural está assentada em pressupostos culturais específicos”.(SANTOS, 1999, p. 11).

Nesta perspectiva atual, no domínio da terceira tensão dialética na crise entre Estado e globalização, abre-se uma verdadeira caixa de pandora, “onde sairão lado a lado, a tolerância e o racismo, o etnocídio e a criatividade cultural, sendo difícil prever o que prevalecerá, *“como se pode globalizar as diferenças sem esmagar, no processo, alguma delas?”*”(SANTOS, 1997, p. 12), cumprindo retomar o questionamento em sede de conclusão.

5.4 Direito à Saúde - Mínimo Existencial e Reserva do Possível

A noção do mínimo existencial, segundo prelecionado Torres, mencionando a teoria de Jellinek (1912), consiste *“no direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais, o que faz com que seja direito de status negativus e de status positivus”* (TORRES, 2009, p. 255), englobando a garantia, não apenas da sobrevivência física, mas ainda propiciando um suporte de condições materiais mínimas para uma vida saudável, com qualidade, fundado no princípio nodal da dignidade humana (artigo 1º, III CF/88).

Não é tarefa fácil definir os elementos que integram o mínimo existencial, no entanto, buscamos algumas bases para nossa discussão, e, segundo a construção da Teoria da

Hierarquia de necessidades (MASLOW, 1969), tem-se que a hierarquia das necessidades consiste na seguinte organização:

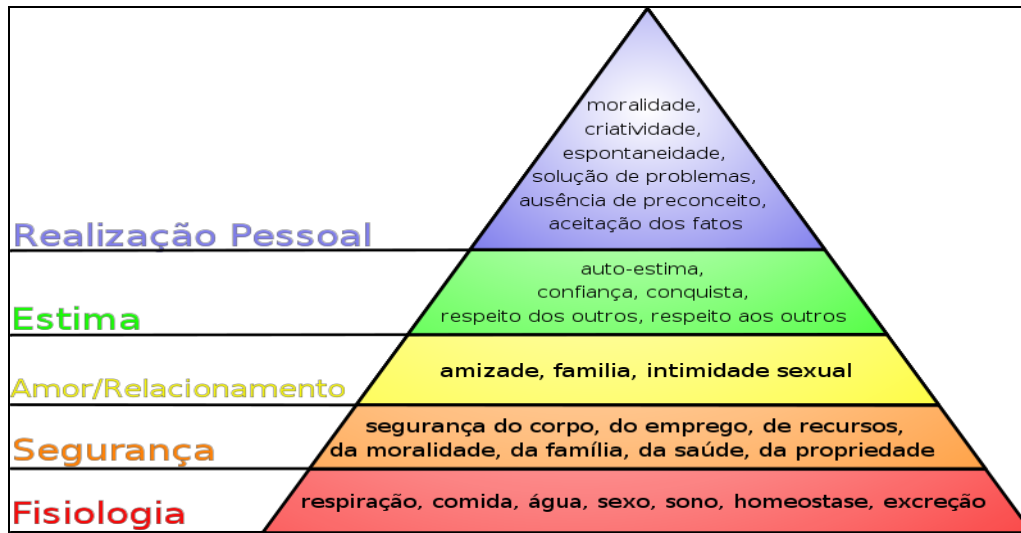


Figura 6 – Pirâmide de Maslow

Fonte: www.portaldomarketing.com.br/Artigos/maslow.htm

Entretanto, algumas críticas se colocam a esta teoria, sob o argumento de que as necessidades humanas fundamentais não são hierárquicas, sendo ontologicamente universais, é parte da condição de ser humano, onde a pobreza é o resultado de uma destas necessidades terem sido frustradas, negada ou não plenamente realizadas⁵⁶.

O mínimo existencial é oponível em face ao Estado, pugnando pela obrigação da prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, em havendo violação do direito, por ação ou omissão, justifica-se o controle jurisdicional, cujas decisões compõe as fontes para o reconhecimento do mínimo existencial.

Colimado na dicção de Norberto Bobbio (2004):

“... 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...”
(BOBBIO, 2004, p. 170)

⁵⁶ MANFRED MAX NEEF, teceu algumas críticas à teoria de Maslow. Fonte: <<http://www.fnq.org.br/site/itemID=316/369/default.aspx>> acessado em 12.07.2012.

Embora pouco agregue, e aprioristicamente impassível de quantificação, consoante dicção de Torres (2009), *“o mínimo existencial pode ser considerado como garantia pré-constitucional, como espécie de direito natural e que portanto, antecede o Estado constitucionalmente instituído”* (TORRES, 2009, p. 255).

Colimado assim na dicção de Vieira (2007):

“... quando se trata de direito à saúde, em que se pede medicamento ou tratamento médico, a relação com a vida e a dignidade da pessoa humana é presente em praticamente todas as situações. Então, tirando os casos aparentemente menos complicados de se resolver, como aqueles envolvendo tratamentos ou medicamentos sem eficácia comprovada ou que possuem alternativas de mesma eficácia e custo menor, os juízes não poderiam considerar questões envolvendo a reserva do possível...”
(VIEIRA, 2007, p. 214)

Por outro lado, a crítica a que se tece a tutela do mínimo existencial, consoante Ferraz e Vieira⁵⁷ (não publicado) reside no fato da inviabilidade da concessão para todos:

“...os critérios utilizados pelo judiciário no sentido de conceder a tutela no que tange a saúde, ainda que se trate de direito exigível – relacionado ao direito à vida e dignidade humana - de tratamento ou medicamento com eficácia cientificamente comprovada, sem alternativas, que apresente menor custo, ou seja, ainda que atenda ao cotejo do mínimo existencial, não se pode refutar a inexistência de recursos suficientes para atender a todos os casos, onde inevitavelmente alguns serão preteridos face a necessidade premente de outros. Argumentar o contrário seria defender que o sistema público de saúde no Brasil pode dispor para todos os seus cidadãos todos os melhores tratamentos para todos os problemas de saúde existentes, o que é irreal até mesmo para os países mais desenvolvidos (...) se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatóide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde”

Assim é que o direito à saúde pode consubstanciar um direito fundamental e um direito social ao mesmo tempo, no âmbito da proteção positiva obrigatória, relaciona-se ao mínimo existencial, todavia, *“a obrigação estatal não se esgota na garantia do mínimo existencial, devendo as prestações positivas obrigatórias do Estado serem complementadas pelas prestações de direitos sociais sujeitas à reserva do possível”*(TORRES, 2009, p. 243).

⁵⁷ FERRAZ, Otávio; VIEIRA, Fabíola. Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental. Não publicado.

O grande embate que a sociedade vem presenciando, é o problema da extensão e natureza exigível do direito à saúde, se a solução seria definir os limites nos quais tal direito poderia ser considerado um direito fundamental, motivando a obrigatoriedade da prestação estatal gratuita, ou apenas um direito social, fora do campo do mínimo existencial e dependente de escolhas orçamentárias e pagamentos de contribuições, o que, em um ambiente de recursos financeiros escassos, conduziria à exclusão de muitos, e significaria o retrocesso das lutas sociais já conquistadas.

Evidentemente, a análise de tais limites é o desafio que se impõe, atualmente, aos debatedores, gestores e legisladores, tendo em vista a complexidade que cerca o tema e os princípios a ele conexos.

Desta lacuna, demanda a aplicabilidade e conciliação com o princípio da reserva do possível, que, com o reconhecimento do mínimo existencial se torna cada vez mais limitado no tocante à saúde, mesmo considerando as conseqüências de destinação diversa daquela prevista do orçamento público para atendimento das demandas que fazem jus ao mínimo existencial.

O STF – Supremo Tribunal Federal teve importante papel na concepção ampliada da saúde, ao considerar que *“o direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida”*⁵⁸ decisão que se repercutiu nos demais tribunais os quais adotaram, a partir do artigo 196 da Constituição, uma fonte que legitimou a afirmação positiva e cogente das prestações públicas no campo da saúde em casos de omissão administrativa ou legislativa, carreado benefícios para a defesa do mínimo existencial fundamentando o direito à saúde, saindo da perspectiva de norma meramente programática.

As demandas de medicamento não tardaram a ter no Judiciário um aliado a assegurar o direito ao fornecimento, com fundamento na Lei 8080/90, a qual garante o acesso universal aos medicamentos, substrato do mínimo existencial. Todavia, não se pode refutar os excessos decorrentes desta interpretação não solucionado ainda pelos tribunais que não restringiram o direito apenas aos pobres e miseráveis, concedendo medicamentos caros e importados indiscriminadamente, até mesmo sem resultados comprovados (Torres, 2009).

⁵⁸ _____BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 271.286-RS, Acórdão de 12/09/2000.

O que de certo seria refutado, se o judiciário ao invés de julgar individualmente, determinasse a obrigatoriedade de implementação de políticas públicas adequada àquela demanda, voltado ao interesse tanto do indivíduo, como da coletividade, consoante se depreende da dicção de Machado (2009):

“É importante destacar ainda que mesmo a saúde sendo um atributo individual (conferindo, portanto, a cada pessoa o direito de exigir do Estado condições para gozar de boa saúde) sua garantia é realizável apenas por meios coletivos. Não é possível garantir condições de saúde a um indivíduo isolado sem que esta garantia seja extensiva para todos aqueles que partilham com ele o mesmo ambiente.” (MACHADO, 2009, p. 364).

Assim sendo, uma boa parte da doutrina brasileira vem olvidando esforços no sentido delimitar a tutela individual de prestações de saúde, colimado no mínimo existencial, reconhecendo o direito dos pobres e miseráveis e a obrigação do Estado de garantir a medicina preventiva e de urgência aos mesmos (TORRES, 2009).

A tarefa do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático, realizador da justiça social, ao passo que o papel da sociedade é organizar-se de maneira eficaz, proporcionando a fruição dos direitos humanos e uma vida digna (LEAL, 2001).

As contribuições do Estado emergem de forma tímida, com a promessa de organização e planejamento da saúde, como ocorre com o advento do Decreto 7508/2011 que regula a Lei 8080/90 que consubstancia a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, o que pode propiciar ações mais adequadas, delineando responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, disponibilização de recursos financeiros, dispondo ainda de formas de controle e fiscalização da execução, bem como demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde, o que de certa forma amplia o mínimo existencial.

De certo que outras ações estatais foram permeadas de diretrizes as quais pudessem levar à concreção da saúde, como o Pacto pela Saúde (2006)⁵⁹, criado sob três eixos: o pacto

⁵⁹ Portaria 399 de 22 de fevereiro de 2006. Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 2 de jan. 2012.

pela vida, o pacto em defesa do SUS e o pacto de gestão do SUS, um verdadeiro arcabouço de diretrizes operacionais.

O *pacto pela vida*, consiste no conjunto de compromissos, formulado pelas três esferas de gestão (governos federal, estaduais e municipais), com vistas em resultados, tendo como metas e prioridades a implantação eficaz de Política Nacional de Saúde do idoso, com atenção integral, redução de mortalidade materna, infantil e neonatal, por câncer de mama e útero, fortalecendo a resposta do sistema de saúde às doenças emergentes e endemias (dengue, hanseníase, tuberculose, malária e influenza), realizar Política Nacional de Proteção à Saúde pautada na prática de atividades físicas, alimentação saudável, combate ao tabagismo, consolidando e qualificando a atenção básica, fortalecendo a estratégia da saúde da família, podendo ser criadas novas metas e prioridades a cada um dos municípios.

O *pacto de defesa do SUS* impõe ações concretas e articuladas nas três esferas governamentais, com vistas a fortalecer o SUS com escopo de política de estado, muito mais abrangente do que qualquer política de governo (com característica passageira). A concretização desse pacto passa por um movimento de re-politização da saúde, retomando a reforma sanitária, com uma estratégia clara de mobilização social, tendo como bandeira a saúde como direito de cidadania e o financiamento público do setor um dos pontos basilares, mantendo a saúde como um direito realizável.

O *pacto de gestão do SUS* estabelece as responsabilidades de cada ente, contribuindo para o fortalecimento da gestão compartilhada e solidária do sistema. Pelo fato de ser o Brasil um país continental e extenso, as diferenças, particularidades e problemas regionais são variados. Mais do que definir normas regionais rígidas, é necessário avançar no sentido da regionalização e descentralização do SUS, respeitando as diferenças regionais, mediante garantia de acesso, resolutividade e qualidade às ações e serviços de saúde, racionalizando gastos e otimizando os recursos, possibilitando ganhos em escala nas ações e serviços de saúde, numa perspectiva de reforma contínua.

“não basta superar entre outros o intenso processo de privatização capitaneado pela medicina previdenciária, a dicotomia curativo-preventivo e o corporativismo na saúde (...) necessárias mudanças no modo de pensar e fazer saúde que se expressa na ampliação do conceito de saúde, e avançar a consciência sanitária acerca dos problemas de saúde, suas causas e as lutas para sua transformação” (MATTA et al 2009, p. 28).

O processo de reforma sanitária é contínuo precedendo de uma profunda reforma social muito além daquelas voltadas apenas a alguns seguimentos, mas que possa capitular as exigências das demandas reais, o que implica em repensar modelos superados (MATTA, et al 2009).

6 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada na investigação das concepções atuais da saúde conduziu-nos a uma digressão que externou as contribuições dos direitos fundamentais na compreensão da concepção social e legal da saúde, o que nos remete a algumas ponderações importantes, as quais não mantêm a pretensão de esgotar a temática, mas de trazer mais uma contribuição aos debates, com as seguintes ilações:

A evolução dos direitos humanos tem como ponto inicial os direitos naturais, os quais elencaram a princípio alguns axiomas que foram abarcados pelos direitos humanos, os quais adquiriram um contorno maior com o pós guerra, no sentido de reestruturar o cenário caótico econômico e social, erigindo a necessidade de normas delimitadoras do Poder Público em respeito à liberdade, elencando contornos através de movimentos ideológicos como liberalismo e iluminismo.

Com o advento da revolução industrial, as tensões e lutas sociais em prol do reconhecimento de direitos do trabalhador, que associado a outros movimentos (como da emancipação da mulher) pelo reconhecimento do indivíduo e sua participação social, propulsionados pelo movimento operário internacional, abarcou o reconhecimento de direitos individuais, evidenciando uma série de garantias ao trabalhador como carga horária reduzida, férias, salário, o que refletiu no cenário sanitário da saúde do trabalhador, preocupação do mercado industrializado.

No Brasil, a vinda da família real (1808) marca o início dos problemas sanitários que seriam enfrentados ao longo dos séculos, fazendo com que as doenças Européias também desembarcassem no solo nacional, colimando com cenário epidemiológico infestado por doenças como febre amarela, tuberculose, peste negra, entre outras.

A preocupação com os lucros e a mercantilização foi o ponta pé inicial para as primeiras ações de saúde pública no Brasil, buscando a preservação dos portos, e do comércio, base econômica do império, o que se deu com a Reforma Sanitária (1902), liderada por Oswaldo Cruz, com a vacinação compulsória dos populares.

A análise dos textos constitucionais não indicou uma preocupação com o direito à saúde, configurando uma preocupação que não fazia parte da agenda de trabalho dos governos

que se seguiam, tanto no império, como na monarquia, como na república, emergindo muito insipiente no constitucionalismo democrático, sempre visando proteger a força de trabalho, como no caso da criação das Caixas de Aposentadoria, Institutos e muito tempo depois a previdência social (1988), que manteve uma lógica contributiva, com mínimo enfoque assistencial.

A Constituição Federal (1988) foi o grande marco para o direito à saúde no Brasil, produto muito mais das negociações políticas do que das lutas sociais, resultando assim na concepção de um direito dicotomizado, em duas perspectivas: fundamental e social restando evidente que a saúde pública no Brasil ainda não alcançou o ideário da essência de uma garantia universal.

O direito a saúde vem se incorporando e tomando espaço como direito relevante, a partir das lutas sociais, do processo de redemocratização, com fortes contribuições do movimento de reforma sanitária que colimou na criação do SUS – Sistema Único de Saúde, e no reconhecimento da saúde como direito fundamental, herança de paradigmas da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

Os fatos históricos dão conta de que até a ratificação da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), as relações sociais foram marcadas pela tensão entre interesses econômicos os quais se sobrepujaram à consecução de reformas sociais, contradição que influenciou notadamente na compreensão e realização da saúde na ordem social brasileira até os dias atuais.

Por outro lado, os ventos dos direitos universais, exarados em documentos internacionais reconheceram os direitos humanos a todas as nações, conferindo garantias fundamentais ao indivíduo e impondo aos Estados o dever de ratificação dos compromissos em cada território, erigindo a necessidade de proteção de direitos sociais, no sentido de consagrar a igualdade entre os indivíduos, no qual o *“Estado se configura como “agente de processos transformadores”, no sentido de prestador de direitos sociais”* (PIOVESAN, 2004, p. 147).

O que evidencia a conjugação de elementos axiológicos os quais despontam para sentidos ontologicamente opostos, emergindo uma notória dicotomia de direitos, herança

transmitida às Cartas Constitucionais fundada na conciliação de um “contratualismo liberalista social”, que busca ainda hoje num caminho árido, conciliar o ideário de crescimento político econômico, com o bem estar social, este último jamais experimentado no Brasil.

O efeito dessas inferências consistiu na adoção de mecanismos de interpretação legal e sociais voltados à busca de maior efetividade de um direito que não se pode ver aprisionado nos textos legais, voltando-o assim ao atendimento da necessidade real do indivíduo, seja na perspectiva prestacional, seja na perspectiva de reconhecimento e tutela da vida, não escapando dos auspícios da regulação econômica, evidenciado no artigo 196 da Constituição Federal (1988).

É desta forma que o direito à saúde vem assumindo crescente relevância no passar do tempo, o que se pode observar é que, no contexto normativo, a disposição constitucional não sofreu nenhuma alteração desde sua promulgação (1988), inserido expressamente no artigo 196 da referida Carta Magna, mantendo a dicotomia ontológica e os embates de outrora.

Nesta toada, a saúde emerge hermeneuticamente, como direito indissociável ao direito à vida, construído concebido jurisprudencialmente, preconizado no dispositivo do artigo 5º da Constituição Federal (1988) tornando então a saúde hermeneuticamente um direito constitucional atrelado ao rol de garantias fundamentais de primeira geração, consubstanciando um direito de defesa, observada a máxima do mínimo existencial, no que pese a disposição expressa do artigo 196 da CF/88, o que culminou na compreensão que, embora reduzida a uma vertente prestacional, mas com garantias mais ampliadas conferido pela hermenêutica dos direitos universais.

Não obstante, no tocante à assistência social, enquanto instituto atrelado a saúde, não acompanhou a mesma perspectiva de garantia fundamental de primeira geração, permanecendo como direito social, delineando assim os traços de uma dicotomia de um único direito, de um lado, a saúde é interpretada como direito fundamental de primeira geração (gratuito, universal, integral) cotejado na lógica do mínimo existencial, e de outro lado, é compreendido como direito social apenas “daqueles que contribuem”, seguindo uma lógica contributiva distorcida, permeada pela razão da reserva do possível, concebido como direito de segunda geração.

A compreensão dessa ambigüidade emerge ante a própria contradição dos direitos fundamentais no contexto Constitucional, mais evidente na prática, visto que os Estados que incorporaram tais direitos em suas Cartas Magnas enfrentaram situações que transcendem a teorização, inferindo na funcionalidade prática no que tange ao reconhecimento e respectivo exercício desses direitos, para garantir o exercício da cidadania.

Embora constitucionalmente previstos, o grau de reconhecimento e realização dos direitos fundamentais estaria estritamente vinculado ao ideário político e econômico concebido pelo Estado, onde aqueles que tivessem assentados seus elementos formativos e axiológicos no liberalismo (que embora emerge os direitos humanos equidistante no entanto, das propostas sociais), privilegiam uma diretriz que vinculam as políticas sociais à possibilidade econômica, mitigando significativamente o reconhecimento dos direitos sociais e fundamentais decorrente dos direitos humanos, privando assim a população de se reconhecer como sujeito de produção e transformação social, tolhendo ou moldando o exercício da cidadania, dentro das pretensões estatais permissíveis, sendo este o desenho da Constituição Federal (1988).

Por outro lado, a medida em que o Estado reconhece verdadeiramente a importância do homem e sua inserção social como cidadão coadjuvante das transformações e desenvolvimento social, amplia o lastro de reconhecimento e aplicabilidade dos direitos fundamentais, conferindo maior espectro ao exercício da cidadania para uma sociedade mais justa, o que se tem verificado nos últimos anos, é a participação popular na busca de direitos os quais sequer reconheciam-se como titulares, diferentemente de um suposto reconhecimento do exercício desta cidadania por parte do Estado.

O direito à saúde passou então por todas as transformações sociais e políticas as quais permearam a construção do Estado brasileiro, recebendo roupagem diferenciada de acordo com os axiomas eleitos pelo Estado, progredindo significativamente desde a década de 80 marcado pelo movimento de reforma sanitária, seja ainda pela criação do SUS – Sistema Único de Saúde, consolidado na década de 90 pela sua Lei reguladora 8080/90, até os dias atuais.

A ascensão de políticas sociais (2002-2010) ainda tão ínfimas se comparadas a necessidade de transformação social que não se funda exclusivamente em ações afirmativas, e, embora colimem no significativo reconhecimento de direitos antes ignorados, são reconhecidos e efetivados ainda de forma insipiente, deveria sim, configurar um cenário de reforma sanitária contínuo, numa perspectiva de transformação social constante baseada na criação de mecanismos que viabilizem o efetivo reconhecimento e exercício da cidadania, que não é dado, mas construído.

Entretanto, ainda hoje é possível depreender a exclusão do homem marcado pelas desigualdades sociais, notadamente no exercício do direito à saúde, que, embora previsto como “*direito de todos e dever do Estado*” (artigo 196 CF/88), não alcança determinada camada da população que se encontra abaixo da faixa da pobreza, considerados moradores de rua, renegados pela sociedade e cerceados de acolhimento⁶⁰.

Os veículos de comunicação, os organismos judiciais, quando provocados podem explicitar a omissão estatal, e provocar a mobilização de pessoas no sentido de buscar mecanismos que viabilizem o acesso à saúde, que ainda se mantém distante do acolhimento de moradores de rua, não havendo cidadania, nem tão pouco direito à saúde destinada a essa camada da sociedade.

Na consideração da concepção de saúde no sentido ampliado, percebemos que o compromisso estatal para com a erradicação da pobreza extrema (Plano Brasil sem miséria) é marca de uma das Políticas Públicas implementadas voltadas ao enfrentamento das desigualdades sociais, implantando programas de erradicação da pobreza em cada município do Rio de Janeiro e demais estados brasileiros, com meta de retirar da linha da pobreza extrema mais de 16,2 milhões de brasileiros⁶¹, o que poderá contribuir para uma melhora de

⁶⁰ Fato verificado todos os dias, como na reportagem veiculada em 25/04/2012 “morador de rua sem atendimento médico em campo grande”, onde embora vários veículos estatais da saúde foram acionados, como a SAMU, UPA, Prefeitura, Secretaria Estadual de Saúde, Secretaria de Assistência Social, Corpo de Bombeiros, todos se escusaram ao atendimento, o morador de Rua, de alcunha Laércio não conseguia atendimento médico por ser morador de rua, sem documentação, com o pé direito gangrenado e com bicheira, onde os órgãos de saúde informaram que não poderiam atendê-lo por não ser urgência (SAMU), e os demais por não considerar caso de sua competência, indicando a moradora que promovia o socorro por mais de 15 dias, a procurar um carro e o levar ao UPA mais próximo, que também recusou atender ao homem. O atendimento só foi possível quando do registro de ocorrência policial de omissão de socorro, após a imprensa ser acionada, o homem foi removido para o hospital Rocha Faria para atendimento.

⁶¹ Disponível em <http://www.brasil.gov.br/search?searchableText=erradica%C3%A7%C3%A3o+pobreza&Portal_type=PloneArticle> acessado em 12 de março de 2012.

qualidade de vida, e conseqüentemente transformação do modelo atual de direito à saúde, ainda sob os auspícios do que é dado, fora do processo de construção social.

A pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, abrangendo os últimos 7 (sete) anos (2005-2011), nos permitiu uma compreensão acerca da crescente demanda de processos requerendo tutela jurisdicional do direito à saúde, o que indica três situações:

- 1) A omissão do Estado, que levou indivíduos a socorrerem-se do judiciário para intervir na sua inércia, na busca do exercício de um direito que não deveria ser requerido no judiciário, muito pelo contrário, deveria ser auto-executável, e respeitado pelo poder público, ante seu caráter essencial e fundamental.
- 2) Gera a necessidade de adotar uma hermenêutica transversa ao texto legal, que ensejasse verdadeiro construto ao exercício do direito à saúde, colimando assim numa perspectiva jurisprudencial e social de reconhecimento e efetividade do direito à saúde como uma garantia fundamental atrelada à vida, re-configurando toda a sistemática constitucional no tocante à saúde, o que é positivo, mas não se afasta os efeitos negativos desse movimento.
- 3) Assim, por outro lado, fragiliza a saúde na medida em que se torna um direito compreendido e exercido apenas sob os auspícios da intervenção judicial, de cognição instantaneamente exauriente, criando um processo de esvaziamento dos reais sentidos do direito à saúde, que não se pode realizar apenas no leito da justiça, sob a perspectiva prestacional individualmente, onde cada decisão judicial só faz retroalimentar o processo de esvaziamento dos axiomas autênticos de um verdadeiro direito a saúde, substituindo por uma lógica imediata e exauriente, prestacional de “saúde”, onde o direito em si se perde paulatinamente pela contradição dos valores em si.

Portanto, depreende-se que o reconhecimento da saúde como direito fundamental (de 1ª geração) é resultante de movimento “de baixo para cima”, ou seja, a provocação pelos indivíduos ou pela sociedade civil organizada de forma reiterada do judiciário para resolver

questões afetas ao Estado que por omissão ou negligência deixa de resolver, vem conduzindo a novas formas de compreender e conceder saúde⁶².

Assim é que instrumentos como a judicialização da saúde emerge e fomenta o cenário onde o mínimo existencial mantém sua máxima efetividade no âmbito da atenção à saúde com contenção mínima da reserva do possível, e por outro lado, no âmbito da seguridade social, se estabelece o modelo pautado na reserva do possível mantendo sua máxima efetividade contendo o mínimo existencial, criando um verdadeiro ciclo de aplicação principiológica da razoabilidade e proporcionalidade os quais são contraditórios entre si, dentro do campo de um único direito, criando uma área de tensão constante.

A pesquisa no deslinde da presente dissertação apontou que o direito à saúde é hodiernamente realizável a partir da concepção humanística, muito além da previsão legal, albergando a vida como bem supremo cingido à saúde, embora capitulado em lei como direito social, e que através de movimentos jurisprudenciais acaba por reconhecer a saúde como direito de 1ª geração, criando notória divergência entre direitos fundamentais positivados e os axiomas daqueles direitos fundamentais não expressos.

Esse reconhecimento emerge algumas celeumas, como a dicotomia entre a concepção dos direitos fundamentais consubstanciando duas modalidades de um mesmo direito, analisado na perspectiva do *direito de defesa* cotejado como direito fundamental de 1ª geração, oponível contra o Estado, e por outro lado, cotejado como *direito prestacional*, que garante ao indivíduo a prestação de serviços públicos.

Surge daí a contradição do direito à saúde, que decorre da visão prestacional (nominada reducionista por compreender que a saúde se resume a prestação de serviço), assim colocado como direito social de 2ª geração, em contraposição a concepção de saúde como direito fundamental albergado pelo *direito de defesa*, intimamente atrelado à vida.

⁶² O Ministério Público, bem como a Defensoria Pública, vêm se mobilizando no sentido de requer ao judiciário a determinação ao ente público de implementação de ações voltadas a saúde coletiva, como foi o caso ocorrido em Petrópolis em que a Defensoria Pública ingressou com Ação Civil Pública, tendo em vista as inúmeras demandas para laqueadura de trompa, pugnando que o Município implementasse nos hospitais da região Programa para laqueadura de trompa, concedendo prazo determinado para a oferta dos serviços, sob pena de aplicação de multa diária, o que poderia colimar com o bloqueio do orçamento municipal. Fonte: Jornal Diário de Petrópolis, 27 de março. “*A saúde é alvo da defensoria pública*”, 2011, p. 8.

Pelos elementos analisados em nossa pesquisa, pudemos depreender uma leitura de que o reconhecimento da saúde como direito fundamental à vida pelo judiciário, pode ser estratégico, e guardar um significado implícito, no sentido de manter uma construção do direito à saúde reduzido e afeto a prestação de serviços, logo adstrito na seara dos direitos de segunda geração, preponderantemente prestacionais, onde sua realização permanece sujeito a políticas econômicas e sociais, sendo forte ferramenta de contenção de direito.

Evidentemente que outros elementos permeiam essa concepção dicotomizada o que infere na possibilidade de um exercício mais ampliado do direito à saúde como por exemplo a formação de micro estruturas de poder, as quais determinam o que pode ou não ser levado ao conhecimento do indivíduo (Foucault, 2004), cotejado pela estrutura hegemônica que permeia o Estado, colimado com interesses econômicos, voltado as transformações de um capitalismo que vem se moldando sutilmente através de algumas políticas sociais, que estão mais voltadas para atender ao clamor econômico, do que as mazelas sociais impostas por esse modelo, aprioristicamente, levando ao entrave do desenvolvimento humano e social.

Desta forma, nos cumpre delinear algumas contribuições no sentido de compreender a saúde como direito fundamental, sendo mister a promoção do acesso à saúde de forma efetiva, aportando mecanismos multidisciplinares:

No **âmbito judiciário** a adoção de uma hermenêutica normativa diferenciada voltada a realização dos direitos humanos e garantias fundamentais nas sentenças proferidas, o que precede como verificado, de um rigoroso processo de informação e sensibilização de magistrados, na realização de um direito fundamental ampliado e coletivo, permeando uma verdadeira “humanização das decisões judiciais”;

No **âmbito estatal**, a criação de mecanismos voltados ao apoio e efetividade de políticas públicas criadas a partir de um escopo de inclusão social humana, reconhecimento e respeito das garantias fundamentais, o que precederá por certo um processo de transformação e sensibilização estatal;

No **âmbito da atenção na saúde**, emancipação dos profissionais da saúde no sentido de compreender e apreender os sentidos da saúde numa perspectiva humanística aplicada à

práxis na saúde, provocando uma transformação no projeto político pedagógico de formação do profissional da saúde e do seu cotidiano;

No **âmbito político**, o compromisso público para com a informação e educação humana, colimado com responsabilidade social na realização de valores universais esculpidos nos pactos e tratados internacionais, transformando as garantias fundamentais em realidade social cujas ações possibilitem a sua efetividade;

No **âmbito econômico**, a consideração dos fatores culturais, ambientais e humanos que possam ser cotejados dentro de um conjunto axiomático no sentido de propiciar uma justa distribuição de recursos econômicos, erradicando a pobreza a partir da inclusão social, com o reconhecimento da efetiva participação do homem no processo de transformação social.

Desta forma, a associação de ações com a participação popular provoca o processo de inclusão social e moral, o que consideramos eixo nodal na atenção e efetividade do direito à saúde, o que pode se dá através de representação por organismos da sociedade civil, ou mobilização coletiva, no sentido de reconhecer o papel do indivíduo na sociedade, participando e promovendo ações que visem à ampliação e reconhecimento do direito à saúde.

Com a promulgação da Lei Complementar 132 de 7 de outubro de 2009, trouxe fortalecimento para as Defensorias Públicas, que tem atribuição de “*defender e promover os direitos humanos*” (art. 1º), notadamente da saúde, o que sinala uma mudança no âmbito da tutela coletiva para a saúde, havendo assim notória participação ativa de um seguimento de representação para coibir o Estado em casos de omissão ou inércia.

De certo que os métodos de engendrar a participação popular no processo de inclusão deverá ser revestido de diferentes formas, inevitavelmente variável no curso da história, dependendo dos valores (sociais, econômicos, social-econômico) albergados pelo Estado, e pelo povo, tendo no efetivo exercício da cidadania o ponto essencial para as transformações sociais e humanas o que por certo permeará de forma positiva o processo de desenvolvimento social econômico, podendo romper com modelos hegemônicos mantidos.

As pretensões e os efeitos colaterais do reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde também devem ser cotejados.

Desta forma, o direito à saúde criou um novo arcabouço na Teoria dos Direitos Fundamentais gerando uma aparente antinomia axiológica do instituto (saúde), emergindo ora como direito humano social (art. 196 CF/88) – *seguridade social* - classificado assim no âmbito da segunda geração de direitos humanos, e em contra ponto surgindo como direito fundamental indissociável da *vida* (art. 5º caput) inserido na lógica dos direitos humanos de primeira geração, movimento necessário para fragilização do direito à saúde, fundado na contradição.

Compreendemos que, a esta contradição, que colimou numa dicotomia teórica do direito à saúde, dividindo-o entre a *atenção* (no âmbito da atenção médico-hospitalar) – que carregou toda a perspectiva universal e gratuita – contra a *seguridade social* – que manteve sua vertente contributiva e preponderância do interesse econômico - colocando-se tais contrapontos em disputa num cenário comum, consubstanciado num único direito, a saúde, abrindo assim espaço de contradições e supressão para realização desse direito, ponderado ora pelo mínimo existencial ora pela reserva do possível em diferentes perspectivas.

Nesta área de tensão de um único direito com valores encetados nele mesmo, consubstancia o que denominaremos verdadeira “**anti-axionomia**”, ou seja a previsão do direito constitucional da saúde, que se contrapõem em seus conteúdos: inseridos pelo Estado contra os autênticos - entre àqueles valores que fundamentam o Estado (legitimados pelo próprio Estado), delineado por interesses econômicos, contra àqueles valores que carecem na realidade de serem reconhecidos como axiomas autênticos decorrentes das necessidades constantes do homem (enquanto indivíduo) e ser social (coletivo).

Esse processo de tensão axiomático tende a esvaziar o direito à saúde de seu conteúdo autêntico, dando espaço à transformação do direito que passa a co-existir apenas nos limites dos interesses econômicos e políticos do Estado, perdendo gradativamente sua identidade e seu verdadeiro valor.

É desta forma que concluímos, nos parece que a tutela de interesses individuais pelo judiciário, ou a judicialização da saúde guarda um propósito distinto: tornar vulnerável o direito à saúde, a partir da simbiose entre o direito a saúde e a prestação em saúde.

No que pese ser solução singular a quem se socorre do judiciário, a judicialização se presta a fortalecer àquela legitimação estatal (conferida pelo próprio Estado a ele mesmo), isto porque, quando a tutela jurisdicional é realizada, na concessão de pedidos prestacionais no âmbito da saúde, corrobora para legitimar a saúde como um instituto prestacional individual, adstrito àquela demanda.

Nesta vertente, ocorre uma espécie de revogação do direito singularizada, a “*revogação social*”, onde a sociedade reconhece e aceita, sutilmente cooptada (sem perceber que assim o faz) que um direito tão relevante quanto à saúde passe a ser concebido como uma prestação de serviço ou fornecimento de bens e/ou serviços ante as ações reiteradas do indivíduo junto ao judiciário, o que colima para a construção de um futuro “*direito consuetudinário da saúde*”, baseado no fornecimento de bens e serviços, tão somente.

A esta tentativa de “criação” emerge um pseudo direito (transformado em serviço), muito mais baseado no hábito individual e reiterado (que acaba sendo coletivo pela pluralidade de indivíduos), pautado na intervenção do judiciário para realização da saúde, do que na fundamentalidade do direito em si, contribuindo ainda mais para a alienação social, dominação e contenção implícita de ações obstando a elevação da sociedade a uma verdadeira transformação social, e fortalecimento do direito à saúde.

Daí o sentido do engano na pseudo satisfação do indivíduo, que, ao ter sua tutela concedida, cria o falso sentimento de que está exercendo o seu direito à saúde, sem perceber que esse “direito” está mitigado, e reduzido àquela tutela judicial específica, estando adstrito tão somente a uma determinada prestação, onde seu suposto direito ali se exaure, o que não coaduna com a fundamentalidade do direito a saúde.

Desta forma, observamos que a concepção atual do direito à saúde se demonstra, como um direito que vem sendo enfraquecido e vulnerável, exauriente em si mesmo, sofrendo com o esvaziamento dos valores que expressem conteúdo autêntico de sua essencialidade fundamental, dando espaço a um conjunto axiomático contraditório que se presta a legitimar cada vez mais o Estado em prol de seus interesses políticos e econômicos onde a vida, nesta perspectiva se demonstra realizável contidamente, dentro de um universo hermenêutico propositado e voltado a reforçar o “Estado Democrático de Direito”, que se articula e faz a cooptação em favor próprio, sob os signos da (des) Ordem e (retro) Progresso.

REFERÊNCIA

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA-FILHO, N.A. **A problemática teórica da determinação social da saúde (nota breve sobre desigualdades em saúde como objeto de conhecimento)**. *Saúde em debate*, 2009, p.349-370.
- AQUINAS, T. **Summa Theologica**. Ed. Fathers of the English Dominican Province. Hampshire, Eyre & Spottiswoode, 1947.
- ARENDT, H. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. 6.ed. Rio de Janeiro: B. Brasil, 2006.
- ARINOS, A. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V.I, p. 188
- ARISTOTELES. **Política**. Trad. De Mário da Gama Kury. Brasília, Editora UnB, 1988, p. 16.
- ATENIENZA, M. **El sentido Del derecho**, p. 219-220
- AVELLAR, H.A. **História administrativa e econômica do Brasil**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fename, 1970. p.30 e ss.
- BARATA R.C.B. **A historicidade do conceito de causa: epidemiologia**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ABRASCO; 1985, p. 51
- BARROS-PLATIAU, A.F. *et al.* **"Direito internacional e globalização"**. *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 4, n.º 8, 1.º semestre de 2000, p. 27-42.
- BARROS, S.R. **Noções sobre geração de direitos**. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>. Acessado 11 Jul. 2011.
- BELLO, J.M. **História da República**. São Paulo: Nacional, 1956. p.199
- BOBBIO, N. **Presente e futuro dos direitos do homem**. In: _____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 170.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517
- BONAVIDES, P. **As quatro crises do Brasil Constitucional**. Crise e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 57.
- BRAGA, J.C. de S.; BARROS SILVA, P.L. **A mercantilização admissível e as políticas públicas inadiáveis: estrutura e dinâmica do setor saúde no Brasil**. In: NEGRI, B.; GIOVANNI, G. *Brasil: radiografia da saúde*. Campinas: Unicamp, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CANOTILHO, J.J.G. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra editora, 1991.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, 1.ª ed., vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 407-408.
- CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional Didático**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 76
- CELSO, A. **Porque me ufano de meu país**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1915, p. 32

- CERQUEIRA, J.G. **Sistema de direito do trabalho**. São Paulo: RT, 1961. v.1, p.160
- CERRONI, H. **La libertad de los modernos**. Martines Roca, 1968, p. 12.
- CICERO, M.T. **Tratado das Leis**. Trad. de Marino Kury. Caxias do Sul, Educs, 2004.
- COELHO, L.F. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45
- COELHO, L.F. **Saudade do futuro**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina e Fundação Boiteux, 2001.
- COHN, A. **As políticas sociais no governo FHC**. Tempo Social, São Paulo, USP, v. 11, n. 2, 2000, p. 29.
- CORREIA, S. **Introdução ao direito à saúde**. In: **Direito da saúde e bioética**. Lisboa: Lex, 1991. p.41
- COTRIM, G. **História e Consciência do Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.294
- CUNHA, J.R. **Direitos humanos poder judiciário e sociedade**. FGV: Rio de Janeiro, 2011, p. 9
- CZERESNIA D. **The concept of health and the difference between prevention and promotion**. Caderno de Saúde Pública. Fiocruz : Rio de Janeiro, 1999; Disponível <<http://www.scielo.br>> Acessado em: 3 ago. 2011.
- DONNANGELO, M.C. e PEREIRA, L **Saúde e Sociedade**. São Paulo: ed. Duas Cidades, 1976, p. 15-15.
- DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 17.
- DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2010, p. 425.
- DWORKIN, R. **A matter of principle**. Harvard University Press, 1985, p. 423
- ENGELS, F. **Anti-Dühring**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, p. 19-25
- ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. de Leonardo Konder. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1981, p. 36-38.
- _____. **“Crítica do Programa de Gotha.”** In: Marx, Karl & Engels, Friedrich. Obras Escolhidas, vol. 1. São Paulo, Editora Alfa-Omega, s/d.
- ESCOREL, S. **Saúde Pública Utopia de Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 333-434
- FAORO, R. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p. 105
- FARIA, T.W. **Dilemas e consensos: a seguridade social brasileira na assembléia nacional constituinte de 1987/1988 – um estudo das micro-relações político institucionais entre saúde e previdência social no Brasil**. Rio de Janeiro, 1997. 195 p. Dissertação (Mestrado em Saúde) – Programa de pós graduação do Instituto de Medicina Social – IMS, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1997, p. 13-29
- FARIA, T.W. **História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde**. In: **Políticas de Saúde: a organização e operacionalização do sistema único de saúde**. MATTA, G.C. et al(Org.), Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 29-60.

FERRAZ, O. VIEIRA, F. **Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades sociais no Brasil: equidade como princípio fundamental.** Não publicado.

FOUCAULT, M. **O Nascimento da clínica**, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1980, p. 10-10.

_____. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Microfísica do poder.** Tradução Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, p. 50-80.

GIOVANNI, G. **Brasil: radiografia da saúde.** Campinas: Unicamp, 2001.

GROTIUS, H. **O Direito da Guerra e da Paz**, 2 vols. Trad. de Ciro Mioranza. Ijuí, Ed. Unijuí, 2004.

HABERMAS, J. **A nova intransparência.** Cadernos CEBRAP. São Paulo, setembro de 1987. n°. 18, p. 103- 114.

HEIDEGGER, M. apud CASANOVA, M. **The epoch of the image of the world.** Vol. 5, n. 2 São Paulo, dezembro 2003.

HENKIN, L. et all. **International law: cases and materials**, 3.ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HOBBS, T. **Leviatã.** Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 52.

HOBSBAWM, E. **Universalism of the left, the new left review**, May/june 1996, n. 21. 1996, p. 12.

ISHAY, M.; GOLDFISCHER, David. **Direitos Humanos e segurança nacional: uma falsa dicotomia.** 1996. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/ishay_dh_uma_antologia.pdf> Acessado em: 5 de ago. 2011.

JACINTHO, J.M.M. **Dignidade Humana Princípio Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 116-117.

JELLINEK, G. **Sistema dei Diritti Publici Subbiettivi.** Milano: Societá Edittrice Libreria, 1912, p. 98, in TORRES, R. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179.

LAFER C. Trecho da mensagem do Min. das Relações Exteriores, por ocasião da abertura da exposição "**Visto para a vida: diplomatas que salvaram judeus**", Centro Cultural Maria Antonia. USP: São Paulo, maio de 2001.

LAMARCA, A. **Curso expositivo de direito do trabalho.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 1972,p.21

LAS CASAS, B.D. **Defense of the Indians.** Trans.Stefford Poole. Reproduzido com permissão de Northern Illinois University Press, Dekalb, IL, 1974, p. 27.

LEAL. R. G. **A efetivação do direito à saúde – Por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades.** In: LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato (organizadores). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.** v. 6, 2006, p 63-76/ 1525.

LEAL, R. G. **Teoria do estado, cidadania e poder político na modernidade.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 233-234.

LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. de Julio Fisher. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.36

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 67.

LOCKE, J. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 05

LOUREIRO, J. C. **Direito à (protecção da) saúde**. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Coimbra: Coimbra Editora (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), 2006, p. 657-692

LUBAN, D. **Just war and human rigths, philosophy and human affairs, winter**. Princeton University Press.1980

LUKES, S. **Five fables about human rigths**. In: Shute, Stephen & Hurley, Susan (eds.) **On Human Rights: Oxford Amnesty Lectures**. Reproduzido com a permissão de Basic Books, uma divisão de HarperCollins Publishers, Inc. 1993, p. 22-26.

MACHADO, F.R. de S. **O direito à saúde na interface sociedade civil e Estado**. Revista Trab. Ed. Saúde. V. 7, n. 2, jul/out. Fiocruz: Rio de Janeiro, 2009, p. 355-371.

MARX, K. **Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel**, in: *Manuscrítos econômico-filosóficos*. Tradução de Alex Martins. Tradução de Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45-59.

MARX, K. & ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. Trad. de Victor Hugo Klagsbrunn. Em Coutinho, Carlos Nelson et al. **O Manifesto Comunista 150 anos depois**. Rio de Janeiro, Contraponto/São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 1998.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 52-144

_____. **The jewish question**. In: Marx, Karl & Engels, Friedrich. *Collected Works* vol. 20, 1984 (a).

_____. **Instruction for Delegates to the Geneva Congress**. In: Marx, Karl & Engels, Friedrich, *Collected works* vol. 20. 1984 (b).

_____. **The Principle of Federalism**. Trans. Richard Vernon. Reproduzido com a permissão de University of Toronto Press, 1979.

MASLOW, A. H. **The healthy personality: readings**. Ed: Abraham H. Maslow & Hung-Min Chiang. NY: Van Nostrand Reinhold, 1969.

MATTA, G.C. et al(Org.). **Estado, Sociedade e Formação Profissional em saúde. Contradições e desafios em 20 anos de SUS**. Rio de Janeiro: EPSJV/ Fiocruz. 2009, p. 27-32

MATTA, G.C. et al(Org.) **Políticas de Saúde:organização e operacionalização do sistema único de saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 29-60.

MÉDICI, A.C. **Crise Econômica e Políticas Sociais: O Caso da Saúde no Brasil**. Tese de Mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP, em julho de 1988, Campinas, mimeo., 398p.

MENDES G.R.B. **Tecnologia e organização social das práticas de saúde: características tecnológicas de processo de trabalho na rede estadual de centros de saúde de São Paulo.** São Paulo: Editora Hucitec; 1994

MERLIN,C.C. **O direito e os direitos elementos para uma crítica do direito contemporâneo.** São Paulo: Acadêmica, 1988. Cap. II.

MILL, J.S. **Sobre a Liberdade.** São Paulo, Ibrasa, 1963, p. 23

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional.** 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 138

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes. 1993, p. 181.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais.**São Paulo: Atlas, 2009. p11-15

MORAIS, J. L. B. de; SCHWARTZ, G.A.; SOBRINHO, L. L. P. **Análise Jurídico-Constitucional do Direito à Saúde.** In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (organizadores). **Direitos Sociais & Políticas Públicas desafios contemporâneos.** v. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: Editora Edunisc, 2003. p 633.

NORDENFELT L. **Conversando sobre saúde: um diálogo filosófico.** Tradução de Maria Bettina Camargo Bub e Théo Fernando Camargo Bub. Florianópolis: Bernúncia; 2000, p. 136.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Constituição da organização mundial de saúde: preâmbulo.** Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.onu.org>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

PAIM, A. **Curso de Introdução histórica ao liberalismo.** Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Central da Universidade Gama Filho, 1996, p. 29

PEREIRA, A.G. et al. **Manual de direito internacional público,** 3.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

PIERUCCI, L.A. M. **Os novos cursos de medicina fazem mal à saúde?** Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, 2007.

PILATTI, A. **A Constituinte de 1987-1988 progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo.** Rio de Janeiro:Lumem Iuris, 2008, p. 319-320.

PIOVESAN. F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional,** 4.^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 129-147

PIOVESAN, F. "A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro", Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 51/52, jan./dez. 1999, p. 92

PLATAO. **A República.** Trad. de Carlos Alberto Nunes. Belém, Editora Universitária UFPA, 2000.

_____. **Górgias 515, clássicos gregos e latinos,** Edições 70: Lisboa, 1997, p. 35

POULANTZAS, N. **Poder político e classes sociais.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 11

PROUDHON, P.J. **What is property? An inquiry into the principle of right and of government.** Trans. Benjamin R. Trucker. New York, Humboldt Library of Science, 1902. © 1994 by Cambridge University Press.

RAEFFRAY, A. P. O. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. Edição. São Paulo: Saraiva. 2006, p 150

REBECQUE, H.B.C. de. **Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)**. Rio de Janeiro: Liber Iuris, 1989, p. 77

ROCHA, J.C. **Direito da saúde, direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1999. p. 39-42.

SANTOS, B.S. de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 11.

SANTOS, B.S. de. **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Revista crítica de ciências sociais, n. 48, jun. 1997, p. 12.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45(a)

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.(b)

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Ano 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/o_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_10_04_09.pdf> Acessado em: 5 dez. 2011.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 385

SÉGUIN, E. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 63.

SILVA, J.A.da. **Comentários à Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 211.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 168-170.

SOIBELMAN, L. **Enciclopédia do advogado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Tex Editora, 1996, pg 95-99

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 41.

TORRES, R.L. **O direito ao mínimo existencial**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 255-256

VANDERPLAAT, M. **Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública**. In: Saúde e Direitos Humanos. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33.

VIEIRA, F.S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, 2007, p. 214-222.

VIEIRA, O.V. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 120-126

XENOFONTE. **Ditos e feitos memoráveis de sócrates**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 63.

WERNECK VIANNA, L . **Americanismo e direito em Gramsci**. novembro, 2005. Disponível em: <<http://www.acessa.com/Gramsci/?page=visualizar&id=429>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

WERNER, P.U.P. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, v.9, n.2, jul./out. 2008, p. 102.

WEIS, C. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 35.

ZIPPELIUS, R. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 444.