

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

A PRECARIEDADE DA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: A QUESTÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE HEALTH PRECARIOUSNESS BRAZILIAN PUBLIC AND THE INFRINGEMENT FOR HUMAN RIGHTS : THE QUESTION OF HUMAN DIGNITY

**Danielle Garcia Alves
Otavio Augusto Reis de Sousa**

Resumo

O presente artigo destina-se a analisar o direito à saúde sob o enfoque dos direitos humanos, tendo como objetivo central a promoção do bem estar do ser humano e a consequente existência digna. Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana como guia, analisa-se a evolução histórica dos direitos humanos e a elevação do direito à saúde a categoria de direito social fundamental, com enfoque na prestação do serviço de saúde no Brasil. Avalia-se, por fim, a caótica situação da prestação da saúde pública no país, ferindo frontalmente a promoção de uma vida digna.

Palavras-chave: Direito à saúde; direitos humanos; dignidade da pessoa humana; saúde pública no brasil

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intends to analyze the right to health care from the standpoint of the human rights, with the goal to promote the welfare of the human being and the consequent dignified existence. Considering the principle of human dignity as a guide, it analyzes the historical evolution of human rights and the rise of the right to health care to the category of fundamental social right, focusing on the provision of health services in Brazil. The article evaluates, finally, the chaotic situation of the provision of public health in this country, wounding head on the promotion of a decent life.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health care; human rights; human being dignity; brazilian health care

INTRODUÇÃO

A civilização humana percorreu um extenso caminho até os dias atuais, sofrendo profundas transformações sociais, políticas, religiosas e econômicas que permitiram garantir direitos essenciais à pessoa na constante busca por uma existência digna.

Os Direitos Humanos nada mais são do que a consolidação das lutas históricas travadas pela busca por essa existência digna. Como afirmado por Hannah Arendt (2001), não configuram apenas dados soltos, mas uma compilação humana em constante processo de construção e reconstrução, fruto da nossa própria história, do passado e do presente, dentro de um espaço simbólico de luta e ação social.

Norberto Bobbio, em sua obra “A Era dos Direitos” (1992), afirmou que por mais fundamentais que sejam, os direitos do homem são direitos históricos, fruto de lutas em defesa de novas liberdades, nascidos de forma gradual.

Fábio Konder Comparato, na introdução do seu livro “A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos” (2005), afirmou que os seres humanos, apesar de todas as diferenças biológicas e culturais, merecem ser tratados com igual respeito, pois são “únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”. Desse modo, “nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação _ pode afirmar-se superior aos demais”.

Indiscutível, ainda, na visão de Comparato (2005), que “o curso de evolução do processo vital foi substancialmente influenciado pela aparição da espécie humana”. Surge, então, “um ser que é capaz de agir sobre o mundo físico, sobre o conjunto das espécies vivas e sobre si próprio, enquanto elemento integrante da biosfera”.

O nascer com vida, entretanto, nunca garantiu aos seres humanos a sua permanência na Terra e, por isso, o percurso histórico baseado nas lutas travadas pela própria sobrevivência acabou por reconhecer a pessoa humana como um valor, ou mesmo uma fonte, da experiência ético-jurídica.

Foi no período axial, compreendido entre os anos de 800 a.C e 200 a.C, que se deu a evolução dos grandes princípios e diretrizes fundamentais da vida em vigor até hoje. O filósofo alemão Karl Jaspers afirmou que nesse período surgiram as mesmas linhas de pensamento em três regiões do mundo, a saber China, Índia e Ocidente, tornando o

homem mais consciente de si mesmo e de suas limitações, compartilhando a ideia de que a sua salvação somente seria possível através da reflexão. Para Comparato (2005), foi no século V a.C, tanto na Ásia quanto na Grécia, que nasceu a filosofia, pregando a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Ainda naquele século, em Atenas, surgiram a tragédia e a democracia, que permitiram que a superação do poder político superior ao do próprio povo ocorresse quase que concomitantemente com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. A racionalização do período axial possibilitou, ainda, que as religiões tornassem-se menos ritualísticas e fantásticas, atuando de forma mais ética.

O culto universal a um Deus único, sem intermediações, alcança sua faceta mais pura em Israel, culminando com a exigência de amor universal por parte do cristianismo. As bases intelectuais para a compreensão do homem e o reconhecimento da existência de direitos universais estavam lançadas.

Por outro lado, o desenvolvimento do comércio e a aparição de uma nova classe, a burguesia, bem como o surgimento do Estado Moderno, possibilitaram a centralização do poder político, pondo fim à Era Medieval. Essa mudança de paradigma, aliada aos avanços científicos baseados na razão, permitiram uma mundialização da cultura.

Não se pode olvidar que os marcos simbólicos da Era Moderna, que representam ainda a essência dos direitos humanos como conhecidos nos séculos XX e XXI, foram extraídos da Revolução Americana e Francesa do século XVIII, que pregavam os direitos do Homem como universais e inalienáveis, baseados na existência humana abstrata e comum a todos. Embora seja certo que, na prática, os direitos proclamados nas referidas revoluções de fato não atingiam a todos indistintamente, a exemplo das mulheres, não há dúvidas de que contribuíram de forma incisiva para a consolidação dos direitos humanos.

Immanuel Kant, na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (2006), influenciando a temática dos direitos humanos, enfrentou a problemática da concepção da dignidade humana através do questionamento acerca de como o homem deveria agir para que sua ação fosse considerada “boa”, com a expectativa de que a dignidade da pessoa fosse um fim em si mesmo. As coisas possuem um valor relativo se comparado com o valor absoluto da dignidade humana, o que deve levar o homem a agir não só a favor da sua própria felicidade, sem prejudicar outras pessoas, mas também favorecendo, sempre que possível, o fim do outro.

O homem é o único ser vivo que direciona a sua vida em razão de preferências valorativas, de modo que a motivação egoísta da ação humana conduz a uma ação ruim. Por isso, Kant (2006) indica que essa motivação deve ser conduzida não pelo sentimento de satisfação, que logo se inclina para uma atuação egoísta, mas conforme estabelecida no “Dever” e por amor a esse “Dever”. A dignidade humana, assim, é o que diferencia o ser humano dos demais seres, devendo o homem ser considerado como um fim em si mesmo, e não como um meio para obter determinados fins.

Frase célebre de Kant em “À Paz Perpétua” (Kant *apud* TERRA, 2004), tornou-se lema da defesa dos direitos humanos: “A violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros.” É nessa toada que se afirmam os direitos humanos, postos em uma hierarquia axiológica prevalecente no meio social, embora nem sempre coincida com aquela consagrada no ordenamento positivo.

Ainda nesse sentido, Joaquim Herrera Flores (2009), ao tratar da complexidade dos Direitos Humanos e da base teórica para criação de uma Teoria Crítica, afirmou que os processos resultantes das lutas provisórias travadas pelos seres humanos tiveram como objetivo a possibilidade de acesso aos bens essenciais da vida, não se confundindo com o direito positivado, que se firma após esses processos de luta. Segundo ele, o acesso aos bens materiais e imateriais conquistados através do processo de humanização requer a exata compreensão do “porquê” e do “para que” desses direitos, no sentido de que reste evidente o motivo de todas essas lutas, bem como de onde se quer chegar.

É importante compreender que os Direitos Humanos não existem apenas para garantir a vida do indivíduo, mas principalmente para possibilitar que os seres humanos vivam dignamente, já que necessitam ter acesso a um conjunto culturalmente determinado de bens materiais e imateriais, de forma justa e igualitária. Não pode significar, desse modo, o simples direito de ter direitos.

Foram necessários, portanto, muitos séculos até que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo primeiro, tenha proclamado que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

O Direito à saúde surge intimamente ligado à melhoria da qualidade de vida do ser humano, transformando-se, ao ser disciplinado nas Constituições dos países, em

direito fundamental, e gozando de proteção jurídica no âmbito internacional - inserido no rol de direitos humanos – e no âmbito interno – como direito subjetivo assegurado pelo Estado, gozando de tutela jurídica.

O presente artigo intenta responder à seguinte questão: a qualidade da prestação dos serviços de saúde pública no Brasil é condizente com aquele direito social à saúde que emergiu da Declaração Universal dos Direitos Humanos e que busca zelar pela qualidade de vida?

A hipótese primária aponta que a prestação do serviço público de saúde no país, por diversas razões, encontra-se em colapso, o que repercute diretamente na concretização do direito à saúde de forma deficitária e precária, ferindo a existência digna do ser humano.

1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A temática dos direitos humanos firmou-se em todo o mundo através de profundas contradições. Se, por um lado, os ideais construídos na Revolução Francesa de 1789, baseados no fato de que os direitos dos seres humanos são anteriores e superiores a toda e qualquer organização estatal, pregavam a igualdade, a liberdade e a fraternidade, por outro o surgimento de Estados totalitários empreendeu uma marcante supressão dos direitos do homem.

A ocorrência de inúmeros conflitos internos ou entre países, e também das duas grandes guerras mundiais, fez surgir o chamado Direito Humanitário, que previa, de forma convencional ou consuetudinária, que os meios e métodos utilizados nas guerras evitassem ao máximo atingir pessoas e bens legalmente protegidos, minimizando os danos causados pelos conflitos. A convenção de Genebra de 1894 representou um enorme esforço normativo que visava proteger os direitos das pessoas envolvidas nos conflitos, fossem elas civis ou militares. É por esse motivo que se afirma que o Direito Humanitário, cujas bases foram solidificadas pela Convenção de Genebra e seus protocolos adicionais, pode ser apontado como pioneiro da internacionalização da proteção da pessoa humana.

Apesar do esforço exercido pelo Direito Humanitário, pela Liga das Nações, criada para a proteção dos refugiados após o final da Primeira Guerra Mundial e, também,

pela fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o impacto da Revolução Russa de 1917, e dos sucessivos movimentos em prol dos trabalhadores registrados na Europa e em outros lugares do mundo, as duas grandes guerras mundiais acabaram por devastar cidades na Europa e em diversas partes do mundo, expondo as atrocidades cometidas em nome do exercício do poder. O mundo encontrava-se polarizado: de um lado, o bloco capitalista e, de outro, o bloco socialista, às voltas com as reconstruções que precisavam promover em suas nações.

Em meio a vontade e a necessidade dos Estados em promover a defesa da paz mundial, fixando diretrizes de reorganização desses Estados, apesar da polarização mencionada, foi aprovada em junho de 1945 a Carta das Nações, que criava a Organização das Nações Unidas – ONU e objetivava, dentre outras coisas, implementar um sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Proveniente de um rascunho elaborado sob a presidência dinâmica de Eleanor Roosevelt, viúva do Presidente Americano Franklin Roosevelt, e visando romper com a era Hitler, marcada pela coisificação do ser humano, foi proclamada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que representou o reconhecimento universal dos direitos humanos e permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos.

Desse modo, os Estados Membros das Nações Unidas comprometeram-se a trabalhar uns com os outros para promover a concretização de todos os direitos humanos previstos na Declaração Universal que, pela primeira vez na história, tinham sido reunidos e codificados num único documento. Foi, portanto, o primeiro documento de caráter internacional que formulou um catálogo de direitos humanos para toda a humanidade. Como consequência, muitos desses direitos fazem parte, hoje, das leis constitucionais das nações.

Como afirmou Bobbio (1992), “a Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”.

Dallari (2006), por sua vez, observou que a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou três importantes objetivos: a certeza dos direitos, a segurança dos direitos e a possibilidade desses direitos.

Durante o seu processo de afirmação histórica, os direitos humanos sofreram mutações e passam por constante renovação. Desenvolveu-se, então, a teoria geracional de direitos que, segundo Ramos (2014), foi lançada pelo jurista francês Karel Vasak, em 1979, em conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos. Os direitos humanos, então, estariam classificados em três gerações, a saber: a primeira geração, que engloba os direitos de liberdade, onde o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo, sendo denominados direitos civis e políticos; a segunda geração, denominada direitos de igualdade, que requer uma ativa atuação do Estado no sentido de concretizar o direito de participar do bem estar social, sendo reconhecidos como direitos sociais e que abrange o direito à saúde, à educação, previdência social, habitação, entre outros; a terceira geração, reconhecida como direitos de solidariedade, de titularidade da comunidade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação e ao meio ambiente equilibrado.

Mais recentemente, Bonavides (2013) e outros estudiosos do tema passaram a defender a existência de uma quarta geração de direitos, resultante da globalização dos direitos humanos, que passou a englobar o direito à participação democrática, à informação e ao pluralismo. Contudo, Piovesan (2009) enfatiza que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage, de modo que a ideia de sucessão geracional resta inócua.

Nessa mesma perspectiva, afirma Ramos (2014), concordando com Cançado Trindade, que “a unidade dos direitos humanos é importante por estimular uma visão integral desse conjunto de direitos, todos essenciais para uma vida digna”, concluindo que “a visão fragmentada das gerações, então, deve ser afastada”.

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a ONU empenhou-se em elaborar um único tratado internacional de direitos humanos, procurando afastar a polêmica da teoria geracional dos direitos. Contudo, a polarização do mundo em bloco capitalista e socialista e o advento da guerra fria representaram um impedimento nesse sentido, já que não houve concordância acerca do peso dado aos direitos de primeira e segunda geração. Por isso, dois Pactos acabaram sendo elaborados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Interacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Como citado por Ramos (2014), os direitos sociais previstos no PIDESC, de 1966, ratificado pelo Brasil, abrangem “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família”, com o objetivo de promover uma melhoria contínua de suas condições de vida. Tratando especificamente do objeto desse estudo, o artigo 12 do mencionado Pacto previu expressamente o direito à saúde, através da criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. Necessário citar, também, a Convenção dos Direitos da Criança, com dimensão voltada especificamente para a saúde da criança e do adolescente, e da Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao direito interno, onde há referências expressas ao direito à saúde.

O reconhecimento universal dos direitos humanos, dentre eles o direito à saúde, e a luta pela sua efetividade têm pautado a agenda dos países nos planos nacional e internacional, sendo responsáveis, ainda, pelo surgimento de diversas leis, pactos, tratados e convenções, cuja importância expressa-se no caráter normativo que possuem.

2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O direito à saúde, nos primórdios das civilizações, era voltado basicamente para as ações curativas individuais, de modo que a preocupação em desenvolver um sistema de prevenção de enfermidades somente surgiu após a proliferação de epidemias, como a peste bubônica. Segundo Martins (2008), foi a partir da primeira metade do século XIX que o Estado passou a fomentar efetivamente a proteção social dos indivíduos, especialmente dos trabalhadores, em razão do processo de industrialização e urbanização que ocorriam notadamente na Europa.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu art. 25, previu que “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar...”, bem como todos os demais tratados, pactos e leis que dela decorreram, o direito à saúde passou a ser compreendido, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, como o *completo e prioritário bem-estar físico, mental e social*, deixando de ser definido apenas como *ausência de doenças ou seus agravos*.

Numa visão mais moderna desenvolvida pela OMS, a saúde passou a ser entendida como um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social *em interação com o meio*, aproximando-se de uma definição utópica de felicidade.

Nesse ponto, cabe destacar o pensamento de Hans Georg Gadamer, citado por Reimião (2008), sobre a saúde. Para o citado filósofo, a saúde nada mais é do que equilíbrio e harmonia, de modo que o corpo e a vida apresentam-se como uma espécie de dados experimentais que se movem ao redor da perda do equilíbrio, sempre à procura de novas posições desse equilíbrio.

Reimião (2008) faz uma interessante reflexão sobre o tema quando afirma que “numa perspectiva hermenêutica, os seres humanos, para além de uma análise do ponto de vista biológico, necessitam de ser considerados como sujeitos que reflectem e vivenciam uma experiência subjetiva da doença”. E vai além quando visualiza o surgimento da “necessidade de um conceito de saúde que não perca de vista o indivíduo e tenha sempre como referência a especificidade de cada pessoa”.

Em realidade, a saúde constitui um direito social básico para que se desenvolvam as condições de cidadania da população. A elevação do direito à saúde à categoria de direito social é fruto do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio guia dos sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

Os direitos sociais, por sua vez, correspondem aos princípios morais que permitem que os indivíduos possam satisfazer as suas necessidades básicas e possam respeitar a si mesmo e aos outros dentro do conceito de vida digna. Traduzem-se, segundo Martins (2008), como “verdadeiros direitos de crédito do indivíduo em face do Estado, instituindo o dever correlato deste de prover a sua concretização”.

Nesse contexto, não há como dissociar o direito à saúde da noção de cuidado defendida pelo filósofo francês Paul Ricoeur, como bem delineado por César (2011), para quem cuidar é respeitar, estimar, ter solicitude, reconhecer o valor da pessoa humana em si e no outro. Cuidado pressupõe, portanto, respeito, estima, solicitude e reconhecimento, traduzindo-se, assim, como busca da paz. Esse é um aspecto extremamente relevante quando tratamos da questão da saúde, pois, como veremos adiante, a prestação desse direito não pode ser exercida sem estar intimamente vinculada a uma atuação pautada na ética e diretamente relacionada à satisfação de condições mínimas para a realização de uma vida digna, sempre colocando o indivíduo em primeiro plano.

Importante mencionar que as principais tarefas da medicina estão relacionadas à promoção da saúde, à prevenção da doença, à recuperação do enfermo e à reabilitação do doente. A Carta de Ottawa de 1986, assinada durante a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, estabeleceu fatores de importância para ampliar uma política de saúde para todos, decorrentes das expectativas mundiais por uma saúde pública eficiente,

especialmente após os progressos alcançados com a Declaração de Alma-Ata assinada na cidade de mesmo nome, na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 12 de setembro de 1978, que tratou da atenção primária à saúde. Além destes, podem ainda ser citados o documento da OMS denominado “As Metas da Saúde para Todos” e os debates ocorridos na Assembleia Mundial da Saúde sobre as ações intersetoriais necessárias.

A questão da saúde surge e desenvolve-se intimamente ligada à melhoria da qualidade de vida do ser humano, passando a ser assim tratada nas Constituições dos Países, como a do Brasil, como será debatido no próximo tópico.

3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Os avanços tecnológicos e o grande volume de demandas sociais inseridos na complexidade da sociedade contemporânea têm exigido do Estado resultados mais eficientes e aptos a atender as necessidades desta coletividade.

O Estado, nesse novo modelo plural e democrático, vincula-se à progressiva promoção de determinados fins, salvaguarda da democracia e realização de uma justiça substancial que efetivamente promova uma transformação social. Esse mesmo Estado submete-se aos ditames da constituição e da lei, na promoção da proteção do indivíduo. A Constituição brasileira de 1988 (CF/88), ao erigir as políticas públicas como direitos fundamentais, ostenta o princípio da dignidade da pessoa humana como o de maior hierarquia, posto como fundamento da República já em seu art. 1º.

A dignidade da pessoa humana, sintetiza Ingo Wolfgang Sarlet (2010), pode ser compreendida como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Nesse sentido, a dignidade humana não pode ser vista apenas como um direito, mas como um atributo de todo ser humano, independente de nacionalidade, sexo, religião, posição social, etc.

A Constituição de 1988, dentre todas as constituições brasileiras, ineditamente consagrou expressamente o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana, afinada, segundo Sarlet (2010), com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, de modo que a saúde não só foi alçada ao patamar de bem jurídico tutelado constitucionalmente, como também erigido à categoria de direito fundamental.

Assim, apenas com a constitucionalização do Direito, ocorrida paulatinamente no início deste século XXI, com decisões judiciais reconhecendo como autoaplicáveis os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, atribuindo força normativa à Carta, o modelo de Estado do Bem-Estar Social se instaura em sua plenitude.

A partir de 1988, e mais ativamente nos últimos dez ou quinze anos, a Constituição Federal passou a gozar não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios.

Dessa forma, o direito a saúde no Brasil encontra-se previsto genericamente no artigo 6º da CF/88, juntamente com todos os outros direitos fundamentais sociais e, também, nos artigos 196 a 200 da mesma Carta, bem como é regido no plano infraconstitucional pelas Leis nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142/90 (Lei do Controle Social do SUS).

Nesse aspecto, vale transcrever paradigmática decisão do Supremo tribunal Federal:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 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 insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (STF, RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000).

O legislador constituinte brasileiro, na verdade, chancelou as proposições da Declaração de Alma-Ata já mencionada, que previa como meta a universalização de padrões aceitáveis de oferta em escala mundial de serviços de saúde até o ano de 2000.

No que diz respeito especificamente a Lei n.º 8.080/90, seu artigo 4º prevê que o SUS (Sistema Único de Saúde) é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.”

Como se vê, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo refletem, de certa maneira, a relação do Estado com o cidadão. A cada tomada de posição do Estado, quer seja econômica, quer seja política ou mesmo ideológica, haverá repercussão no Direito produzido. Embora o Estado não seja o único instituidor do Direito, e nem a Lei sua única fonte, certo é que no atual modelo de Estado, balizado pelo constitucionalismo e pelo positivismo jurídico, a relevância da produção estatal na teoria das fontes do direito é inegável.

Há muito, portanto, a saúde pública deixou de ser tratada exclusivamente como uma questão da medicina. A previsão constitucional e todas as leis infraconstitucionais, bem como todo o alicerce do direito internacional sobre o tema, permitiu que a obrigatoriedade do Estado em ofertar serviços de saúde passasse a constar na pauta do judiciário brasileiro. O direito a saúde adquiriu status de direito subjetivo, gozando de proteção judicial.

Ocorre que no Brasil, a todo instante, noticia-se nos meios de comunicação um cenário cada dia mais desconfortável para a sociedade, que suplica por socorro. Pacientes atendidos em macas nos corredores de unidades hospitalares, hospitais beneficentes sendo fechados, relatos do desespero de cidadãos que vão em busca de atendimento médico e padecem em filas intermináveis. Faltam médicos, material hospitalar e infraestrutura de atendimento, vivendo o usuário da saúde pública no Brasil uma situação de desespero.

A qualidade dos serviços de saúde pública prestados no Brasil não corresponde, portanto, ao direito social à saúde idealizado e previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo objetivo principal era promover qualidade de vida a todos os seres humanos.

4 A PRECARIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

As políticas públicas são um conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania. Voltadas ou não à saúde, ainda que relacionadas a proporcionar direitos, não nascem como norma jurídica, carregando sua índole de escolha política, indissociável da sua própria existência. O Direito, entretanto, por seus agentes provocadores e aplicadores da lei, têm demonstrado uma preocupação cada vez maior com a implantação de medidas que visam um maior controle jurídico e social sobre os objetivos postos como direitos sociais pela Constituição.

Diante do descaso da Administração Pública, ou mesmo da sua atuação omissa e/ou negligente na prestação do direito fundamental à saúde, não resta outra opção ao indivíduo que não recorrer ao poder judiciário. Contudo, a defesa técnica reiterada pela Administração Pública em litígios judiciais, embasada na alegada insindicabilidade do mérito, é lançada para servir como escudo à atuação judicial contra a má atuação da Administração.

O esforço doutrinário e jurisprudencial, por outro lado, tem permitido a construção de uma teoria mista, que identificou elementos vinculados dos atos discricionários, com a possibilidade de controle judicial destes aspectos: incompetência do agente, vício de forma, e desvio de finalidade.

Sobre a questão da discricionariedade, que envolve diretamente as escolhas da Administração Pública no que tange à prestação da saúde à população, importante destacar as palavras de Cardoso (2005), abaixo descritas:

O tema discricionariedade administrativa se encontra umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade. Mais precisamente, na medida em que a relação entre a norma jurídica e a atividade administrativa seja mais ou menos estreita. Oscila entre uma noção mínima – *relação de compatibilidade* -, e uma noção máxima – *relação de conformidade*. Na primeira hipótese, há lugar para o poder discricionário; na segunda, fala-se em competência vinculada. A discricionariedade, portanto, configura um resíduo de liberdade decisória resultante da forma que determinado tema foi disciplinado por lei. É técnica utilizada pelo legislador em razão da impossibilidade de tudo se prever na letra da lei, mas é apenas dentro das fronteiras da lei que pode vicejar a liberdade administrativa.

Não resta dúvida de que o agigantamento do poder executivo acabou prejudicando a prestação da saúde de forma eficaz e digna. Daí o fortalecimento de princípios constitucionais que, somados a um conjunto de regras e teorias limitadoras da discricionariedade, servem de baliza ao arbítrio da Administração.

Compreendendo a Constituição como uma espécie normativa com atributo de força vinculante, eventual caráter programático da norma relacionada aos direitos sociais, com baixa densidade normativa, deixa de ser impeditivo à sua efetivação. Na verdade, trata-se de normas cogentes que se referem a políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial. Previstas na Constituição, ou mesmo em leis, o judiciário, provocado, pode obrigar o executivo a implementar os deveres do Estado Social. Não estará o judiciário atuando contra a sociedade, mas em nome dela.

A implantação de políticas públicas torna-se uma questão problemática especialmente quando o tempo de resposta do Estado não se ajusta à premente necessidade do cidadão. A burocracia, em sua acepção vulgar, engessa a Administração Pública e a torna ineficiente à consecução dos direitos sociais.

O que se vê na atualidade é uma enxurrada de ações judiciais que visam garantir o direito à saúde aos brasileiros, e isso tem ocorrido em razão da situação precária em que se encontra a prestação da saúde no país. Por esse motivo, a insindicabilidade do mérito no tocante à prestação da saúde não tem se sustentando perante as cortes, que, demandadas, acabam por obrigar o poder público a agir.

A caótica situação da saúde tem como uma de suas causas à atual prestação em rede do serviço de saúde por parte da Administração Pública. Na prática, e diante da escolha do legislador brasileiro, a saúde pública é prestada diretamente pelos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e integrantes da administração indireta) e por entes privados, sejam eles contratados ou conveniados pelo gestor público da saúde. Essa falta de padronização da estrutura organizacional ou de prestação de serviços, bem como a precarização dos vínculos dos profissionais de saúde têm acarretado uma visível piora da saúde brasileira. Some-se a isso, ainda, o descaso político e a falta de estrutura dos entes federados.

Esta fracionada organização – ou desorganização – sem nenhuma padronização em termos de estrutura organizacional ou de prestação de serviços em si, faz ver a

realidade da Administração Pública brasileira atual: uma caótica Administração Pública em rede, com a colaboração de um conjunto de entidades de natureza jurídica díspares...

Inevitável, ainda, citar os atos de corrupção que assolam o país e atingem diretamente cada um dos brasileiros. A desestruturação dos prestadores de saúde dentro do modelo adotado pelo país possibilita, e até mesmo facilita, o desvio de dinheiro público, relegando o indivíduo ao plano do total desrespeito.

Como consequência, verifica-se uma saúde pública prestada de forma deficitária e ineficiente, com escassez de recursos que não permitem garantir um mínimo existencial para o indivíduo, nem a definição de um padrão de integralidade de atenção à saúde.

CONCLUSÃO

Da construção teórica desenvolvida no presente artigo pode-se concluir que a saúde pública no Brasil pede socorro. Embora o direito à saúde, protegido no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, encontre guarida no texto constitucional e na legislação infralegal do país, isso não tem sido suficiente para garantir uma prestação justa e eficiente. Na prática, os indivíduos veem-se obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para ver o seu direito garantido, o que, se por um lado atende à demanda individual, por outro causa ainda mais desajuste na programação da prestação da saúde por parte da Administração Pública.

A desorganização estrutural no sistema de saúde adotado pelo Brasil, prestado por entidades das mais diversas naturezas jurídicas e sem nenhum tipo de padronização, contando ainda com inúmeros tipos de vínculos dos profissionais da saúde com o poder público e com as entidades conveniadas, também afeta a prestação desse direito. A atuação eficaz do profissional resta comprometida e o resultado que se procura obter não é alcançado.

A prestação ética dos serviços de saúde, levando em conta em primeiro plano o indivíduo e seu bem estar, procurando garantir-lhe um mínimo existencial nos moldes idealizados pelos Direitos Humanos, de fato não tem ocorrido no país.

Conclui-se, dessa forma, que a obrigação do Estado brasileiro, através de sua Administração Pública em zelar pela aplicação do direito fundamental à saúde não vem sendo exercido a contento, atingindo frontalmente o princípio guia da dignidade da pessoa humana, tão festejada e almejada na construção dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. 3. Reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAGÃO, Selmo Regina. *Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1996

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÉSAR, Constança Marcondes. “O cuidado em Paul Ricoer”. In: PEIXOTO, Adão José; HOLANDA, Adriano Furtado (Coords.). *Fenomenologia do cuidado e do cuidar: perspectivas multidisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2011.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Atlas, 1993.

FLORES, Joaquin Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. De Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução: Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1990, *apud* TERRA, Ricardo. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret Editora, 2006. Texto integral.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 23 março de 2015.