

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto; Fernando de Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-223-1

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

1. A ANÁLISE DA LETALIDADE DA COVID-19 NO ESTADO DO PARÁ COMO INDICATIVO DE EQUIDADE NA SAÚDE - José Claudio Monteiro de Brito Filho, Peterson Pedro Souza E Sousa, Laís de Castro Soeiro. Comparou dados da COVID/PA com outros estados. Taxa de letalidade do PA está em 4,2%, considerada alta. Concluiu-se que mortes poderiam ter sido evitadas se houvesse uma gestão melhor e uma estrutura melhor.
2. A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) PARA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PANDEMIA DA COVID-19 - Caroline Fockink Ritt, Luiza Eisenhardt Braun. O SUS é fundamental para a população mais pobre. Resultados: taxa de letalidade da COVID no Brasil, para pretos /pardos, é mais alta do que para brancos.
3. DIREITO À SAÚDE VERSUS ECONOMIA: REFLEXOS DA EC N° 95 APÓS A INSTALAÇÃO DA PANDEMIA OCACIONADA PELO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL - Rogério de Miranda Ciqueira. Visualizou a questão da aplicação de valores mínimos na saúde (EC 29/2000). Há mais demanda que oferta no SUS, e os estados estão limitados pela LRF.
4. A INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA COVID-19 NO BRASIL - Álvaro Russomano Goñi. NÃO HOUVE APRESENTAÇÃO
5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM FACE DA OMISSÃO DO PODER EXECUTIVO - Davi Pereira Remédio, Tiago Pereira Remédio, José Antonio Remédio. Análise da efetivação dos DDF. Direito à saúde é DF, assegurado pelo Estado (196, CF). Poder Judiciário deve atuar de acordo com a CF, protegendo a dignidade da pessoa humana.
6. A JUSTICIABILIDADE DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS NAS JURISCULTURAS DO BRASIL, COLÔMBIA E ÁFRICA DO SUL - Edinilson Donisete

Machado, Alessandra Brustolin. Verificar experiências destes países com a judicialização. O próprio STF estimula a judicialização. Na África do Sul, a Suprema Corte adotou uma visão mais utilitarista e restrita do direito à saúde.

7. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO - Adriano Fernandes Ferreira, Ana Raquel Martins Grangeiro. O recurso público à saúde é escasso e mal empregado. O SUS é fundamental na pandemia. AM tem 62 municípios, com 40 por acesso exclusivamente por barco. O atendimento é precário. Não há UTI no interior do AM. O direito à saúde é transnacional.

8. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO COMBATE AO COVID-19 NO MUNICÍPIO DE BELÉM NO QUE TANGE A TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÃO E O SEU MONITORAMENTO - Patricia Lima Bahia Farias Fernandes, Ricardo Santiago Teixeira. O fluxo de recursos geridos na COVID 19 é colossal. É necessário avaliar e fiscalizar esses gastos, o fluxo de informações é falho. Belém foi a pior cidade em transparência nas informações.

9. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO BÁSICA NO BRASIL - Yasmin Sales Silva Cardoso, Arianne Brito Cal Athias. A cláusula da reserva do possível não pode impedir a efetividade de políticas públicas. O direito à educação não é viabilizado pelo poder público e a cláusula da reserva do possível é sempre arguida pelo estado.

10. A EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: QUE INDIVÍDUOS QUEREMOS FORMAR? - Ivan Dias da Motta, Yasmine De Resende Abagge. Tecnologia na educação. Falta treinamento aos professores. A educação se manifesta em várias dimensões, tecnologia é apenas uma ferramenta. O foco deve ser formar cidadãos.

11. DA DOR NO CORPO À DOR NA ALMA: AS MARCAS DEIXADAS PELA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - Eduardo Ritt, Aline Kurz. A violência doméstica é silenciosa. O Brasil foi punido internacionalmente, o que estimulou a criação da Lei Maria da Penha. A violência física é normalmente precedida de xingamentos.

12. A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL INFANTO ADOLESCENTE - Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, Karyta Muniz de Paiva Lessa. Gestão das políticas públicas são fundamentais, mas demandam participação da sociedade em prol das crianças e adolescentes.

13. DIREITO À MORADIA E AS POLÍTICAS HABITACIONAIS BRASILEIRAS - Frederico Leão Abrão, Andrea Abrahao Costa. Direito à moradia não é sinônimo de casa própria. Há outros caminhos. O déficit habitacional tem um viés muito econômico, muito voltado ao empreendedor. O tema é multidisciplinar, envolve várias áreas.

14. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O CUSTO POLÍTICO PARA O SISTEMA DE JUSTIÇA - Joaquim Carvalho Filho. A judicialização é circunstancial e o ativismo também. A politização é algo mais permanente. O STF influencia todo o sistema jurídico, disseminando posturas pouco técnicas.

15. O ESTADO DE NECESSIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS MEDIDAS DE RESTRIÇÃO DE INGRESSO DE ESTRANGEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL - Valmirio Alexandre Gadelha Junior, Hannah Torres Danciger. O interesse público deve sobrepujar o privado. O Estado de Necessidade Administrativo exige tratamento diferenciado para situações anormais, como a pandemia COVID 19. No caso da pandemia, não houve tratamento xenófobo com relação aos estrangeiros.

16. PANDEMIA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: REPENSANDO A REINSERÇÃO DO TRABALHADOR RESGATADO A PARTIR DE UMA POLÍTICA EMANCIPATÓRIA - Vitor Hugo Souza Moraes, Cassius Guimaraes Chai. O trabalhador escravo precisa ser reinserido no mercado de trabalho. Prevenção: conversar sobre o trabalho escravo. Combate: identificar e agir em relação ao trabalho escravo. A reincidência das vítimas no trabalho escravo é alta, cerca de 50%.

17. EMPOBRECIMENTO SEM CAUSA DOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS - Rian Carlos Santanna. O regime de previdência dos servidores públicos deveria ser diferenciado e tratado em lei específica. Esse vácuo está empobrecendo o servidor aposentado.

18. TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA E IMPACTOS NO DIREITO DE APOSENTADORIA: UMA CRÍTICA AO ETARISMO - Vinícius Almada Mozetic, Mariana Carolina Lemes, Daniel Roxo de Paula Chiesse. O aumento da expectativa de vida está influenciando a concessão de aposentadorias. Os idosos não podem ser vistos como custos. Etarismo é a discriminação etária, tal como racismo ou sexismo.

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO HEALTH AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF THIRD DIMENSION

Adriano Fernandes Ferreira ¹
Ana Raquel Martins Grangeiro ²

Resumo

Este artigo objetiva analisar a viabilidade e as consequências jurídicas de considerar o direito à saúde como integrante da terceira dimensão dos direitos fundamentais. Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo; método de procedimento, o comparativo; e a técnica de pesquisa, a documentação indireta através de pesquisa documental e bibliográfica. Verificou-se que há um paralelismo entre (a) as tensões das forças produtivas e econômicas no seio do Estado, (b) a evolução do modelo estatal; (c) as dimensões dos direitos; (d) a proteção dos direitos fundamentais. Assim, buscou-se entender a saúde como direito difuso transnacional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direito à saúde, Direito público subjetivo, Direito difuso, Tutela global do direito à saúde

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the feasibility and legal consequences of considering the right to health as part of the third dimension of fundamental rights. For that, the approach method used was hypothetical-deductive; procedure method, comparative; and the research technique, indirect documentation through documentary and bibliographic research. It was found that there is a parallel between (a) the tensions of the productive and economic forces within the State, (b) the evolution of the state model; (c) the dimensions of the rights; (d) the protection of fundamental rights. Thus, we sought to understand health as a diffuse transnational right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Right to health, Subjective public law, Diffuse right, Global protection of the right to health

¹ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha (2014). Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. Correio eletrônico: adrianofernandes3@hotmail.com

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Aluna especial da disciplina Panamericanismo e Sistema Interamericano do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas.

I. INTRODUÇÃO

Classicamente, os direitos fundamentais são agrupados em três dimensões: as liberdades civis e políticas, os direitos prestacionais e aqueles difusos e coletivos. A evolução de tal arcabouço jurídico acompanha o desenvolvimento do Estado em de Direito, de Bem-Estar Social e Democrático de Direito.

Tal situação é oriunda das tensões existentes no âmbito da própria sociedade entre o modo de produção e os direitos garantidos. Direitos possuem custos, dependendo, assim, de uma economia de mercado saudável. Observa-se, pois, um paralelismo entre (a) as tensões das forças produtivas e econômicas no seio do Estado, (b) a evolução do modelo estatal; (c) as dimensões dos direitos; (d) a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o direito à saúde é analisado, em regra, como direito fundamental de segunda dimensão, que demanda uma atuação positiva do ente público para ser executado, oriundo da concepção de Estado de Bem-Estar Social. No Brasil sua efetivação se dá tanto por meio de atividades sanitárias realizadas pelo SUS, quanto por toda a sua rede regionalizada de acesso à saúde.

Ocorre que o avanço do capitalismo de maneira globalizada acaba por minar um dos pressupostos iniciais do surgimento do Estado Moderno: a centralização de poder em uma personalidade soberana, inicialmente o monarca, em seguida o povo e, logo após, o próprio Estado.

Promovendo, portanto, o espraiamento de poder para novos centros que, em muitos casos, são bem distantes do território estatal. Há como consequência, uma remodelação no conceito de soberania nacional para uma espécie de acordo internacional.

Assim, o presente artigo objetiva analisar a saúde como integrante, também, da terceira dimensão de direitos fundamentais como consequência da evolução do capitalismo globalizado e da crise da soberania estatal, com a aplicação do princípio da precaução.

Para tanto, o método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, porquanto, partindo do questionamento acima apresentado, serão eleitas hipóteses a serem confirmadas ou refutadas.

A seu turno, será adotado, como método de procedimento, o comparativo, porquanto as soluções à problemática ora lucubrada apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência serão comparadas com a estrutura do direito fundamental à saúde.

Por sua vez, a técnica de pesquisa utilizada será a documentação indireta através de levantamento de dados mediante pesquisa documental e bibliográfica da doutrina, bem como de entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Nesse quadro, será abordado, no primeiro item o perfil clássico da tutela da saúde, ou seja, entendido como integrante da segunda dimensão de direitos fundamentais, bem como sua estrutura analítica.

No segundo tópico, serão analisadas as tensões existentes no seio do Estado e suas repercussões na seara da tutela dos direitos fundamentais a fim de perquirir se existe paralelismo entre a evolução de ambos os institutos.

No terceiro tópico, será estudada a viabilidade e consequências jurídicas da percepção da saúde como integrante, também, da terceira dimensão de direitos fundamentais, com especial influxo do princípio da precaução.

II. O DIREITO À SAÚDE COMO INTEGRANTE DA SEGUNDA DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERFIL CLÁSSICO DE TUTELA À SAÚDE

Definida à luz da Organização Mundial de Saúde - OMS, a saúde pode ser compreendida como sendo “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.” (OMS, 1976).

Ora, a saúde é um fator essencial para o desenvolvimento da qualidade de vida, e para tanto, após marchas e contramarchas no histórico constitucional, passou a ser assegurada nos artigos 5º e 6º, caput, da Carta ora vigente. O indivíduo só conseguirá fruir das suas faculdades se tiver sua saúde integralmente preservada. Afinal, o direito à vida depende, necessariamente, do direito à saúde. A Carta Magna de 1988, ainda, destina uma seção para tratar da Seguridade Social que está compreendida entre os artigos 196 a 200.

Assim, possui natureza de direito fundamental de segunda geração, requerendo uma atuação positiva do Estado a fim de efetivá-lo. Para melhor entendimento e fins de precisão

metodológica, impende rememorar, brevemente, as dimensões de direitos fundamentais preconizadas pela doutrina.

Os direitos de primeira dimensão podem ser entendidos como sendo aqueles em que o Estado não pode intervir, ou seja, carregam um status negativo de não violação na esfera individual. São os direitos de liberdade presentes na Constituição Federal.

Neste sentido afirma Paulo Bonavides (2006, p.563-564)

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Paralelamente ao surgimento do Estado de Bem-Estar Social há a eclosão da segunda dimensão dos direitos fundamentais: aquela que vem a salvaguardar os direitos mínimos do indivíduo a fim de que se viva com dignidade. São aclamados como direitos sociais, econômicos e culturais. Conhecidos como direitos positivos que devem ser ofertados pelo Estado frente às necessidades do indivíduo, a saber: educação; saúde; trabalho; lazer; segurança; assistência social e outros.

Nesta esteira reza Themistocles Brandão Cavalcanti (1964, p. 197)

Assim, o direito ao trabalho, à subsistência, ao teto, constituem reivindicações admitidas por todas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento de condições econômicas, ou, pelo menos, uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia demasiadamente absorvente dos interesses economicamente mais fortes.

Por sua vez, os direitos de terceira dimensão nascem num momento de tensão pós Segunda Guerra Mundial, em que é necessário pensar o indivíduo para além das barreiras geográficas, ou seja, integrando-o com o todo. Surge, neste momento, a necessidade de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

Na verdade, estes direitos são a soma das duas dimensões anteriormente citadas. Eles carregam um alto teor de humanismo e universalidade. Bonavides (2006, p.565) endossa ao afirmar que:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim do século enquanto direitos

que não se destinam especificamente à proteção dos direitos de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio da humanidade.

Há muito se questiona acerca dos direitos de quarta e quinta dimensão. A bandeira é levantada, novamente, por Bonavides ao apresentar que os dois últimos não vêm a substituir os três primeiros, muito pelo contrário. Os três inaugurais são conhecidos por formarem a base sólida da democracia capaz de proporcionar a integração à uma sociedade aberta, plural.

Nota-se, portanto, que o resultado da integração é o objetivo do estudo dos direitos da quarta dimensão: o pluralismo e a democracia. O precursor leciona que (2006, p. 571):

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Já os direitos de quinta dimensão ou geração são aqueles que estão inseridos num plano mais transnacional, ou seja, que necessitam de uma união entre Estados para que ele pudesse ser garantido. É o caso do direito à paz. É o chamado transconstitucionalismo que permite o surgimento de organizações centralizadoras do poder e tribunais que hierarquizam as interpretações.

Acabando, portanto, a ensejar uma constitucionalização do direito internacional através de uma visão cosmopolita. Ou seja, ultrapassar as barreiras geográficas a fim de garantir uma decisão jurídica mais harmônica, equilibrada com os posicionamentos no plano internacional.

A melhor compreensão do direito à saúde demanda, ainda, a análise da estrutura lógica da norma constitucional, porquanto a incidência deontológica¹ pressupõem a conexão entre o mundo do ser e do dever-ser. Tal relação, na estruturação da norma jurídica, ocorre

¹ Distingue-se a ontologia, referente ao ser, da deontologia, referente ao dever-ser. Ressalte-se que o direito é construído em raciocínios deontológicos, prescritivos (Se A, B deve ser) e não descritivos (Se A, é B).

pela previsão abstrata de fatos ou atos que, se concretizados, acarretarão a consequência jurídica preconizada pela norma. É o que se denomina de suporte fático.

Assim, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 67), na esteira da doutrina alemã, indica o suporte fático abstrato como elemento integrante da estrutura analítica dos direitos fundamentais.

O referido autor apresenta o âmbito de proteção e a intervenção estatal como elementos do suporte fático. O primeiro se refere ao conteúdo direto do direito fundamental em si, aquilo que é protegido; ao passo que a segunda, relaciona-se a uma conduta estatal indevida – aquilo contra o qual é protegido (SILVA, 2017, p. 71).

Assim, a incidência da norma de direito fundamental dependeria de: (a) tratar-se de objeto albergado pelo âmbito de proteção de determinado direito; (b) existir uma intervenção estatal na referida relação jurídica; (c) tratar-se de conduta pública não fundamentada.

Ilustrando o que foi dito acima, imagine-se que certo grupo religioso foi impedido de realizar celebrações dominicais pelo ente público, sem que a conduta empreendida fosse justificada em qualquer outra disposição jurídica. Ocorre que a liberdade religiosa é um direito fundamental protegido pela Constituição Federal no seu artigo 5º, VII. Nota-se, portanto, que a ação proibitiva empregada pelos agentes públicos teria sido irrazoável e desproporcional, sendo possível a emissão de ordem jurídica negativa para que o Estado se abstenha de violar tal liberdade fundamental.

Cotejando com os elementos apresentados por Afonso da Silva, haveria o seguinte quadro comparativo:

| Antecedente da norma constitucional | Consequente da norma constitucional |
|--|---|
| SUPORTE FÁTICO | |
| 1. Âmbito de proteção: liberdade religiosa garantida pelo art. 5º, inciso VI, da CF/88 | Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, anulando o ato público não fundamentado |
| 2. Intervenção estatal: proibição da realização de cultos dominicais | |

| | |
|--|--|
| 3. Natureza da intervenção: Ausência de demais justificativas à conduta estatal – conduta pública não fundamentada | |
|--|--|

Tal modelo é diretamente aplicável no caso das liberdades públicas, mas depende de adaptações para as hipóteses de direito sociais. Nessa toada é a lição de Silva (2017, p. 77-78):

Como se sabe, os problemas relacionados aos direitos sociais não são dessa ordem. O que ocorre, nesse âmbito, é a falta de realização dos direitos, decorrente em geral de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente. Em suma: tanto o conceito do que é protegido, quanto o conceito de intervenção tem que ser modificado. [...] Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, intervir significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: intervir, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente. [...] Em resumo: se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS x) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (-FC), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x (O x).

O âmbito de proteção de um direito social se situa no conjunto de ações promovidas pelo Estado para que tal direito seja assegurado, ao passo que a intervenção reside na omissão ou na prática insuficiente de uma ação estatal. Há de se convir, portanto, que deverá ser feito um balizamento no tocante as práticas estatais para a proteção do direito fundamental.

Tem-se, destarte, que o âmbito clássico de tutela do direito a saúde faz com que seja interpretado como direito de segunda dimensão, necessitando de promoção estatal positiva para tanto, através de políticas públicas. No Estado Brasileiro, tal contexto normativo é efetivado através do SUS e sua rede regionalizada de acesso à saúde.

III. UM DIAGNÓSTICO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUAS TENSÕES

No tópico anterior, concluiu-se que a saúde é, em regra, analisada como direito fundamental de segunda dimensão. Ocorre que a evolução do Estado Democrático de Direitos e suas tensões acarretam a necessidade de lhe atribuir uma nova dimensão: a difusa.

A evolução do Estado acompanhou o surgimento das dimensões dos direitos humanos. Àqueles de primeira ordem, civis e políticos, marcadamente negativos, corresponde o Estado Liberal; aos de segunda dimensão, que implicam atuação positiva do Poder Público, o Estado de Bem-Estar Social; àqueles de terceira dimensão, preocupados com os interesses difusos e coletivos, o Estado Democrático de Direito.

Contudo, tal evolução não é linear e os conceitos sintetizam, por vezes, utopias democráticas. Com efeito, a tensão existente no berço do Estado Moderno entre o proletariado e a burguesia continua a se reproduzir durante a evolução estatal refletindo o progresso e alterações econômicas.

Ora, o Estado Democrático de Direito é *locus* de tensão entre a efetivação das promessas realizadas na Carta Constitucional e o núcleo econômico do capitalismo. Em outras palavras, trata-se de um Estado que intenta sintetizar e equilibrar as forças antagônicas que se encontram no seu bojo.

Sobre o tema, assim discorre Bolzan e Nascimento (2007, p. 258):

Já se disse anteriormente que o Estado Social não se autonomiza do seu ambiente liberal – sobretudo do seu núcleo econômico (liberalismo/capitalismo) -, tanto é que ele vem dependente desta relação de base construída ante o reconhecimento das conquistas sociais e os interesses do próprio capital, em um pêndulo permanente e tensionado.

Dessa forma, deve-se reconhecer que Estado Social não renega sua origem, mas apenas doméstica suas pulsões de morte. E o faz por meio de políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte no núcleo econômico do liberalismo – o capitalismo – que vem recompensado com a socialização dos custos de infraestrutura econômica, de higidez para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores.

Dito de outro modo, rápido e um pouco grosseiramente: o Estado Social não apenas convive, mas admite e incorpora uma relação de inclusão e exclusão em níveis distintos, mas intransponíveis, sem se livrar de níveis de individualismo possessivo próprios do indivíduo liberal. Para haver inclusão, um certo nível de exclusão continua sendo aceita.

Tal tensão é perceptível da própria leitura do texto constitucional que, por inúmeras vezes, contrapõe institutos de economia de mercado com sua função social. O próprio art. 170

da CF/88 apresenta como princípios da ordem econômica tanto a propriedade privada, quanto sua função social, nos incisos II e III do referido instrumento legal. Tal normatização é repetida no art. 5º, nos incisos XXII e XXIII, da CF/88.

Assim, é que o próprio perfil constitucional do Estado brasileiro faz conviver a estrutura capitalista com os delineamentos do *Welfare State* e suas promessas constitucionais de direitos ao cidadão.

Ocorre que esse pêndulo tende, por vezes, a se inclinar mais ao lado econômico da dialética por uma questão pragmática e inescapável: a mera posituação de direitos não acarreta sua efetivação no mundo concreto, havendo necessidade de recursos financeiros para tanto. Direitos geram custos.

Assim, é que Canotilho (2006, p. 147) salienta:

O Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se verificarem quatro condições básicas: 1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária; 2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controle do déficit das despesas públicas e a evitar que um déficit elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado.

Dessa forma, a efetivação de direitos está condicionada, além de outros fatores políticos, à existência de recursos, que, por sua vez, depende, atualmente, de uma economia capitalista produtiva e saudável. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito e os direitos prestacionais e de solidariedade somente conseguem se reproduzir se estiverem presentes as condições econômicas para tanto.

Ocorre que o avanço do capitalismo para sua forma financeira e globalizada acaba por minar um dos pressupostos iniciais do surgimento do Estado Moderno: a centralização de poder em uma personalidade soberana, inicialmente o monarca, em seguida o povo e, logo após, o próprio Estado.

Sobre o tema, assim afirma Bolzan (2011, p.30):

Sob o aspecto das organizações econômicas, não se pode olvidar o papel jogado pelas chamadas empresas transnacionais no bojo do capitalismo financeiro que, exatamente por não terem nenhum vínculo com algum Estado em particular e, mais ainda, por disporem de um poder de decisão, em especial financeiro, que pode afetar profundamente a situação de muitos países, especialmente aqueles débeis economicamente, superposto a um modelo produtivo de novo tipo onde a produção cede lugar à autorreprodução do próprio capital, adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, em especial, impõem atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal.

Assim, a existência de diversos centros de poder alternativos e muitas vezes independentes do território estatal acarreta, paulatinamente, o redesenho do conceito de soberania nacional para uma ordem de compromissos internacional.

Em síntese, o espraiamento das instituições capitalistas supranacionais acarreta a necessidade de uma proteção global dos interesses e direitos humanos, notadamente aqueles difusos. O avanço de um dos polos da dicotomia acarreta a necessidade de progresso do outro.

Ante o exposto, conclui-se, nesse segundo ponto, que o Estado Democrático de Direito é condicionado por uma dicotomia entre a efetivação de direitos que acarretam inclusão e a necessidade econômica de manutenção de um sistema produtivo capitalista que favorece a exclusão. Além disso, o avanço do capitalismo para a seara globalizada e financeira acarreta a necessidade de uma construção de compromissos internacionais para a proteção dos direitos humanos.

IV. NECESSIDADE DE TUTELA TRANSNACIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Como afirmado no item acima, a evolução do capitalismo passou a acarretar a necessidade de tutela dos direitos humanos em perspectiva global, uma vez que suas potenciais violações também podem ocorrer no âmbito internacional.

Sobre o tema, assim afirma Bolzan de Moraes e Ribas do Nascimento (2007, p. 262):

Neste contexto, releva perceber que um dos aspectos que marcam o ambiente contemporâneo é o esgotamento do modelo do Estado Nacional, como instância única e exclusiva para o tratamento e alocação dos desafios. [...] Ou seja, a globalização, vista sob a perspectiva dos riscos, trouxe à tona o problema dos riscos globais ou, parafraseando o tema dos interesses

transindividuais, se poderia dizer que se está frente a riscos transindividuais, os quais põem em evidência a quebra dos limites territoriais como instâncias geográficas de autarquização peculiares aos Estados da Modernidade. Ou seja, os novos riscos revelariam, portanto, a necessidade de uma preocupação global de proteção e promoção também em matéria de saúde pública, talvez marcada pelo mesmo parâmetro que substituiu inicialmente a responsabilidade individual pela solidariedade social.

A recente pandemia do COVID-19 tornou expressa e cristalina tal necessidade. Conhecida como uma patologia que tem afinidade, *a priori*, com o sistema respiratório, a SARS – CoV-2 tem um alto poder de letalidade. O primeiro paciente diagnosticado com a doença foi na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China, em 31 de dezembro de 2019. Ocorre que a transmissibilidade do vírus é extremamente alta e, em poucos meses, já se tinham casos em todos os países. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou o surto ser uma pandemia.

No Brasil, a pandemia do COVID-19 teve início em 26 de fevereiro de 2020 com a confirmação de um homem de 61 anos, residente em São Paulo, que teria retornado da viagem feita à Itália. No início, os testes eram realizados apenas em indivíduos oriundos de viagens a países afetados como a China, Itália, Irã e Estados Unidos. Com isso, a doença se espalhou vertiginosamente e sem nenhum monitoramento.

Aliado à crise sanitária mundial provocada pela doença viral há, também, duas outras crises que afetam o globo: a financeira e a de medicamentos. Isso porque os artigos de proteção (EPI'S) que são fundamentais à saúde se tornaram mais escassos, provocando o acirramento de conflitos e aumento de disputas no âmbito internacional.

Dessa forma, as tensões do Estado Democrático de Direito e a globalização do capitalismo com a consequente internacionalização dos seus riscos acarretam a necessidade de tratar a saúde, também, como direito de terceira dimensão a ser objeto de tutela na seara internacional.

Melhor explicando, haveria dois regimes de tutela do direito à saúde, quais sejam: (a) como direito público subjetivo exigível diretamente do Estado – direito de segunda dimensão; (b) como interesse difuso, na acepção de segurança sanitária – direito de terceira dimensão.

O quadro a seguir melhor delinea as diferenças entre os dois sistemas:

| SAÚDE – 2ª DIMENSÃO | SAÚDE – 3ª DIMENSÃO |
|--|--|
| Direito público subjetivo, passível de tutela individual | Direito difuso |
| Execução através de políticas públicas locais | Execução através de compromissos internacionais |
| Construção de uma rede regionalizada com capilaridade | Formulação de protocolos internacionais de proteção sanitária global |
| Princípio da prevenção | Princípio da precaução |
| Diagnóstico, planejamento e execução de políticas públicas | Monitoramento e mitigação do risco, diminuição da vulnerabilidade |

De fato, nessa nova perspectiva, para além de um direito público subjetivo, passível de tutela individual, a saúde seria vista como interesse difuso, ou seja, de titularidade indeterminada, comum a todos na sociedade.

Por outro lado, paralelamente à execução de políticas públicas locais, através da construção de rede regionalizada, como previsto na Constituição em seu art. 198², faz-se necessária a construção de compromissos internacionais, com a edição de protocolos de proteção sanitária global.

Ademais, a tutela da saúde deve acontecer em atenção ao princípio não só da prevenção, mas também da precaução. O primeiro é assim definido por Manuela Prado Leitão (2018, p. 118):

A prevenção é princípio tão relevante quanto o da precaução também na seara dos desastres, porque é igualmente fundamentado para a antecipação do futuro pelo direito. A diferença, porém, é que na prevenção não se trabalha com incertezas científicas; é conhecido o evento catastrófico, seus

² Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

efeitos e, por vezes, a época mais provável de sua ocorrência, de acordo com critérios de previsibilidade e periodicidade. Por essa razão, a prevenção impõe o agir diante da certeza. Se ações devem ser adotadas diante do incerto, mais ainda se justifica que o sejam ante a ocorrência certa do evento.

Ora, tal preceito da prevenção deve ter ampla aplicação no âmbito da proposição e execução de políticas públicas na saúde como direito de segunda dimensão, envolvendo: (a) o diagnóstico científico das doenças que mais acometem a população de acordo com as áreas específicas; (b) a formulação de protocolos de ação, que objetivem sanar o quadro de moléstias apresentado, com a redução de seus riscos, como previsto no art. 2º, §2º, da Lei nº 8.080/90³; (c) e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 5º, inciso III, da Lei nº 8.080/90).

O referido princípio deve ser aplicado visando não somente o sentido reparatório, mas também o preventivo. Ele é utilizado como um bloqueio frente às atividades que possam causar danos irreparáveis.

Em outras palavras, em face da certeza do risco, deve haver diagnóstico, planejamento e execução de políticas públicas a fim de manter a higidez da saúde.

Por outro lado, as crises sanitárias de saúde envolvem diversas incertezas e grandes riscos que levam à aplicação do princípio da precaução, entendida a saúde como direito de terceira dimensão. Tal mandamento é assim definido por Manuela Prado Leitão (2018, p. 120):

O princípio da precaução é o princípio de tratamento jurídico dos desastres por excelência. Afinal, ao se mencionar a racionalização das incertezas, tem-se precisamente a aplicação do princípio da precaução. [...] O princípio se funda no agir antecipadamente, evitando-se o dano ou minorando as suas consequências, por ter como pressuposto os riscos potenciais. No entanto, a reflexão sobre tal agir não é simples, pois o princípio da precaução tem por pressuposto a incerteza científica sobre o dano ou o evento potencialmente causador do dano, sejam em relação a sua efetiva ocorrência, seja em relação ao momento em que ele irá acontecer.

³ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Em um quadro de incertezas o diagnóstico seria substituído pelo monitoramento do risco a fim de que seja detectado antecipadamente. Ademais, impõe-se a atuação no presente voltada a minoração das vulnerabilidades sociais.

Dissertando sobre desastres ambientais com ideias que podem ser aplicados a desastres sanitários, assim dispõe Manuela Prado Leitão (2018, p. 121):

A precaução manifesta-se na temática dos desastres de inúmeras formas: pelo monitoramento constante dos riscos, pelo aprimoramento de tecnologia que permita detectá-los com antecedência. [...] Do ponto de vista do evento, o princípio da precaução impõe o desenvolvimento de tecnologias de monitoramento e previsibilidade de eventos catastróficos, buscando a utilização das melhores técnicas já disponíveis, a fim de se mitigarem potenciais danos. Já sob a ótica do risco como binômio evento-vulnerabilidade, o princípio da precaução, do agir no presente para melhorias no próprio presente e no futuro, busca a mitigação do risco pela redução da possibilidade de ocorrência de eventos catastróficos, bem como a diminuição da vulnerabilidade que, quando vista em seu aspecto socioeconômico, traz benefícios tanto no momento presente quanto no enfrentamento de adversidades no futuro.

Não se pode olvidar, ainda, que o princípio da precaução caminha dentro de um espaço onde a insegurança científica é acentuada, ao passo que o princípio da prevenção reside na seara da segurança científica.

Destarte, a evolução do capitalismo para a seara global quando visto sob a ótica das tensões do Estado Democrático de Direito acarreta a necessidade de uma tutela transnacional da saúde, com fundamento no princípio da precaução a fim de monitorar e minorar os riscos de desastres sanitários.

V. CONCLUSÃO

No presente artigo foi analisado, em um primeiro momento, a estrutura analítica do direito à saúde tal como abordado pela doutrina clássica, ou seja, na qualidade de direito fundamental de segunda dimensão.

Em seguida, foram vislumbradas as tensões existentes no seio do Estado e suas consequências na tutela dos direitos fundamentais, percebendo-se a existência de paralelismo entre o modelo de ente estatal, do modo de produção e das necessidades de tutela jurídica.

De fato, os direitos fundamentais não ficaram presos ao passado, muito pelo contrário, eles ultrapassaram todos os modelos de Estado para se firmarem no atual Estado Democrático de Direito. Aliado à sua evolução, outro fator é determinante na sua efetivação: a disponibilidade financeira dos recursos estatais.

Nota-se, aqui, que com o avanço do capitalismo houve uma remodelação na centralidade do poder. Ora, se antes a decisão pertencia apenas ao Chefe de Estado, agora há uma espécie de espraiamento do poder. Surgindo, portanto, uma nova figura dentro desse modelo: uma espécie de acordo internacional que perpassa as fronteiras de uma nação.

Dessa forma, verificou-se que o surgimento do capitalismo globalizado acarreta a necessidade de tutela jurídica internacional do Direito à saúde.

A importância dessa nova forma de tutela restou cristalina com a pandemia do Coronavírus. Um vírus com um espectro de sintomas e de danos tão desconhecido e letal.

Essa patologia desencadeou uma nova maneira de pensar o futuro. A análise das questões deve ter por base um olhar do todo, internacional. Mas, como será possível? Ora, através da elevação do direito à saúde como um direito pertencente a terceira dimensão, um direito difuso, de todos e para todos. Com isso faz-se necessário que haja a edição de protocolos internacionais de proteção sanitária global a fim de dar suporte necessário em meio a tantas dúvidas e até mesmo como solução caso surja uma nova crise, quer seja sanitária ou de qualquer outra natureza.

REFERÊNCIAS

BBC/GLOBO. Cidade chinesa de Wuhan, epicentro do coronavírus, é isolada e tem transporte público, trens e voos cancelados. Rio de Janeiro/RJ. Publicado em: 23 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/23/coronavirus-como-e-wuhan-a-cidade-chinesa-onde-surgiu-a-epidemia-de-coronavirus-e-que-foi-isolada.ghtml>>. Acesso em: 08 de agosto de 2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Brasil confirma primeiro caso da doença. Publicado em: 26 de fev. de 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>> Acesso em: 08 de agosto de 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2020.

_____. Lei n. 8.080/90. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abril. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2020.

CANOTILHO, José Gomes. **A Governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social**. In. Revista entre Discursos e Culturas Jurídicas. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 147.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios Gerais do Direito Público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

LEITÃO, Manuela Prado. **Desastres ambientais, resiliência e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, José Luis Bolzan. **O Direito à saúde e os limites do Estado Social: Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 251-266, 2007.

ORGANIZACIÓN Mundial de La Salud- OMS. **Documentos básicos**. 26. ed, Genebra: OMS, 1976.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.