

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

JARDEL DE FREITAS SOARES

ISA FILIPA ANTÓNIO DE SOUSA

CLÁUDIA VIANA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-488-4

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

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Cidadania. 3. Segmento social. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

Sem dúvida, a sociedade atual passa por transformações que ensejam uma demanda por aplicações de novos paradigmas na seara das Políticas Públicas e da Previdência Social.

Os Grupos de Trabalhos DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS e DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL realizaram-se conjuntamente no dia 08 de setembro de 2017 na Universidade do Minho, durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga Portugal, condensou os debates de temáticas de diversos ramos do direito perpassadas por um viés interdisciplinar e transdisciplinar, no qual estes sincretismos de saberes trouxeram novas perspectivas aos investigadores envolvidos.

Constatou-se nos Grupos de Trabalhos que os ramos do Direito, quais sejam: o Direito Constitucional, os Direitos Humanos, o Direito da Criança e do Adolescente, o Direito Penal; bem como, as ciências afins, a exemplo da Sociologia, História, Psicologia; e também dos movimentos sociais, a saber, a cultura e a religião, se tornam ferramentas importantes na preservação dos Direitos Sociais do cidadão.

As temáticas discutidas nestes Grupos de Trabalhos se expressam por várias naturezas, são estas: (a) Políticas públicas enquanto objeto do estudo do Direito; (b) As responsabilidades compartilhadas ente setor público a sociedade, na propositura, execução e controle de políticas públicas; (c) Políticas públicas e orçamento; (d) Intervenção do estado na ordem social; (e) Discussão dos conteúdos e forma de exercício de direitos sociais, tais como educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados entre outros.

Ao longo das discussões destacaram-se as preocupações com o programa minha casa minha vida enquanto política pública social e também de inclusão dos refugiados Sírios. Outro ponto a ser lembrado nos debates foram com relação a atuação do Estado na proteção dos direitos da criança de adolescente e sua reinserção social. E por fim, merece ainda ser enfatizado a necessidade de Políticas mais sérias de proteção à saúde.

Isto posto, abordar Direitos Sociais, Políticas Públicas e a Previdência Social não é tarefa fácil devido a sua complexidade material, contudo, ensejam reflexões necessária entre os vários segmentos diante dos câmbios sociais que avançam rapidamente no Brasil e no mundo.

Profa. Dra. Cláudia Viana

Prof. Dra. Isa Flipa António de Sousa

Prof. Dr. Jardel de Freitas soares

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PARADOXO FUNDANTE DA PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NA PROTEÇÃO DA SAÚDE: DECIDIR COM BASE NA DOENÇA

THE PARADOX OF COMMUNITY PARTICIPATION IN HEALTH PROTECTION: DECIDING ON THE BASIS OF THE DISEASE

Roberto Senise Lisboa ¹
Germano André Doederlein Schwartz ²

Resumo

Inspiradas na sociedade internacional, as diretrizes constitucionais de ações e serviços públicos da saúde devem ser harmonizadas, tendo em vista que nem sempre os interesses públicos determinados pelo poder vigente correspondem efetivamente aos interesses da coletividade. Se a descentralização e o atendimento integral constituem deveres inequívocos do Estado, indaga-se qual será a participação da comunidade nesse processo. É cediço que o constitucionalismo estrutural foi superado pelo constitucionalismo operativo, cabendo ao Estado promover a efetividade dos direitos sociais e dos direitos fundamentais individuais. Torna-se necessária, pois, a análise do paradoxo fundante da participação da comunidade na proteção da saúde.

Palavras-chave: Sociedade internacional, Direitos sociais, Direito à saúde, Participação da comunidade

Abstract/Resumen/Résumé

Structural constitutionalism has been superseded by operational constitutionalism, and it is up to the state to promote the effectiveness of social rights and individual fundamental rights. It is therefore necessary to analyze the founding paradox of community participation in health protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International society, Social rights, Health rights, Community participation

¹ Livre-Docente em Direito Civil pela USP. Professor de Direito Internacional da PUCSP. Coordenador do Curso de Direito e Professor do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação das FMU

² Doutor em Direito pela Unisinos. Coordenador do Mestrado em Direitos Humanos da Uniritter. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Unilassalle e do Mestrado em Direito das FMU

1. Introdução

A sociedade internacional forjada a partir da Carta de São Francisco, de 1945, reafirmou os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, inspiradores dos documentos internacionais que lhe sucederam, dentre eles a Declaração da ONU de 1948, o Pacto dos Direitos Civis de 1966 e o Tratado do Direito ao Desenvolvimento, de 1986.

Referido documento internacional primeiramente citado, recepcionado no direito brasileiro pelo Decreto nº 19.841, de 22.10.1945, prevê que os Estados, a partir dos princípios da igualdade e da autodeterminação, favorecerão *a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos* (art. 55, *b*), comprometendo-se a agir em cooperação com as Nações Unidas, em conjunto ou separadamente, para tal desiderato (art. 56).

A exigência da cooperação na busca contínua da efetivação dos direitos decorre do *solidarismo internacional* e encontra-se assentada em todos os documentos que tratam dos direitos humanos, inclusive a saúde.

Limitando-se a mencionar três importantes exemplos de internacionalização do direito à saúde, imprescindíveis para compreensão do processo de internalização dos direitos internacionais no constitucionalismo contemporâneo, far-se-á referência breve: à Carta da ONU, de 1948; ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais, de 1966; e ao Tratado do Direito ao Desenvolvimento, de 1986.

De maneira ainda generalista, a Declaração da ONU, de 1948, preceitua que *todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar*, inclusive alimentação, vestuário, habitação, *cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*, e direito à segurança em caso de ... doença, invalidez, ... (art. 25.1).

O direito à saúde é tão significativo para a sociedade internacional, que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, consigna que *os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si*

próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida (art. 11.1). Preceitua mencionada norma internacional, ainda, *o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*.

Obrigam-se os Estados a adotarem as medidas de *prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças* (art. 12.3). E, ainda: a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Por sua vez, o Tratado do Direito ao Desenvolvimento reconhece o ser humano como sujeito de direito internacional, fixando que *o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados* (art. 1º.1).

Dentre os direitos humanos reconhecidos, fixa que *os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes* (art. 2º.3).

O constitucionalismo social brasileiro, em conformidade com os valores e princípios da sociedade internacional, estabelece os objetivos republicanos da construção de uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, CF), que *busca erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III, CF), estabelece a universalização do acesso à saúde, mediante rede pública *descentralizada*, provendo *atendimento integral* e com a *participação da comunidade* (arts. 196 e 198, I, II e III, CF).

As diretrizes constitucionais de ações e serviços públicos da saúde acima referidos devem ser harmonizadas, tendo em vista que nem sempre os interesses públicos determinados

pelo poder vigente correspondem efetivamente aos interesses da coletividade. Se a descentralização e o atendimento integral constituem deveres inequívocos do Estado, indaga-se qual será a participação da comunidade nesse processo.

É cediço que o constitucionalismo estrutural foi superado pelo constitucionalismo operativo, cabendo ao Estado promover a efetividade dos direitos sociais e dos direitos fundamentais individuais.

Torna-se necessária, pois, a análise do *paradoxo fundante da participação da comunidade na proteção da saúde*.

2. Os interesses sociais de participação na proteção da saúde

*O interesse social, na realidade, pode até ser contrário aos interesses que seriam formalmente tidos como públicos, pelo Estado, na realização de seus atos... Não se atinge, assim, nem mesmo a satisfação real do interesse público primário, pois é a pessoa física do governante ou a jurídica do Estado que se beneficia, e não a população*¹.

É conhecida a ideia de que o interesse público primário – de toda a comunidade e não apenas do Estado – identifica-se com o interesse social da coletividade.

Sobredita assertiva esclarece que o interesse da sociedade não diz respeito ao interesse público do Estado, na consecução de sua atividade política, mesmo quando obtém benefícios diretos para a realização de atos que venham a satisfazer as necessidades de uma camada ou de toda a população.

O interesse social, na realidade, pode até ser contrário aos interesses que seriam formalmente tidos como públicos, pelo Estado, na realização de seus atos (como, por exemplo, o edital superfaturado para aquisição de bens, o que contraria, obviamente, o que espera a sociedade de um governante). Não se atinge, assim, nem mesmo a satisfação real do interesse público primário, pois é a pessoa física do governante ou a jurídica do Estado que se beneficia, e não a população.

¹ Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, p. 21-60.

O interesse social, ora tratado, também não se confunde com o interesse das sociedades – pessoas jurídicas –, mas sim com as necessidades da sociedade – grupos de pessoas que formam uma comunidade –, cujo fundamento é o solidarismo social e a busca do bem comum. Para isso, o direito se aparelha da noção de socialização, em substituição ao individualismo jurídico, insuficiente para manter o equilíbrio das relações jurídicas em sociedade².

O reconhecimento dos interesses sociais, por parte do Estado – de vez que os seus próprios interesses diretos não se confundem, obrigatoriamente, com os da sociedade –, constitui-se no asseguramento dos direitos tidos como direitos sociais fundamentais subjetivos, entre eles os previstos na Constituição Federal: os direitos da personalidade e liberdades públicas em geral (art. 5.º); o direito de contratar, bem como o da propriedade individual ou coletiva, observando-se as suas funções sociais; os direitos sociais do trabalho, da saúde, da previdência e da assistência social (arts. 194 a 204); o direito à educação e à cultura (arts. 205 a 216); os direitos da família e da entidade familiar, assim como os do idoso, da criança e do adolescente (arts. 226 a 230).

Sob tal perspectiva, passa o Estado a optar pelos interesses relativos a sua preservação e pelo social, buscando a igualdade de possibilidades e de participação da comunidade no processo democrático, que passa a ter uma liberdade não apenas negativa mas sim positiva, de integração definitiva na sociedade. Há a participação privada na prática de relações intersubjetivas as mais variadas, diante de outros particulares e do próprio Poder Público.

Ora, em todos os casos acima mencionados, o Estado deve efetuar prestações positivas em prol dos componentes da sociedade, o que em muito difere da acepção inicialmente negativa de mero respeito de todos ao exercício de tais direitos, por parte de um membro da sociedade.

O Estado deve fomentar a consagração prática dos direitos subjetivos sociais, em

² Roberto Senise Lisboa. *Contratos difusos e coletivos – a função social do contrato*, p. 47-48.

que pese se referirem a um número indeterminado de pessoas que não podem ser totalmente identificadas (interesse difuso).

A distinção entre os direitos individuais da personalidade e os direitos sociais, com a ideia de que aqueles sobrepujam estes, torna-se, diante do exposto, incabível.

Na verdade, tratam-se os *direitos da personalidade* de categoria que se acha inserida dentre os *direitos sociais*, pelo simples fato de que o asseguramento dos direitos físicos, psíquicos e morais de uma pessoa interessa a toda a sociedade, e não apenas a ela (aliás, é por esse fato que tais direitos têm, como tônica, a indisponibilidade).

Dentre os interesses sociais, assim, realçam os direitos personalíssimos, que devem ser preservados por serem relativos às necessidades máximas dos entes que compõem a sociedade, sendo nula qualquer obrigação contraída em sacrifício dos mesmos, visto serem, ainda, indisponíveis.³

3. Dizer o direito, dizer a saúde

Em entrevista publicada na Revista Veja⁴, em 1998, o sociólogo alemão Claus Offe defendia categoricamente o fim do Estado do bem-estar social. Como resposta à falência desse modelo estatal, sustentava a necessidade de um pacto social tripartido: Estado, mercado e comunidade deveriam interagir para a solução de problemas que lhes dizem respeito.

Partindo-se desse pressuposto e recordando-se de que, de uma forma ou de outra, as Teorias de Estado⁵ e de Mercado já se encontram relativamente desenvolvidas dentro de seus campos teóricos de atuação, pode-se asseverar que a perspectiva teórica ausente na proposta de Offe diz respeito à comunidade, ou seja, inexistem análises mais percucientes

³ Roberto Senise Lisboa. *Contratos difusos e coletivos – a função social do contrato*, p. 216.

⁴ Edição de 8 de Abril de 1998, p. 11-13.

⁵ Uma análise sintética, mas analítica, a respeito dessas teorias pode ser encontrada em STEINMETZ, Wilson. Premissas para uma Adequada Reforma de Estado. *Revista Trabalho e Ambiente*. v.2, n.2/3. Caxias do Sul : EDUCS, 2003/2004. p. 177-190.

sobre que formas de observação são possíveis a respeito do poder de investigar da sociedade civil ⁶.

Com efeito, não é novidade alguma nesta etapa do século vigente pugnar pela necessidade da participação da comunidade nos processos decisórios de tarefas outrora exclusivas do Estado, até mesmo porque nem sempre os interesses públicos dos governos têm correspondido, historicamente, aos interesses sociais de educação, saúde, habitação e transporte.

No caso específico da saúde, o campo sanitário merece destaque. Como bem recorda Bolzan de Moraes⁷, as transformações sociais oriundas daquilo que comumente se denominou pós-modernidade colocaram em xeque duas das grandes bases do Direito: o Estado e a Constituição. Suas funções são, hoje, questionadas, principalmente frente à constatação fática da prevalência de processos globalizatórios de expansão da nova *lex mercatoria* ⁸.

Estado e Constituição aparecem como instrumentos desatualizados, não competitivos, até mesmo jurássicos, quando contrapostos à velocidade dos fenômenos jurídico-sociais típicos de uma sociedade transnacionalizada. As cartas fundamentais revelam a mesma *abstração* demonstrada desde os códigos novecentistas até as leis civis protetivas da família, do contrato e da propriedade, de nossos dias. Percebe-se a falta de efetividade, mesmo das normas fundamentais inspiradas em tratados internacionais. Soçobram as bases formalistas ante uma notória sociedade do risco, em que pesem as garantias formais de acesso aos bens essenciais.

⁶ Uma das poucas teorizações relevantes nesse sentido pode ser encontrada em ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants Sans Frontières. Entre Mondialisation et Post-Mondialisation*. Paris : L.G.D.J., 2003.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo (Org.) *A Constituição Concretizada : construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 12.

⁸ Para um maior aprofundamento sobre o tema, consulte-se TEUBNER.... *Direito e Cidadania na Pós-Modernidade*.

As fórmulas simples adotadas pelos preceitos normativos que contemplam direitos não satisfazem numa sociedade complexa. Embora necessárias, são insuficientes para a realidade sócio-econômica contemporânea⁹.

Dessa forma, quando se parte do fato de que a regulação da participação da comunidade na área da saúde em nosso país é dada a partir de um princípio constitucional¹⁰ e que essa mesma saúde ainda é um dever do Estado no Brasil¹¹, não é difícil de sustentar, com base no anteriormente afirmado, que esse modelo, por consequência, resta ineficiente na sociedade contemporânea.

Será isso correto? A hipótese aqui defendida não pretende abordar analiticamente os métodos de consecução da tarefa estatal-constitucional da participação da comunidade em saúde. Pretende, sim, propor uma releitura dessa diretriz, defendendo-se que os métodos de percepção hoje utilizados embaçam a necessária intervenção do cidadão no campo da saúde. O paradoxo fundante anunciado reside em um ponto bastante específico: os cidadãos devem se orientar pela doença no processo de tomada de decisões que objetivem saúde.

A inovação da Constituição cidadã no estabelecimento da saúde como direito de todos representou inequívoco avanço no trato da questão sanitária no Brasil. Uma das esperanças dessa positivação era a de que, via Direito, a realidade da saúde dos cidadãos brasileiros pudesse ser modificada. De fato, isto não ocorreu. Basta, para tanto, lembrar a posição ocupada pelo Brasil no último ranking da Organização Mundial de Saúde (125 em 191 países).

⁹ Por isso, André Jean Arnauld contrasta a modernidade com o período evidenciado atualmente e assevera que da Abstração passa-se ao pragmatismo; do Subjetivismo ao Descentramento do Sujeito; do Universalismo ao Relativismo; da unidade da razão à pluralidade de racionalidades; da Axiomatização às lógicas estilhaçadas; da simplicidade à complexidade; da sociedade civil/ Estado ao Retorno da Sociedade Civil e da Segurança ao Risco (*O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*).

¹⁰ É o texto da Constituição: “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: III – participação da comunidade”.

¹¹ Conforme a locução do artigo 196 da Carta Magna: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Sem embargo, o *dire le droit* pelo Estado foi um instrumento bastante eficaz para a transformação da realidade social em tempos não muito distantes. A atuação estatal tornou-se elemento decisivo para a manutenção da *pax*. Em sociedades com baixo grau de complexidade, onde, por consequência, as alternativas decisórias não se mostravam contingentes, a atuação do Estado via sistema jurídico se subsumia ao esquema clássico da produção normativa exaustivamente analisada por Kelsen¹².

Havia um direito imposto, não apenas posto.

Pode-se dizer que *a revolarização da liberdade individual contribuiu sobremaneira para que a dualidade interesse público e interesse privado, que havia se fortalecido através da subjugação dos indivíduos ao governante, fosse assentada numa perspectiva de liberdade positiva ou participativa das deliberações políticas, em substituição à denominada liberdade negativa*¹³.

O *droit imposé*, fruto do esquema representativo emergido dos resquícios da Revolução Francesa¹⁴, símbolo da liberdade, igualdade e fraternidade, sob premissa clássica e notoriamente individualista, pode, no caso da saúde, ser merecedor de reprovação. Uma análise suficientemente comprometida revela que a conceituação da saúde em um ordenamento legal, tal como sucede com os demais direitos sociais, é uma tentativa fadada à estaticidade, renegando seu caráter dinâmico em uma sociedade de risco e incertezas. Daí que o *dire la santé* via Direito deve ser uma construção elaborada também pelos destinatários das normas de direito da saúde.

Para que se possa chegar a esse nível de abstração, impõem-se algumas considerações.

A construção da saúde como Direito impõe, em si mesmo, uma idéia paradoxal. Quando o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu a relação

¹² Veja-se *Teoria pura do direito*.

¹³ Roberto Senise Lisboa, *Solidarismo internacional e constitucional: em defesa do estatuto de erradicação da pobreza*.

¹⁴ Syéys, Emmanuel Joseph. *Qu' est-ce que le tiers État ?*, 1789.

obrigacional entre cidadão (credor) e Estado (devedor), quase todas as Constituições do mundo afirmaram-na como direito fundamental do homem¹⁵. Típico de uma época em que a produção legislativa tinha pretensões universais, visando à simplicidade e a segurança¹⁶, a saúde como Direito, no caso brasileiro, demonstrou-se uma idéia generosa no plano teórico, porém inadequada ao contexto social.

Abordando a afirmação sob outro ângulo, é inegável o avanço, tardio, da inserção da saúde como direito não apenas de todo cidadão brasileiro, mas de toda pessoa (declaração do direito). Sabe-se, contudo, que a simples afirmação constitucional não surtiu os efeitos imaginados. Muito embora etapas de evolução de conquistas históricas da humanidade¹⁷, o preceito descritivo dos direitos fundamentais (declaração) necessita, para sua convalidação, de seu descumprimento¹⁸.

A idéia embora pareça contraditória, torna-se elemento propulsor da saúde como direito do homem. A simples declaração, como já dito, não tem o pendor de efetivar a norma jurídica. Ao contrário. É a sua não-observação que torna latente a necessidade de sua proteção. Quanto maior a inobservância, maior a busca pela afirmação.

O que se pretende com a assunção desse paradoxo é referi-lo como algo a ser trabalhado em uma perspectiva contingencial. Isso significa levar em consideração o fato de que para uma hipótese não existe uma resposta única. As possíveis decisões são, de fato, uma redução de complexidade.

¹⁵ Como afirma SANZ, Consuelo Costa. *La Salud como Derecho Humano*. In: BALADO, M.; REGUIRO, J.A.G.. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. CIEP, 1996. p. 293.

¹⁶ O Direito da modernidade possui uma série de características, particularmente o monopólio da produção legislativa pelo Estado, o que impõe uma “certeza” dentro dos limites do Estado-Nação da qual faz parte. É, pois, um Direito com pretensão de longa duração, ligado à velocidade das mudanças sociais da época. A urgência do mundo atual requer formas mais céleres de resposta do Direito, nem sempre “seguras”, porém conectadas às relações contingenciais da pós-modernidade. Um resumo das características do Direito moderno e da juridicidade pós-moderna é encontrado em ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização : lições de filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 203.

¹⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento. Traduzido por Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1, 2000. p. 158.

Nessa linha de raciocínio, o campo sanitário oferece mais plausibilidades de decisão do que se pode imaginar. Dizer que a saúde é direito é somente reforçar o fato de que sempre houve saúde? Não. É inferir que sempre houve doença¹⁹. A posituação torna-se, pois, um reforço de constatação desse fato. As decisões advindas para a redução do desvelamento paradoxal desse leque devem levar em consideração seu contraposto, sob pena de não se transmutarem nas expectativas normativas geradas pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Quanto à hipótese de preenchimento de sentido do que significa a saúde para os cidadãos brasileiros, revela-se que as decisões tendentes à consecução de tal desiderato necessitam ser direcionadas a partir da doença, como se explicitará adiante. E, mais, é sensato referir que o processo da produção decisório não pode ser exclusivo do Estado. A este cabe o *dire le droit* (elevant a saúde como direito); àqueles, o *dire la santé* (definir as políticas públicas tendentes à persecução da saúde).

4. Na sociedade da informação, dizer a saúde é dizer negociado ?

As características da sociedade moderna, além das já ultracitadas globalização e transnacionalização, apontam para uma sociedade cada vez mais policontextualizada²⁰, em que a emergência de regulações não é exclusividade do Estado, passando a ser compartilhada com seus componentes. Esse é o resultado daquilo que alguns doutrinadores denominam de sociedade de risco²¹. De fato, como bem assinalam Ventura e Dallari²², a função do Estado é, antes de segurança, descartar riscos.

¹⁹ Para uma melhor compreensão do binômio que regula a lógica da saúde, veja-se SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004. p. 56-62.

²⁰ Consulte-se, para tanto, a obra de TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale : prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*. A cura di Annamaria Rufino. Napoli : La Città del Sole, 1999.

²¹ LUHMANN, GIDDENS e BECK.

²² Ver meu livro organizado na UPF

Nessa linha de raciocínio, como bem relembra Arnaud²³, a problemática do dizer o Direito (declará-lo), tem uma origem “moderna”, com fundamentos na regulação social feita única e exclusivamente pelo Direito, que, por sua vez, é monopólio exclusivo do Estado. Contudo, especialmente na área da saúde, o *dire le droit* por parte do Estado apresenta uma grande distância daquilo que se pode denominar de tempo da sociedade. Aliás, é bastante comum o atraso das decisões do poder público ante as metamorfoses sócio-econômicas, quanto mais a promulgação de normas jurídicas que tratam de assuntos urgentes e de interesse indisfarçável da coletividade.

Para que se consiga unir o tempo do Direito e o tempo da sociedade é necessária uma lógica nova para o que se pode denominar de *dire la santé*. Esse dizer a saúde é, de fato, um elemento completivo daquela declaração de direito emanada do Estado. A comunidade, pois, participa de um processo decisório que antes era monopólio estatal. Isso significa, na esteira de Arnaud²⁴, que *nem toda regulação social passa necessariamente pelo direito, que a melhor regulação social não é forçosamente o direito, e que o Estado perde terreno na sua soberania, inclusive no que diz respeito ao direito*.

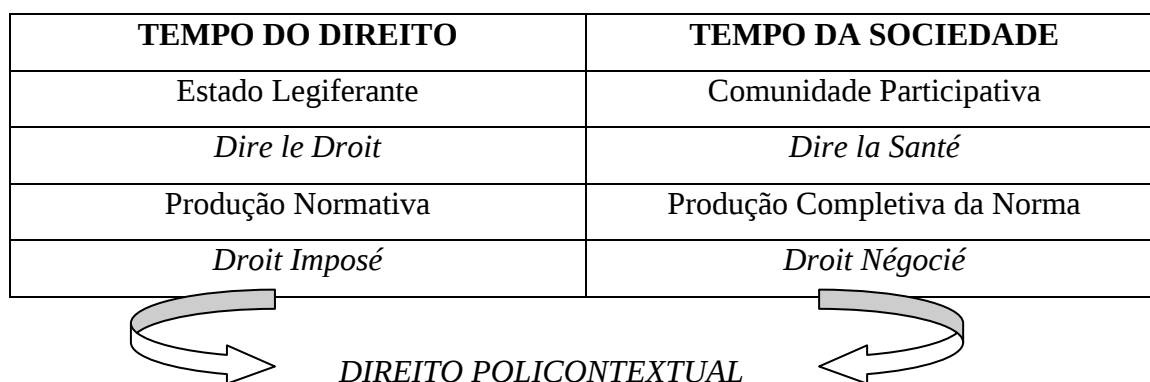
Trata-se de expressão da liberdade positiva da sociedade, que superou há muito sua inércia e sujeição passiva às ordens do poder público. Se há um ativismo a ser defendido em regimes democráticos é o ativismo social fundado em acesso à informação e transparência dos dados, para os fins de participação efetiva na formatação e elaboração de propostas e execução de políticas pública que realmente se destinem ao cumprimento das necessidades vitais das pessoas. Claro que o desejável é o ativismo em conformidade com os valores, princípios e normas que integram o sistema jurídico, mas nem sempre isso acaba ocorrendo.

O direito ao acesso à saúde e aos serviços públicos de saúde não deve ser um *droit imposé*, incumbindo ao Estado o dever constitucional de permitir uma participação comunitária que não seja meramente formal, porém concreta, na busca de soluções compatíveis para a efetivação dos direitos sociais decorrentes.

²³ ARNAUD, *Direito entre Modernidade e Globalização*, 1999, p. 192.

²⁴ Idem, p. 193.

Assim, há a necessidade de um direito negociado (*droit négocié*)²⁵, que não abandona a necessidade da produção normativa do Estado, mas que a complementa. Com isso, cabe ao Estado a declaração do Direito e, em alguns casos, sua posterior proteção. À comunidade cabe a participação nos procedimentos que faticamente selecionarão, dentre as várias possibilidades existentes, a hipótese que melhor reduza a complexidade na área sanitária. Formam-se, assim, policontextos normativos, todos eles interligados e, ao mesmo tempo, autônomos. Esquemáticamente, pode-se ilustrar essa ideia a partir do seguinte gráfico:



Para que os modelos legalistas-positivistas possam ser suplantados, é necessária uma nova lógica na produção normativa. No campo sanitário, isso se clarifica de forma ainda mais evidente, pois a concepção de saúde, como bem preconiza nossa Constituição por intermédio do princípio da descentralização dos serviços de saúde (art. XXXX), deve ser regionalizada, pois os vários níveis de diferenças (sociais, econômicos, geográficos) constatadas no Brasil, sinalizam para a urgência de se implantar formas diversas de se dizer a saúde (já direito – dito pelo Estado).

Os custos do direito à saúde não devem ser motivo para sua obstaculização, mas para direcionamento otimizado, levando-se em consideração a participação da comunidade do processo, descabendo ao Estado arbitrária e unilateralmente dispor sobre questões que possam se contrapor aos interesses sociais subjacentes.

Conforme Pietro Perlingieri, os custos da solidariedade (art. 2, 3, § 2 e 53 Const.), vistos não como despesas de assistência, constituem o fundamento da República; de

²⁵ É este o sentido, por exemplo, da obra de GÉRARD, Philippe; OST, François (Org). *Droit Négocié, Droit Imposé ?* Bruxelles : FUSL, 1996.

*tal modo que quando se discorre acerca de investimentos produtivos ou improdutivos, é necessário superar a concepção patrimonialista e contábil. A realização do direito ao estudo, a criação das estruturas necessárias à formação da pessoa, da sua cultura, da sua profissionalização representam investimentos produtivos a despesa que se define como improdutiva do ponto de vista estritamente econômico é a mais produtiva sob o perfil promocional. Estado social significa assim tudo isso. Solidariedade significa também redistribuição, não apenas daquilo que se adquire, segundo o fluxo produtivo ano por ano, mas também das situações adquiridas*²⁶.

De fato, a simples resistência à concessão do acesso à saúde por razões meramente econômicas deve ser superada pela participação da comunidade no processo decisório da saúde pública, o que decorre das normas internacionais e do constitucionalismo contemporâneo, perfilhado pela Carta brasileira atual.

Bjork acredita que *a reforma social virá muito mais facilmente no dia em que os reformadores se reunirem, apontarem os lápis e começarem a calcular a produção perdida em virtude das altas taxas de desemprego e dos baixos níveis de especialização resultantes da exclusão dos negros de oportunidades educacionais adequadas. A reforma poderá ser também acelerada logo que as comunidades somarem os custos das ameaças de violência civil aos seus gastos com polícia, seguros e a renda perdida quando os empregadores não mais quiserem ter negócios em áreas de conflitos raciais*²⁷.

Não se trata de simplesmente dizer o direito à saúde, deve-se ir além, buscando-se conferir aos destinatários dos interesses sociais tão protegidos formalmente por normas internacionais e pelo constitucionalismo contemporâneo, a sempre almejada efetivação.

A participação da comunidade, de maneira contínua, no processo de formulação e execução de ações e serviços públicos, deverá ser realizada de maneira que se possa dela obter a saúde que se deseja que o Direito proteja. Dessa maneira, a participação social terá no Estado um parceiro, obtendo a efetivação do dizer negociado, aproximando-se da maior e

²⁶ Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional*, pp. 15-16

²⁷ *A empresa privada e o interesse público*, p. 297.

melhor maneira possível (*droit négocié*) o agir do poder público à satisfação das necessidades da coletividade.

Referências Bibliográficas

- ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants Sans Frontières. Entre Mondialisation et Post-Mondialisation*. Paris : L.G.D.J., 2003.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 203.
- BJORK, Gordon. *A empresa privada e o interesse público*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- GÉRARD, Philippe; OST, François (Org). *Droit Négocié, Droit Imposé ?* Bruxelles : FUSL, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento. Traduzido por Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1, 2000.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição ou Barbárie : perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo (Org.) *A Constituição Concretizada : construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de janeiro: Renovar, 2001.
- SANZ, Consuelo Costa. *La Salud como Derecho Humano*. In: BALADO, M.; REGUIRO, J.A.G.. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. CIEP, 1996.
- SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.
- SENISE LISBOA, Roberto. *Contratos difusos e coletivos – a função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SENISE LISBOA, Roberto. *Solidarismo internacional e constitucional: em defesa do estatuto de erradicação da pobreza*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Michel Temer*, coord. Newton de Lucca, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Mariana Barboza Baeta Neves. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STEINMETZ, Wilson. Premissas para uma Adequada Reforma de Estado. *Revista Trabalho e Ambiente*. v.2, n.2/3. Caxias do Sul : EDUCS, 2003/2004. p. 177-190.

SYÉYS, Emmanuel Joseph. *Qu' est-ce que le tiers État ?*, Paris: s/e, 1789.

TEUBNER, Gunther. *Diritto Policontesturale : prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*. A cura di Annamaria Rufino. Napoli : La Città del Sole, 1999.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *O direito humano à saúde no direito internacional efetivação por meio da cooperação sanitária*. Tese de Doutorado. São Paulo: FADUSP, 2010, 355 p.