

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM DIREITO INDIVIDUAL, COLETIVO E EM CONSTRUÇÃO.

THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH UNDER THE PERSPECTIVE OF THE CONSTITUTION OF 1988: AN INDIVIDUAL, COLLECTIVE AND DEVELOPING RIGHT.

Daniela Aparecida Rodrigueiro¹
José Cláudio Domingues Moreira²

RESUMO: O artigo trata do direito à saúde como direito público subjetivo fundamental no contexto da Constituição Federal de 1988. Baseado no reconhecimento histórico dos direitos fundamentais e, atendendo às necessidades sociais, o direito à saúde emerge no cenário brasileiro e se aperfeiçoa no texto de 1988. Reconhecendo a influência do direito internacional e tendo como referencial teórico a sua função social e os princípios constitucionais, o direito social da saúde, visto em suas três dimensões, se concretiza e exige agora ser efetivado. Reconhecida então a sua existência e a crise pela qual passa a saúde no Brasil, impõem-se a discussão que objetiva concretizar este direito público já hoje reconhecido.

¹ Advogada. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru e dos cursos de Pós Graduação Lato Sensu mantidos pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Doutora pelo Centro de Pós Graduação do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professora Convidada da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

² Magistrado. Juiz Orientador da Escola Paulista da Magistratura. Juiz Titular do Juizado Especial de Pequenas Causas e do Colégio Recursal ambos da Comarca de Bauru. Professor de Direito Civil do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito. Doutor pelo Centro de Pós Graduação do Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino de Bauru.

ABSTRACT: The article concerns the right to health as a fundamental, subjective and public right in the context of the Federal Constitution of 1988. Based on the historic recognition of the fundamental rights and, answering to the social needs, the right to health emerges on the Brazilian scenery and improves itself on the 1988's text. Recognizing the influence of international rights, and holding as theoretical reference its social function and the constitutional principles, the social right to health, in its three-dimensional field, materializes itself and requires to be made effective. Recognized its existence, as well as the health crisis which Brazil currently goes through, the discussion which objectifies the concretization of this nowadays acknowledged public right is now imposed.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Social. Direito à Saúde. Dignidade da pessoa humana.

KEYWORDS: Social Right. Right to Health. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva a reflexão sobre o direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. O estudo da evolução dos direitos fundamentais e a sua incorporação nos ordenamentos jurídicos se mostra importante para a compreensão do direito à saúde na concepção atual do constitucionalismo brasileiro.

A Constituição assegurou ser a saúde um direito de todos e de responsabilidade do Estado, infelizmente, a efetivação de mencionado direito social ainda se mostra precária.

A compreensão do conceito de saúde, das suas dimensões, da fundamentalidade deste direito, bem como da sua irrenunciabilidade e aplicabilidade imediata são pertinentes para a incorporação efetiva do contexto constitucional à realidade nacional.

Diversos tratados internacionais cuidaram do tema frente à relevância para a dignificação da pessoa humana. Buscaremos fomentar a discussão sobre este direito humano, através da sua leitura sobre o viés da dignidade da pessoa humana e da sua concretização diante das características e do formato atual do tema.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais se entrelaça com a história da consolidação dos Estados Democráticos. A vida em sociedade sofre constantes modificações e

os direitos fundamentais acompanham a natureza humana, portanto, estão sempre em estado de mutação.

Os sobressaltos da economia, as desigualdades sociais, os problemas ambientais, o aperfeiçoamento da indústria e dos processos de industrialização, indicam alguns dos aspectos culturais que influenciam, negativamente, no reconhecimento e assim, na efetivação de novos direitos fundamentais.

E é a Constituição, enquanto instrumento maior de um estado democrático, que viabiliza o diálogo entre a política e o direito³ ao mesmo tempo em que lhe retira a possibilidade de alteração do direito como expressão da relação de poder.

É possível afirmar que direitos fundamentais são aqueles previstos em uma determinada ordem constitucional, com o objetivo de proteger a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões. No Brasil, os direitos fundamentais encontram-se discriminados pela Constituição Federal de 1988, observando-se que tal enumeração não é exaustiva, uma vez que outros podem logicamente decorrer do sistema jurídico constitucional, bem como de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme prescreve o artigo 5.º, § 2.º, da C.F. (SERRANO, 2009, p.09).

E é a evolução histórica dos direitos fundamentais que se presta à aferição do grau de democracia de uma sociedade. Assim, a Constituição Federal de 1988, ao se referir ao termo – “Direitos e Garantias Fundamentais” – englobou direitos e deveres individuais e coletivos (CF, Capítulo I), direitos sociais (CF, Capítulo II), a nacionalidade (CF, Capítulo III) e os direitos políticos (CF, Capítulo IV e regramento dos partidos políticos (CF, Capítulo V).

O estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais é importante para se compreender o constitucionalismo da atualidade e desvendar porque os direitos podem surgir em certas épocas, modificando-se ou desaparecendo em outras.

Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo em todo o tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos

³ “A Constituição apresenta íntima ligação com a política, já que contém o traçado geral do Estado e dos direitos fundamentais dos indivíduos que se vinculam a ele. Portanto, há de ser considerado na realização da interpretação todo o contexto sócio- econômico da sociedade estatal da época”. ARAÚJO; NUNES JUNIOR, p. 18.

fundamentais são um conjunto de faculdades, instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico (MENDES; COELHO; GONET, 2000, p.121).

Historicamente podemos apontar o direito inglês contribuindo para a formação dos direitos fundamentais. Todos estavam descontentes com o reinado de João Sem Terra e, em 1215 a nobreza reivindicou uma carta de liberdades e garantias contra os atos arbitrários do rei. O constitucionalismo inglês foi marcado pela luta entre o Parlamento e a monarquia. Os norte-americanos também contribuíram para a evolução dos direitos fundamentais. Os ideais protestantes de dignidade e pluralismo de credo fomentaram as liberdades constitucionais nas colônias inglesas e americanas.

Em 12 de janeiro de 1776 com a Declaração de Direitos da América, enaltecendo os direitos fundamentais diante de um povo que conviveu por mais de cem anos com a escravidão, verdadeiro paradoxo em relação à defesa dos direitos fundamentais.

Ainda, observa-se, na França, igual contribuição para a evolução dessas conquistas, num cenário onde a fome, a dívida pública, a tributação excessiva, os desmandos da realeza e do clero levaram a uma comoção social que culminou com a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789 e com a aprovação da Constituição Francesa, em 03 de setembro de 1791, declarando a abolição das instituições que ofendiam a liberdade e a igualdade de direitos.

A Revolução Francesa foi fundamental para a consagração dos direitos dos homens e para a transformação do mundo.

Costuma a doutrina assinalar como ponto inicial dos direitos humanos o advento do cristianismo (São Tomás Aquino), diretamente ligado à concepção do jus naturalismo, com a ideia central de que o homem possuía direitos básicos e naturais que deveriam ser respeitados, inclusive com limitação ao poder absolutista e monárquico (SERRANO, 2009, p.11).

Assim, de forma objetiva, destacam-se, diante das diversas dimensões dos direitos fundamentais, os seguintes: a) os de primeira dimensão, considerados os direitos do indivíduo frente ao Estado (direito à vida, à liberdade, a propriedade, etc.), as denominadas liberdades clássicas; b) os de segunda dimensão, os direitos sociais que são implantados através dos serviços públicos, pela intervenção do Estado (direito à saúde, à educação, etc.); c) os de

terceira dimensão visam à proteção dos grupos humanos para a autodeterminação dos povos (direito de fraternidade ou de solidariedade).⁴

O que não se pode perder de vistas é que, inegavelmente, os direitos fundamentais decorrem de reivindicações concretas de um povo. Assim, o processo de reconhecimento desses direitos é de natureza dinâmica e dialética.

O Brasil vive momentos de turbulência política e econômica, e o povo brasileiro reclama como não se viu em outro momento da história nacional, uma postura das instituições democráticas que conduza, realmente, à efetivação dos direitos fundamentais, com significativo destaque os relativos ao social e dentre eles, ao fundamental direito à saúde.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Os princípios são juízos fundamentais de um sistema e que lhe atribuem organização. Define-os, sucintamente, Walter Claudius Rothenburg [...] ”como sendo dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico” (2003, p.18).

Os princípios auxiliam no processo de interpretação da Constituição e a função do intérprete é desvendar o significado da norma na realização da justiça social. Desta forma a Constituição assegura a unidade do sistema no país.

Os princípios constitucionais desautorizam ainda a permanência de normas inconstitucionais no ordenamento jurídico, condicionando as atividades da sociedade e dos Poderes constituídos rumo à sua orientação.

Impõe o texto constitucional, ainda, a análise primeira de um valor maior, reconhecido enquanto pressuposto da República, qual seja, a “dignidade da pessoa humana”.

A origem etimológica da palavra *personare* refere-se à máscara teatral utilizada para ampliar a voz dos atores e, posteriormente, designando o próprio personagem representado no teatro romano.

Dignidade por sua vez deriva de *dignitas*, que significa mérito.

A pessoa humana possui dignidade: valor absoluto, inerente ao ser humano, portanto.

⁴ Hodiernamente a discussão entre as terminologias geração ou dimensão de direitos encontra-se esvaziada de sentido, notadamente por que o viés moderno vem se ocupando do reconhecimento e da afirmação de novas categorias falando-se em quarta, quinta e sexta dimensão (ou geração) de direitos.

A autonomia e o direito de autodeterminação atribuem valor ético à dignidade da pessoa humana. É um valor intrínseco de cada indivíduo. Percebe-se então a dimensão social da dignidade humana, a indicar a obrigação do Estado e da sociedade a respeitar os direitos fundamentais de todas as pessoas, dentre eles o direito à saúde, como direito público subjetivo individual, coletivo e em desenvolvimento.

Não se pode pensar na dignidade da pessoa humana sem a efetivação do direito público subjetivo à saúde.

A não atribuição do direito à saúde caracteriza-se como um inaceitável desrespeito ao direito à vida. Sem saúde restam comprometidos os conteúdos da dignidade humana: a autonomia e a autodeterminação.

A dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva de 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 contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável... (SARLET, 2002, p.62).

Assim, na elaboração do orçamento, políticas públicas que possibilitem a máxima eficácia do direito público subjetivo fundamental à sociedade, devem ser prestigiadas pelos administradores públicos e Poderes do Estado.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, refletindo-se na estrutura da ordem econômica (art. 170, CF/88) e social de nosso país (art. 226, CF/88), a justificar, inclusive, a regulamentação e a intervenção dos planos de saúde, em razão da relevância pública da prestação de serviços de saúde por entidades particulares, possibilitando, assim, o acesso de todos à saúde.

Ressalte-se, em complemento, que a universalidade desse direito público fundamental é meta a ser atingida pela sociedade em geral e pelo próprio Estado, em particular, a cumprir obrigação pétrea, prevista constitucionalmente. A dignidade da pessoa humana é o fundamento do direito público subjetivo à saúde: dever do Estado a ser cumprido com a participação da sociedade, frente ao princípio da solidariedade social, que deve permear as relações humanas em um Estado Democrático de Direito.

Assim, sendo a dignidade humana o valor fundante de todo ordenamento constitucional, cinge-se a estruturar e nortear a proteção dos direitos fundamentais, podendo ser inclusive classificada como super princípio. O que não se pode olvidar, entretanto, é que a mesma é matriz estruturante de todo ordenamento jurídico, condicionando a leitura, releitura e interpretação da norma. A dignidade humana reveste o ser humano do viés de pessoa humana.

E é com esse pano de fundo, que então o direito a saúde se apresenta organizado sistematicamente, concebido ao lado da previdência e assistência social, como um dos três grandes programas definidos pela Seguridade Social.

Mas não é só. O texto constitucional tece diversas passagens sobre o trato com a saúde para muito além de mencioná-la como direito social. A exemplo da garantia da saúde no âmbito das relações do trabalho.

O que não se pode perder de vista, entretanto, é que, assim concebida, se faz necessária a aplicação deste direito, fundada nos princípios necessariamente previstos em face do reconhecimento de um direito fundamental, qual seja, os princípios da universalidade, da equidade e da integralidade, além da necessidade de identificação de outras características, ditas intrínsecas, como a historicidade, a autogeneratividade, a limitabilidade, a concorrência com outros direitos e a invariável irrenunciabilidade do mesmo.

A par disso, e na condição de direito fundamental, o direito a saúde é dotado ainda da denominada rigidez constitucional, e, em face da sua essência, são aplicáveis *de per si*, de forma plena e imediata, na melhor dicção do parágrafo primeiro do artigo 5º. da CF/88.

É neste compasso que, identificado o direito fundamental e social à saúde que passaremos a discorrer sobre uma de suas variáveis, posto que, inegavelmente a saúde deve ser vista protegida e aplicada enquanto direito individual, enquanto direito coletivo, mas também, sob a égide de um direito em construção, de um direito do por vir.

Entretanto, estejamos nós a discutir o direito a saúde enquanto direito individual, enquanto direito coletivo ou mesmo enquanto direito em construção, se faz necessário reconhecer que a CF autorizou a prestação dos serviços nesta área [da saúde] primordialmente através do Estado – e aqui se diga de forma obrigatória – entretanto e do mesmo modo, autorizou a prestação deste serviço, pela iniciativa privada, não havendo, portanto, monopólio estatal sobre a prestação dos serviços de assistência a saúde.

Porém, dada a sua relevância, os serviços e ações de saúde no âmbito privado, deverão ser regulamentados, fiscalizados e controlados pelo Poder Público. Isto se aplica a qualquer dos

três enfoques citados e, por conseguinte, não se pode dissociar tal imperativo quando pensamos a saúde enquanto um direito em construção.

Citando, temos que o texto constitucional (artigo 199) autoriza o acesso à iniciativa privada para prestação de serviços de saúde e do mesmo modo autoriza ao particular participar de forma complementar da saúde pública, tendo preferência e não exclusividade, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, sempre primando o texto constitucional pelo trato da saúde com o enfoque do bem estar social.

Assim, o conceito e a melhor interpretação do direito a saúde, quer extraído da carta magna de 88, quer extraído dos preceitos elencados na OMS - Organização Mundial da Saúde, nos impõe tratar este direito como um bem individual e coletivo; ainda assevera que estamos diante de um *tertium genus*, qual seja, um terceiro aspecto contemplado na concepção do “direito à saúde”, a saúde enquanto bem em desenvolvimento.

Tratando então, especificamente de referidas dimensões do direito social à saúde, reconhecida no plano nacional e internacional, podemos, singelamente apontar que, enquanto um bem individual, na acepção mais singular da expressão, poderíamos dizer que o ser humano, tem o direito de ver protegida sua saúde de forma plena. Direito este que se impõe ao Estado enquanto um dever intangível.

Entretanto, o conceito de saúde evolui e atinge o que se denomina concepção de saúde enquanto bem coletivo.

Tal ideia passa a ser desenvolvida com a ampliação do sentido ordinário do termo “saúde como ausência manifesta de enfermidade”, na significância de um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

A identificação da saúde como bem coletivo vem expressamente apontada em diversas passagens constitucionais e mesmo nos apontamentos da OMS que desde o preâmbulo destaca esta característica a exemplo dos enunciados que ditam ser a saúde de todos os povos essencial para a obtenção da paz e da segurança, e para tanto, depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

Prossegue afirmando que os bons resultados percebidos por um Estado, na promoção da saúde, devem se constituir em verdadeira proteção e de valor para toda a humanidade.

A contrário sensu, deixa claro que tratarmos de forma desigual o respeito e o desenvolvimento à promoção da saúde em diversos países, impedindo por exemplo o

combate as doenças e a proliferação de epidemias e de endemias deve ser reconhecido como um perigo comum, a toda humanidade.

Dessa forma, se consideramos que a saúde está associada com a paz e a segurança (é seu pressuposto), que os progressos na promoção e proteção da saúde possuem um inexorável caráter coletivo, e que as diferenças de desenvolvimento dos países (referentes à promoção da saúde e combate às doenças) constitui um perigo comum, fica evidenciado o caráter da saúde como bem coletivo.

Ademais, a promoção da saúde depende da mais ampla cooperação de Estados e indivíduos, já que o bem-estar possui aspectos multifacetários: ambientais, sanitários e comunitários, e implicam em uma postura responsiva por parte dos indivíduos, da sociedade e dos Estados.

Logo, se é fato que a saúde do homem e da humanidade com um todo devem ser pensados e protegidos (respectivamente enquanto bem individual e bem coletivo) do mesmo modo, a saúde enquanto um bem jurídico em desenvolvimento [em construção], também deve ter os olhos da justiça postos sobre si.

Trata-se de anteciparmo-nos aos avanços e progressos tecnológicos ligados a sadia qualidade de vida, ao bem estar e, em outras palavras, à saúde, discutindo a garantia do acesso a novas tecnologias antes mesmo destas serem efetivadas. Em outras palavras, busca-se a horizontalização dos benefícios da evolução tecnológica e do saber científico. Ou, a possibilidade de compartilharmos, nos quatro cantões do mundo, e portanto, por todos os povos, dos benefícios oriundos dos conhecimentos científicos essenciais a plena e a mais ampla concepção da realização da saúde.

E é neste contexto que se impõe pensarmos a saúde sob o aspecto, ou a dimensão da UNIVERSALIDADE enquanto característica estruturante dos direitos fundamentais: Aplica-se à saúde, enquanto direito fundamental – a proteção é destinada, portanto, ao ser humano enquanto gênero, não podendo ficar segregado ou ser destinado a um grupo ou categoria de pessoas. O ser humano considerado na concretude de cada qual. Este conceito insere e contextualiza a ideia de ser humano em relação ao meio asseverando que proteger o indivíduo como ente único é proteger o coletivo e assim a sua perpetuação – neste enfoque, a saúde como bem em desenvolvimento. Pensando assim não só nas presentes como nas futuras gerações.

A concepção de perpetuação da espécie, de direito transgeracional, por assim dizer, nos remete, obrigatoriamente, a questão ambiental, conquanto o tema saúde esteja e esta, inclusive sob a ótica legal, intrinsecamente relacionado com o que denominamos ambiência, qualidade ambiental, ou nos moldes constitucionais, simplesmente, meio ambiente enquanto bem juridicamente protegido.

Se nos debruçarmos sobre a lei 6938/81 que de forma revolucionária para o contexto histórico da época, define meio ambiente e com ele degradação ambiental, reconhecemos que danos à saúde coletiva, ou da coletividade compõe o rol de causas que caracterizam a poluição, e conseqüentemente, causas de degradação ambiental, enfim, de não proteção do meio ambiente.

De forma singular o artigo 3º de referido diploma legal identifica como meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Prossegue afirmando que por degradação ambiental temos todas as formas de alteração destas condições. E, por fim, que o meio pelo qual se degradar o ambiente denomina-se poluição.

Afetar a saúde e o bem estar da população (v.g. artigo 3º. III, “a” da lei 6938/81) importa em reconhecer poluição ambiental, e assim desrespeito ao bem juridicamente protegido, um bem essencialmente imaterial, que, na sua melhor compreensão, pode ser traduzido como a sadia e saudável qualidade de vida.

Temos, portanto, que pensar a saúde sob um enfoque muito mais abrangente. E a discussão da sustentabilidade, a exemplo da otimização do uso de recursos naturais, podem ser melhor atingidas através de políticas públicas que influenciem o padrão de consumo das populações, o que automaticamente indicará melhora da saúde humana da coletividade.

Não é desnecessário lembrar que em todo o mundo, um quarto de todas as doenças preveníveis são consequência do ambiente onde as pessoas vivem. O que importa reconhecer que a saúde coletiva e a saúde em desenvolvimento precisam ser pensadas sob a ótica da ambiência e da sustentabilidade.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Dito isto e, considerando o Direito como produto da convivência social, revelado nas diferentes relações sociais e compreendido como conjunto de normas que regulam a vida em sociedade.

Ainda, considerando a globalização, a integração entre as economias e sociedades dos vários países, no que se refere à produção de mercadorias e prestação de serviços aos mercados financeiros e à difusão de informações está a indicar a internacionalização dos direitos, temos que a noção de soberania contribuiu indiscutivelmente para o desenvolvimento do Direito Internacional atentando-se para o Tratado Internacional que, no Brasil, é fonte do direito.

Sobre a história do Direito Internacional, Antônio Ramiro Brotons lembra que:

Hace aproximadamente cuatro mil quinientos años, Eannatum, rey o ensi de Lagash, derrotó al señor de La Vecina ciudad de Umma. La estela de Vulture registra el texto del más viejo tratado conocido, um tratado de delimitación de fronteras en beneficio, logicamente del vencedor (BROTONS, 1987, p. 27).

O tratado internacional é um acordo formalizado entre sujeitos de direito internacional público.

O dualismo e o monismo são vertentes doutrinárias sobre o tratamento do tema da recepção do Direito Internacional Público no direito interno. Para os dualistas, não há interseção entre a ordem internacional e a ordem interna.

No Brasil, destaca-se o monismo jurídico (integração do direito internacional e do direito interno). Em se tratando do direito público subjetivo à saúde, como reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto da internacionalização dos direitos, destacamos:

O desenvolvimento de novos produtos farmacêuticos dificilmente seria possível sem uma adequada proteção da propriedade intelectual. Assim é, com especial relevância, num contexto altamente globalizado e competitivo como aquele que caracteriza o mundo contemporâneo, que confronta as empresas farmacêuticas com vários desafios. Por um lado, as empresas veem-se confrontadas com a necessidade de investigar e desenvolver novos produtos, tecnologicamente mais sofisticados, capazes de ir ao encontro das necessidades de saúde de um conjunto cada vez mais vasto e exigente de consumidores. Por outro lado, são chamados a desenvolver a capacidade econômica e massa crítica que lhes permita dar resposta aos novos problemas de saúde pública mundial resultantes da própria globalização (v.g. gripe das aves, pandemias) (CANOTILHO; MACHADO, Coimbra, 2008, p. 10-11).

No tocante à internacionalização dos direitos, a defesa da propriedade intelectual e fortalecimento da indústria farmacêutica, quanto à proteção da saúde pública, destacamos o sistema do GATT/OMC e o Acordo TRIPS⁵.

Este, o Acordo TRIPS, busca a promoção da saúde pública e da garantia do acesso de todas as pessoas aos medicamentos.

De resto, o próprio Acordo TRIPS, e independentemente da Declaração de Doha, estabelece a possibilidade de medidas restritivas à proteção da propriedade intelectual, sempre que esteja em causa a salvaguarda de bens fundamentais da comunidade, como sejam a saúde pública, a nutrição, a ordem pública ou o ambiente (op.cit., p.54).

Em 1994, o Brasil aprovou e promulgou o Acordo TRIPS, que entrou em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1995, referente às obrigações internacionais decorrentes daquele acordo.

Os Tratados Internacionais, ou seja, o Direito Internacional, bem aplicado, poderá incentivar a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de novos medicamentos, a possibilitar acesso, generalizado e universal, de todos os seres humanos à saúde pública, através de melhores mecanismos de justiça social e políticas públicas de saúde e prevenção de doenças.

CONCLUSÃO

No Estado Democrático de Direito, a preocupação principal é com a pessoa humana. Os direitos sociais, no Estado Constitucional compreendem obrigação prestacional do poder público em relação à população. Assim, o Estado é responsável pela preservação do povo, ou seja, deve assegurar a efetivação do direito público subjetivo à saúde em relação ao cidadão em suas diferentes dimensões (física, psíquica, social).

Não há discricionariedade social para o Estado, quando a questão se refere à efetivação do direito público subjetivo à saúde. As políticas públicas devem ser destinadas para a realização integral do direito público subjetivo à saúde. Os direitos sociais pressupõem a prestação de serviços pelo Estado, a exigir a diminuição das desigualdades sociais, ou seja, a reclamação em função do direito legítimo da pessoa humana em relação ao poder estatal.

Se a dignidade humana é algo a ser sentido por cada pessoa em seu cotidiano, no que se refere ao direito público subjetivo à saúde, pressupõe ela a existência de políticas públicas que

⁵ GATT: Acordo Geral de Tarifas e Troca. TRIPs (do inglês Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights) é um tratado internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994, que encerrou a Rodada Uruguai e criou a OMC: Organização Mundial do Comércio.

asseguem o já mencionado estado de bem estar em sua plena concepção o que se dá através de programas de educação para a saúde, campanhas nacionais de prevenção de doenças, acesso ao tratamento adequado e aos medicamentos, entre tantos outros exemplos.

Destacando que a realidade social é dinâmica e a pesquisa científica caminha a passos largos, assim, novos tratamentos e medicamentos surgem constantemente e está a recomendar inovações periódicas das políticas públicas de efetivação do reiterado direito público subjetivo à saúde.

O direito à saúde pertence à categoria dos direitos fundamentais de segunda geração, também denominados direitos sociais, que vieram a lume com a nova conformação do Estado, que deixou de atuar como mero garantidor de direitos individuais (Estado liberal) e abraçou a função de fornecer aos cidadãos prestações positivas voltadas à saturação de suas necessidades básicas (Estado Social) (MAPELLI JÚNIOR; COIMBRA; MATOS. 2012, p. 15).

Os direitos sociais, preconizados na Constituição de 1988, reclamam aplicabilidade imediata. E, quanto ao direito à saúde, o Estado deve agir como agente normativo e regulador visando impedir a dominação do mercado, a diminuição da concorrência, o aumento arbitrário dos lucros.

É inviável se delimitar adequadamente o direito à saúde sem passar pelo próprio conceito de saúde. Em outras palavras, é indispensável o preciso conhecimento do objeto juridicamente protegido para que se possa conhecer a amplitude e a dimensão exatas das consequências advindas do reconhecimento do direito da sua fruição. (...) a Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 07 de abril de 1948, previu que “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (MAPELLI JÚNIOR; COIMBRA; MATOS. 2012, p.16-17).

Os direitos sociais são indisponíveis e exigem dos governantes investimentos econômicos mínimos que possam assegurar dignidade, a cada cidadão, no território nacional.

(...). Ou seja: a saúde constitui-se um direito individual subjetivo quanto às prestações mínimas dos seus serviços. As referidas prestações, portanto, submetem-se ao princípio da universalidade. O que excede esse campo pode também, como dito, ser demandado em Juízo por pessoas que não tenham

condições financeiras para arcar com os custos de seu tratamento, desde que nos autos, o resultado da ponderação de bens indique como constitucionalmente válida essa opção. O Estado (gênero), contudo, não deve ser condenado a prestar à pessoa que possa financeiramente custear seu tratamento, serviços de saúde que ultrapassem as prestações mínimas e que não sejam oferecidos pelo sistema público de saúde. Tem-se, aí, certa restrição ao princípio da universalidade, das ações e serviços de saúde pública (GONÇALVES, 2011, p.235-236).

Comentando a Constituição Federal de 1988, quanto ao direito à saúde, destacamos:

Artigo 196 da CF: Por fim, tais políticas deveriam objetivar o acesso universal e igualitário às ações e serviços do governo, para que a saúde da população seja promovida, protegida e recuperada. Tanto a promoção quanto a proteção nessa área dependem de que sejam reunidos os instrumentos de atuação de Estado, degradados nos últimos tempos, assim como a elaboração de estratégia para a recuperação dos doentes. Quem lê o artigo 196 tem a impressão de que o País está acima das demais nações no que diz respeito à saúde, tanto nas ações profiláticas quanto naquelas de recuperação dos doentes. Quem vive a realidade da grande maioria da população brasileira menos favorecida percebe quão distante está o sonho do constituinte da prática dos detentores do poder (BASTOS; GANDRA MARTINS, 1988, p. 112-113).

A SAÚDE enquanto direito social humano, fundamental, indisponível exige, portanto, uma postura prestacional do Estado, impondo a este intervir na sociedade através de políticas públicas e da prestação de serviços públicos, objetivando assegurar, enquanto viés da dignidade humana, a todos, indistintamente, um adequado estado de bem estar saudável, ai incluindo as dimensões físicas, psíquicas e sociais da saúde e ai contemplando a saúde como bem individual, coletivo e em construção.

Se por um lado o direito subjetivo à saúde é irrenunciável e garante aplicabilidade imediata, na leitura contemporânea dos direitos sociais, por outro lado é fato que o serviço público da saúde no nosso país está em crise, a reclamar maior intervenção do Estado para diminuição das desigualdades sociais e para a efetivação de referido direito humano fundamental.

A leitura desse direito – social, subjetivo e fundamental – só é válida quando vista pelas lentes da dignidade da pessoa humana. A dignidade reconhecida e consagrada no texto

constitucional, como fundamento primeiro da República, clamando antes de tudo pela característica da UNIVERSALIDADE.

E é exatamente neste ponto que reside o maior dilema da sociedade moderna brasileira. O processo de desigualdade social é histórico e cultural em nosso país. Não se refere apenas ao contexto econômico, mas se expressa em diversas nuances que invariavelmente desembocam na exclusão social. E justamente no processo de universalidade da dignidade e dos direitos que ela reveste é que se identifica um mal de dimensões incontroláveis. Trata-se de uma patologia crônica que se perpetua como num processo genético de geração a geração.

Nos dizeres de Daniel Sarmiento os brasileiros, desde a mais tenra idade são educados e socializados para perceberem as relações sociais como desiguais. Nossas práticas sociais ensinam [...] “a cada um o seu lugar” (SARMENTO, 2016, p. 61).

E é na aplicação da lei e do direito que se percebem elementos estranhos ao denominado código do direito (lícito e ilícito) se achegando e ganhando diferentes interpretações. Assim, o dinheiro e o poder político [...] “penetram generalizadamente nos processos de concretização das normas legais, dirigindo o seu resultado de forma desigualitária” (SARMENTO, 2016, p. 63).

E assim, de um processo correto de universalização inclusiva do direito humano à saúde (dentre outros) se assiste a uma corrupção sistêmica que privilegia alguns em detrimento de tantos outros.

Se é fato que a Constituição Federal de 1988 apresentou inegavelmente avanço no referido direito (e com ele no contexto da universalidade da dignidade da pessoa humana), abarcando a saúde como bem comum de todos e como dever do Estado, também é fato que, enquanto a sociedade não se apropriar desta consciência não será possível reclamar a efetivação deste direito já declarado no ambiente formal do texto constitucional.

Buscar a universalidade do trato da saúde, escorado no traço da universalização do valor maior da dignidade da pessoa humana é o paradigma a ser superado. E se alguns tímidos passos já foram ensaiados nesta direção, preconiza SARMENTO que cabe [...] “acelerar essa impreterível jornada, que, sem qualquer exagero, é a mais importante na civilização brasileira” (SARMENTO, 2016, p. 68).

Assim, reclama-se pela necessidade de apropriação dos conteúdos constitucionais e políticos reconhecidos no texto constitucional através de um processo lógico, coerente e efetivo de educação política para o país, sem o qual, este tão necessário direito ficará à mercê de

interesses políticos e da orquestração do capital relegando o bem estar e em última e primeira análise, a dignidade da pessoa humana à letra fria da lei.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. GANDRA MARTINS, Ives. Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BROTONS, Antônio Remiro. Derecho Internacional Público. Madri: Editorial Tecnos SA, 1987.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MACHADO, Jonatas. A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988. Coimbra: editora Almedina, 2008.

MAPELLI JÚNIOR Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. Direito Sanitário. São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional dos Promotores de Justiça Cível e de Tutela Coletiva. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; GONET, Paulo Gustavo. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídico, 2000.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.50, n.66, p.143-159, jul./dez. 2016.
RODRIGUEIRO, Daniela Aparecida; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O direito social à saúde na perspectiva da constituição de 1988: um direito individual, coletivo e em construção.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e metodologia. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

Data de recebimento: 15/10/2016
Data de aceitação: 21/12/2016