

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Wander Henrique de Almeida Costa

**A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL
COMO ESTRATÉGIA PARA A (IN)EFICÁCIA DOS ARTIGOS 196 E 198 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Belo Horizonte
2012

Wander Henrique de Almeida Costa

**A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL
COMO ESTRATÉGIA PARA A (IN)EFICÁCIA DOS ARTIGOS 196 E 198 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Giovani Clark

Belo Horizonte, MG
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837p

Costa, Wander Henrique de Almeida

A privatização da saúde no Brasil: como estratégia para a (in)eficácia dos artigos 196 e 198 da Constituição da República de 1988 / Wander Henrique de Almeida Costa. Belo Horizonte, 2012.

146f.

Orientador: Giovani Clark

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Saúde - Brasil. 2. Saúde pública. 3. Brasil. Constituição (1988). 4. Privatização. I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 614(81)

Wander Henrique de Almeida Costa

**A PRIVATIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL
COMO ESTRATÉGIA PARA A (IN)EFICÁCIA DOS ARTIGOS 196 E 198 DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Giovani Clark (Orientador) – PUC Minas

Flávio Couto Bernardes – PUC Minas

Kiwonghi Bizawu – Dom Helder Câmara

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2012

*A meus pais,
Pelos fundamentos que me trouxeram até aqui.*

AGRADECIMENTOS

Aos exemplos de coragem e perseverança de meus pais:

Wander Costa e Wanda de Almeida Costa.

A meus irmãos, pelo amor fraterno.

A Polycena, minha companheira.

Aos amigos e professores que contribuíram para a realização desse trabalho.

Ao Professor Giovani Clark, pela orientação tranquila.

Ao Professor Washington Albino Peluso de Souza, pelos conselhos.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização desse trabalho.

RESUMO

O projeto de pesquisa elaborado para construir essa dissertação foi realizado na Faculdade Mineira de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito Público na linha de pesquisa Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito com o objetivo de registrar a transformação no Brasil da saúde pública em privada como estratégia para dar eficácia aos arts. 196 e 198 da Constituição Federal de 1988. Após vinte e um anos de governo fundado na força do golpe militar de 1967, iniciou-se no Brasil uma transição democrática que teve como ápice a Constituição de 1988. Dentro da proposta do novo Estado Democrático ressalta-se o direito de todos a saúde, devendo o Estado prover os recursos necessários para garantia desse direito constitucional. Todavia, apesar de responsabilizado constitucionalmente de zelar pela saúde de todos, o Estado omite-se e transfere, imperceptivelmente, para a iniciativa privada o ônus de promover e recuperar a saúde de todos, poupando recursos financeiros e econômicos para investimento em outras ações de governo, de força midiática eleitoral mais pungente. Diante da prestação de serviços de saúde precários oferecidos pelo Estado, os brasileiros carentes se resignam e aceitam o tratamento de saúde precário. Aqueles que podem pagar pelos serviços oferecidos pela iniciativa privada, não vacilam e arcam com esta despesa, apesar de teoricamente já terem quitado esta conta junto ao Estado. Essa pesquisa realiza uma análise das políticas públicas na área da saúde e mostra a restrição proposital do Estado em investimentos financeiros e econômicos na área da saúde pública, para precarizar o atendimento e ter êxito na privatização da saúde, frustrando o discurso constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Saúde, Estado, Constituição, Sociedade, Privatização.

ABSTRACT

The research project designed to build this dissertation was conducted at the School of Mining Law - Graduate Program in Law, Area of Concentration in Public Law at the State line of research, the Constitution and Society Paradigm in a democratic state with the objective to record the transformation in Brazil's private and public health strategy to give effect to the arts. 196 and 198 of the Constitution of 1988. After twenty-one years of government founded on the strength of the military coup of 1967, began a democratic transition in Brazil who had the apex of the 1988 Constitution. Within the proposed new democratic state emphasizes the right of everyone to health, the State must provide the resources necessary to ensure that constitutional right. However, although constitutionally responsible for ensuring the health of all, the rule is omitted and transfers, imperceptibly, to burden the private sector to promote and restore the health of all, saving financial resources for investment in economic and other government actions of electoral strength media at its worst. Given the provision of health services offered by the precarious state, the Brazilians are resigned and accept poor treatment of poor health. Those who can afford the services offered by private, non-slip and bear this expense, although theoretically this account have already settled with the state. This research conducts an analysis of public policies in health and shows the deliberate restriction of the state in economic and financial investments in public health so precarious service and succeed in the privatization of health, defeating the constitutional discourse and Democratic State right.

Keywords: Health, State Constitution Society, Privatization.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CR – Constituição da República

Ed. – Edição

Ex. – Exemplo

Rev. – Revisada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Vol. – volume

LISTA DE SIGLAS

AI – Ato Institucional

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF – Constituição Federal

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CR – Constituição da República

EC – Emenda Constitucional

FDDBE – Fundação Brasileira de Direito Econômico

FMI – Fundo Monetário Internacional

FPE – Fundo de Participação dos Estados

FPM – Fundo de Participação dos Municípios

IBAM – Instituto Brasileiro de Administração Municipal

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

SUS – Sistema Único de Saúde

USP – Universidade de São Paulo

APRESENTAÇÃO

Nesta dissertação, pretende-se demonstrar que na retomada da democracia no Brasil através da implantação em 1988 do Estado Democrático de Direito, o Poder Constituinte incluiu a saúde como direito social do cidadão e, o Estado como responsável pelo provimento do mesmo.

Entretanto, imperceptivelmente, o Poder Executivo precariza os serviços públicos de saúde e transfere para a iniciativa privada esta atribuição essencial para os brasileiros.

As razões e conseqüências desta privatização são mostradas neste trabalho no intuito de contribuir para alteração deste quadro, contrário ao idealizado pelo Constituinte de 1988.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 SOCIEDADE, ESTADO E CONSTITUIÇÃO	27
2.1 A Formação do Estado e do Direito	27
2.2 Constitucionalismo	34
3 POLÍTICAS SOCIOECONÔMICAS	40
3.1 Absolutismo e Mercantilismo	40
3.1.1 <i>O atendimento à saúde na Idade Média</i>	42
3.2 Estado de Direito e Liberalismo Econômico	44
3.3 Estado Social e Neoliberalismo de Regulamentação	47
3.4 Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo de Regulação	50
4 DIREITO À SAÚDE E CONTROLE ESTATAL	57
4.1 Direito à Saúde no Estado Brasileiro	57
4.2 A regulação estatal na economia	65
5 A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	75
5.1 Serviços Públicos	75
5.2 Pressupostos Práticos na Saúde Pública.....	79
5.3 Financiamento da saúde pública	88
5.4 Gestão da saúde pública.....	95
5.5 Os consórcios intermunicipais de saúde pública	96
6 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	100
6.1 Justiça Social	100
6.2 Ativismo e judicialização.....	107
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	131
REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

Após vinte e um anos de regime ditatorial, e com o advento da eleição de um civil para a Presidência da República, iniciou-se em 1985, a transição que iria retornar a Nação para os trilhos da democracia institucional.

Em 1º de fevereiro de 1987, instalou-se no Congresso Nacional a Assembléia Nacional Constituinte com o objetivo de sedimentar todo o processo de mudança e transformar o Brasil em um Estado Democrático de Direito, com a pretensão de garantir, dentro de um Estado de Direito, a democracia e a justiça social para uma sociedade complexa e plural.

A Constituição da República de 1988, portanto, impregnada com o ideal republicano estipulou para os cidadãos, há muito privados de seus direitos fundamentais –, direitos de primeira, de segunda, de terceira e até de quarta geração, exemplificados no direito à liberdade, saúde, meio ambiente ou outros.

Estabeleceu-se, na Constituição Federal de 1988, mais precisamente na temática da saúde, que interessa à pesquisa, o direito do cidadão receber do Estado ações efetivas de prevenção e correção em casos de risco à sua saúde, tais como diagnóstico, consultas, intervenções clínicas e cirúrgicas e prescrição medicamentosa, de modo a manter a pessoa humana com o sentimento concreto de bem-estar, livre de doenças ou mesmo que as porte, tal seja sem sofrimento.

Projetou-se, diante desse desafio, um Sistema Único de Saúde – SUS, para disponibilizar, universalmente, saúde para todos. Porém, após um início vacilante no início dos anos noventa, o Estado culminou por optar pela precarização do serviço público, permitindo à sociedade buscar junto ao setor privado os serviços de saúde necessários que garantam um atendimento preventivo e de recuperação da saúde. É a implantação do neoliberalismo de regulação na saúde.

A problematização para a qual dar-se-á foco no presente trabalho será (é) observar o nível em que as políticas sociais e econômicas, voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estão dissociadas da instrumentalização normativo-jurídica, causando a privatização da saúde. A questão que se levanta, nesta pesquisa científica, é demonstrar que as práticas estatais, através de suas políticas públicas (sociais e econômicas), são projetadas para levar a saúde pública à privatização, transferindo para o setor privado lucrativo os deveres estatais de cuidar da saúde do povo brasileiro.

Realiza-se, através deste trabalho, uma análise das políticas públicas na área da

saúde para desvelar que as elas são insuficientes para suportar os comandos constitucionais que impõem ao Estado o dever de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

A pesquisa que fundamenta o texto da dissertação observa, a partir de dados coletados junto aos entes estatais operadores das políticas públicas da saúde, como o Estado elabora e executa sua missão constitucional na saúde, e como tais práticas culminam em favorecer a privatização dos serviços públicos de saúde.

O tema é atual e de grande importância para a sociedade, a partir do momento em que desvela as verdadeiras práticas governamentais na área da saúde. Lança luz sobre a questão e dá sugestões sobre a realização dos ajustes necessários no projeto político-constitucional com fundamento no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho, enfim, quer demonstrar que a privatização da saúde pelo Estado resulta em um tratamento desigual aos cidadãos, fazendo do discurso constitucional de igualdade uma mera simbologia acadêmica que não supera os limites epistemológicos e não transforma em realidade o ideal constituinte de igualdade entre os cidadãos brasileiros.

A dissertação é dividida em cinco capítulos – Sociedade, Estado e Constituição; Políticas socioeconômicas; Direito à saúde e Controle Estatal; A saúde e a Constituição de 1988, Judicialização da Saúde.

O trabalho é sistematizado mostrando nas origens a formação da Sociedade, do Estado e do Direito, bem como a transformação das políticas socioeconômicas adotadas pelo Estado através dos tempos. Ao mostrar a transformação das políticas estatais, aponta-se também a forma de como a saúde foi abordada em cada período da história.

Em capítulo apartados, é mostrado como se executa o controle estatal sobre as atividades das instituições de saúde privadas, e como a saúde foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a saúde transformou-se em direito social à partir da Constituição de 1988 e como o Estado vem operacionalizando esse direito.

Na última parte deste trabalho, é averiguado como o Poder Judiciário vem minimizando a injustiça social de modo a efetivar Estado Democrático de Direito, ainda que pontualmente, através do ativismo judicial.

No primeiro capítulo, aborda-se a formação do Estado e do Direito, abordagem extremamente importante devido ao fato de o Direito à saúde dos brasileiros estar previsto na Constituição da República de 1988, pontuado como dever do Estado prover esse direito. Percorre-se, historicamente as origens da sociedade e verifica-se, como o sistema econômico e seus agentes influenciaram o processo de formação do Estado e do Direito.

O processo econômico é identificado na pesquisa como a gestora da formação do Estado e do Direito, e de inúmeras mudanças subseqüentes no perfil dos sistemas políticos e econômicos do Estado, posicionando-se em relação ao sistema feudal, Estados Nacionais, mercantilismo, absolutismo, enfim promovendo mudanças e alterações de forma a manter a hegemonia econômica e política, até o período pós-moderno, vivenciado atualmente.

No segundo capítulo, verifica-se as questões relativas ao surgimento e evolução das políticas socioeconômicas do Estado, desde a Idade Média, iniciando-se pelos Estados Nacionais até a Era pós-moderna, incluindo as políticas econômicas que deram sustentação a cada forma de governo em todo esse período.

Nesse tópico, verifica-se como os governos lidavam e disponibilizavam a saúde, a partir de quando essa questão começou a ser enfrentada pelo Estado e como as organizações não governamentais interagiam na sociedade com a saúde pública.

No terceiro capítulo é verificado em uma dimensão histórica, como a saúde pública foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira constituição outorgada no Império de Dom Pedro I, sendo tratadas questões de saúde pública, vivenciadas no Brasil no decurso de sua recente história republicana. Trata-se ainda de como o Estado realiza o controle da economia, especialmente no que refere-se à orientação das atividades econômicas no sentido de atender as áreas de maior interesse público, através da regulação da economia.

No quarto capítulo, após a Constituição de 1988, a saúde passa a ser tratada como direito social do brasileiro, cumprindo ao Estado desincumbir-se do papel de provedor desse direito - a saúde pública, conforme lhe reservou o constituinte, e onde são dissecados assuntos relacionados com as políticas públicas da saúde, a criação do SUS, as políticas de financiamento da saúde pública e os consórcios intermunicipais de saúde.

Demonstra-se como o pacto com a iniciativa privada e o Estado Brasileiro estão sintonizados e almejando os mesmos objetivos, no sentido de aumentar as poupanças financeiras internas, quer de um lado arrecadar capital e de outro economizá-lo, de modo que consubstanciados nesses desígnios, tanto Estado quanto a iniciativa privada ganham com a omissão daquele, nas suas políticas públicas de financiamento da saúde quanto na hiperatividade das empresas de saúde, que se disseminam em todo território brasileiro de forma contundente.

No quinto capítulo, verificam-se os pressupostos de justiça social à luz da dissociação da realidade existencial ante o texto constitucional normativo-jurídico, e a hermenêutica constitucional, também denominada neoconstitucionalismo, que possibilita o apoderamento pelo Poder Judiciário de conceitos pós-modernos de interpretação legislativa

com o intuito de efetivar o Estado Democrático de Direito e manter um padrão mínimo de justiça, para alcançar equilíbrio e paz social, ainda que de forma mínima, pontual e restrita, abordagem denominado pela doutrina de minimalismo judicial.

Essa dissertação, ao tratar do Direito à saúde, garantido no pacto social renovado na Constituição do Brasil em 1988, faz um alerta no sentido do desvirtuamento executado pelo Estado de suas obrigações com a saúde dos brasileiros.

Carentes de uma política pública capaz de promover universalmente a saúde de todos, devido à política de precarização da saúde pública, os cidadãos brasileiros, orientados sub-repticiamente, buscam, na rede privada, a garantia de um tratamento preventivo ou de recuperação da saúde, indisponível nos postos públicos do SUS, de modo que, a cada dia, o compromisso estatal com esse Direito vai se esvaindo.

2 SOCIEDADE, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Muito embora o conceito de Constituição esteja atualmente difundido e compreendido, juntamente com seus princípios fundamentais de igualdade e liberdade, nem sempre foi assim. Para verificar o desenvolvimento da compreensão desse conceito ao longo da história, torna-se necessário voltar o olhar às origens da formação da Sociedade, do Estado e do Direito, de modo a capturar a natureza jurídica dessas instituições, permitindo situá-las em relação umas às outras e demonstrar a legitimidade atual da postulação de direitos do cidadão perante o Estado.

2.1 A Formação do Estado e do Direito

A história da Sociedade, do Estado e do Direito consolida-se numa epopéia de opressão e sofrimento, tendo como atores uma minoria opressora, sempre causando sofrimento a uma maioria oprimida. Na literatura pátria,¹ menciona-se a teoria mecanicista como a que procura interpretar os fundamentos da sociedade, apegando-se principalmente no pensamento dos contratualistas dentre os quais, Thomas Hobbes² (1979), John Locke³ (1978) e Jean-Jacques Rousseau⁴ (1978).

Nascido na França, Rousseau publicou em 1762, um significativo ensaio retratando as origens e fundamentos da sociedade. Escreveu que o homem, para conseguir sobreviver, ainda na infância da humanidade, a partir de um acordo racional e natural de vontades, agrega-se um ao outro através de um Pacto Social. O trabalho de Rousseau - “Contrato Social”, ressalta que a primeira manifestação coletiva observada foi a família e nada além do que alimentação e sexualidade importava para o homem comum.

Engels (2007), como Rousseau, tinha que a formação da sociedade ocorreu a partir da família primitiva cujo modelo de subsistência consistia numa economia doméstica calcada na subsistência, sem produção de excedentes tornando o comércio e o acúmulo de riquezas desnecessário.

¹ De acordo com Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, utilizando-se de ensinamentos de Paulo Bonavides (2010, p.43) “a teoria mecânica e a teoria orgânica são as teorias históricas mais significativas que buscam interpretar os fundamentos da sociedade. Os mecanicistas se fundamentam na razão como diretriz da convivência humana, dizem que a base da sociedade é o consenso, o acordo de vontades, com apoio na vontade livre e criadora dos indivíduos. Os organicistas entendem que o homem jamais nasceu livre, defendem o princípio da autoridade que envolve o indivíduo desde o seu nascimento, amparando-o, governando-o, e do qual jamais conseguirá se desligar inteiramente.”

² Hobbes, Thomas, 1588-1679.

³ Locke, John, 1632-1704

⁴ Rousseau, Jean-Jacques, 1712-1778

Esse quadro foi se alterando através dos séculos, quando ocorreram transformações que desembocaram na sociedade moderna, com uma agricultura e produção de bens em grande escala, na descoberta de novos territórios, nas guerras e no intenso comércio internacional.

Os contratualistas adotam a Teoria do Contrato Social, surgida por volta dos séculos XVII e XVIII e inspirou a oposição aos regimes absolutistas daquela época. Através do Contrato Social explica-se a formação do Estado e do Direito, segundo a qual os homens viviam em sociedade sem subordinação a qualquer autoridade política, até que, consensualmente, criaram o Estado e, com ele, o Direito.

A respeito da Teoria do Contrato Social, explica Gusmão (2009, p.382) “corrente que encontra no consenso entre os membros da sociedade, ou seja, no contrato social ou contrato original, a origem do direito e do Estado, que se renova cada vez que a constituição é mudada.”, todavia, as causas do acordo de vontades, teve para cada um dos filósofos contratualistas uma razão diferente. Para Hobbes (1979) foi a busca da paz social devido à natureza belicosa dos homens; para Locke, foi a procura da proteção da propriedade e, para Rousseau, foi coibir o abuso do poder. Estes últimos conceituavam a natureza humana como pacífica.

Esclarece Gusmão:

O contrato social instituiu, segundo Hobbes, o governo forte consentido, ou seja, o absolutismo político, domesticador da bestialidade humana e instaurador da paz social; para Locke, o governo responsável, com supremacia do Parlamento, formulando leis, escolhendo juízes independentes, garantindo a propriedade, enquanto para Rousseau, assegurou a igualdade, a liberdade e o governo submetido a leis, que deveriam ser a expressão da vontade geral. Assim, a idéia de contrato social serve, com Hobbes, para justificar o absolutismo real; com Locke, o capitalismo e o parlamentarismo; e com Rousseau, o liberalismo e a república. No caso de Hobbes, o contrato social explica a origem dos direitos individuais; no de Locke, os protege, ampliando-os; enquanto no de Rousseau, transforma os direitos naturais em direitos civis. (GUSMÃO, 2009, p. 385)

Para Hobbes, todos os homens são iguais, mesmo que um seja mais forte que o outro, ou sobrepuje na inteligência. Em seu entendimento, as qualidades pessoais culminam por se compensarem mutuamente, de modo que, no conjunto das qualidades individuais não se identifica uma vantagem tão significativa que possibilite alguém aspirar a um benefício que o outro não possa também desejar.

Ressalta Hobbes:

Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes, apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. (HOBBS, 1979, p. 74-75)

Dessa igualdade natural que pertence a cada homem, deriva que eles vivem em estado permanente de discórdia, visto não usufruírem de prazer algum na companhia uns dos outros. De acordo com o pensamento hobbeniano, as pessoas por estarem emparelhadas nas mesmas condições de igualdade, não se sentem à vontade em submeter umas às outras sem que haja um poder fora da relação cidadão/cidadão capaz de ordenar tal submissão, resultando disso a possibilidade do convívio social, visto que, na presença da autoridade, é possível instituir-se o relacionamento binário do direito “dever/não dever”, “poder/não poder”, “crédito/débito” e, enfim, “regra/não-regra”.

Em torno dessa teoria, de que o estado permanente dos homens fora da sociedade é um estado belicoso, que não conseguem viver socialmente senão seguindo seus próprios juízos em benefício exclusivo, ocorreu a Hobbes, devido à percepção dos homens que, através do contrato social, sairiam do estado de guerra para um estado de paz.

Acentua Hobbes:

E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros. Em todos os lugares onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar-se e espoliar-se uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima, e tão longe de ser considerada contrária à lei de natureza que quanto maior era a espoliação conseguida maior era a honra adquirida. (HOBBS, 1979, p. 104)

Para Rousseau (1978) o homem, ao verificar que a natureza o superava em forças buscou, na união com outros homens, obter os meios necessários para sobreviver, formando, a partir desse conjunto, a garantia da preservação da espécie. Dizia o filósofo que o homem natural era livre, enquanto o homem social, agregado a uma sociedade, também era livre, embora houvesse um comprometimento com outras pessoas, uma vez que a sociedade lhe garantia direitos fundamentais essenciais como a vida, a liberdade e a propriedade.

O texto de Rousseau introduz a idéia de que o homem nasce naturalmente livre, mas logo se põe escravo, “o homem nasce livre, mas por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais não deixa de ser mais escravo do que eles.” (ROUSSEAU,

1978, p. 22). Para o filósofo iluminista, o homem, ao se associar a outros homens para superar as forças da natureza que o sobrepujava, perdia momentaneamente sua liberdade; todavia, logo a readquiriria, visto que o pacto social lhe devolvia seu estado de liberdade inicial:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-o se a todos, só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. (ROUSSEAU, 1978, p. 32)

A teoria mecanicista de Rousseau (1978, p. 39) conclui que o pacto social substitui a igualdade natural por uma igualdade moral e legítima, tornando os homens iguais por convenção e direito, de modo a afastar a desigualdade natural originária na força individual ou no gênio pessoal de cada indivíduo.

Logo que formado o pacto social inicial, “esse ato associativo produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da Assembléia” (ROUSSEAU, 1978, p.33), ou seja, forma-se para Rousseau a pessoa pública, o Estado, e os membros da Assembléia recebem coletivamente “o nome de povo e se chamam, em particular, cidadãos, enquanto partícipes da autoridade soberana, e súditos enquanto submetidos às leis do Estado (ROUSSEAU, 1978, p. 33-34).

Nesse instante, verifica-se o rompimento do pensamento iluminista com o padrão de comportamento contemporâneo dos Séculos XVII e XVIII, compreendendo-se a época em que viviam ainda num período pré-moderno, tinham como soberanos os príncipes dos Estados Nacionais possuidores, como diziam, do Poder Divino, da unção direta de Deus.

Os reis absolutistas da Europa, em países como França, Espanha e Inglaterra, por exemplo, dominavam os territórios e seus habitantes, apesar das teorias de que a formação da sociedade tivesse ocorrido sob o paradigma de um pacto social, o domínio do homem se originava inicialmente no domínio da propriedade privada.

No período iluminista⁵, quando se propunha a idéia de igualdade como fundamento da sociedade, todos eram iguais, uma vez que os homens nasceram livres e a mera convenção política e moral não retirava essa condição das pessoas. Os soberanos, para os Iluministas, eram apenas representantes do povo, alçados ao Poder para governar o Estado formado por todos, por associação necessária para a sobrevivência comum. Afastada a suserania, uma vez

⁵ A referência “iluminista” deve-se à Idade das Luzes, no período moderno em oposição à Idade Média, considerada Idade das Trevas.

que, apesar de unido a todos numa igualdade moral e legítima, o homem permanece livre obedecendo somente a sua vontade.

É nesse sentido que Rousseau anota:

O pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito. (ROUSSEAU, 1978, p. 39)

A grande dificuldade enfrentada pelos filósofos foi demonstrar à sociedade moderna que todos eram iguais perante o Estado, isso porque os costumes arraigados durante séculos de submissão não permitiam ao povo pensar diferente. Na Idade Média, iniciada em 476 d.C. após a queda do Império Romano do Ocidente, ocorrida com as invasões dos povos bárbaros⁶, a sociedade era constituída por três classes: nobreza, clero e povo. As classes proprietárias eram a nobreza e o clero, sendo que os nobres eram guerreiros e os cléricos cuidavam dos ofícios da religião. O povo, que fechava o círculo do estrato social, contentava-se em servir as duas outras classes.

Na prática, a idéia de igualdade começou a ser implantada quando os primeiros colonos europeus começaram a chegar ao Novo Mundo, e não tiveram dificuldade em apreender o conceito de igualdade, porque, nas novas terras do Ocidente, livres da autoridade dos reis, dos nobres e do clero, o sentimento de igualdade fluía de forma muito natural, porque aqueles que os acompanhavam eram pessoas semelhantes, todos trabalhavam e todos lutavam naquelas caravanas náuticas, que percorriam os mares em busca de novos ares, novas terras e oportunidades.

Para o homem que vinha para o Novo Mundo o sentimento de igualdade foi se agregando aos sentidos mais facilmente, visto que os soberanos não vinham com eles e, nas embarcações, não havia entre os passageiros ninguém realmente diferente, e a convivência em pequenos navios durante semanas acabava por reduzir à igualdade o que poderia ainda restar de autoridade e superioridade entre todos, passageiros e tripulantes.

Por isso, os pactos de igualdade e de divisão de terras floresciam profusamente entre os antigos servos da Europa, ora novos colonos nas Américas. A história registra que o mais significativo deles foi realizado a bordo do navio inglês “Mayflower”, em 11 de novembro de 1620, na costa marítima da Virgínia, quando se firmou um pacto de igualdade pouco antes de desembarcarem nos Estados Unidos.

⁶ Os povos germânicos do norte da Europa eram chamados pelos Romanos de bárbaros.

Acrescenta Rousseau:

O pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade, que eles se comprometem todos nas mesmas condições e devem todos gozar dos mesmos direitos. Igualmente, devido à natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de modo que o soberano conhece unicamente o corpo da nação e não distingue nenhum dos que a compõem. (ROUSSEAU, 1978, p.50)

Mas, formado o pacto social, os homens, apesar da inexistência de causas fáticas reais para perder seu estado inicial de igualdade, adentravam um estado de desigualdade, uma vez que o homem-social só é feliz pelo discurso de terceiro, conforme acentua o jusnaturalista Rousseau:

A desigualdade não é legítima do ponto de vista natural. O homem selvagem conhece o repouso e a liberdade: seu próprio testemunho basta-lha para ser feliz. Não possuem sentido, para ele, as palavras poderio e reputação. O homem policiado conhece o trabalho e a escravidão. Só é feliz pelo testemunho de outrem. Vive para as aparências: suas virtudes, no fundo, não passam de vícios disfarçados. (ROUSSEAU, 1978, p.212)

Através do contrato social, o homem se transforma em homem-moral quando se importa com o discurso das convenções, da riqueza e da ambição. Para Rousseau a instituição da propriedade foi o primeiro passo da humanidade em direção à desigualdade. E tudo começou com o desenvolvimento da metalurgia e da agricultura, que fixou o homem em locais determinados e fez com que ocorresse a busca por fontes de alimentos cada vez com maior intensidade.

Através do trigo alimentavam-se os metalúrgicos e serviam-se da sobra para o escambo de manufaturas. A posse das terras para a agricultura fez com que algumas pessoas – mais talentosas e corajosas se tornassem ricas, e “a riqueza suscita a ambição, a concorrência, a rivalidade de interesses, a herança e a dominação universal.” (ROUSSEAU, 1978, p. 210).

A riqueza origina também outra instituição. Sendo o poderio da força insuficiente para manter as riquezas acumuladas, o homem rico, “a fim de legitimar a sua posse, imagina dar aos homens máximas e instituições além das naturais.” (ROUSSEAU, 1978, p. 210), criando-se associações, governos e perdendo-se enfim a liberdade. Assim, com a proliferação das sociedades, o direito civil é implantado dentro delas, mas o direito natural continua a regular as relações entre as sociedades, daí as guerras nacionais.

As premissas e normas que regulam os estatutos das sociedades são mais vantajosas para os ricos do que para os pobres, que não têm nada a perder. Para Rousseau, o segundo passo para a desigualdade após a criação da propriedade é a criação dos magistrados “para

fazer observar as deliberações do povo” (ROUSSEAU, 1978, p. 211) e a terceira e última locação para a criação da desigualdade é o despotismo, a partir do aparecimento do senhor e do escravo.

O despotismo fecha o círculo da evolução. Com efeito, reencontra todos os caracteres do estado de natureza: os homens, então, são iguais por não valerm nada: o direito do mais forte vence; a moralidade reduz-se a uma obediência cega; não existe mais virtude de costumes, nem noção do bem. Um tal estado legitima todas as revoluções. (ROUSSEAU, 1978, p.212)

Mas, enfim, criadas as sociedades através do Contrato Social, ao menos num primeiro momento, percebe-se uma igualdade real entre os homens que, senhores e possuidores de sua liberdade, indicam governantes que não passam de representantes do povo pactuado socialmente para conduzir os destinos do Estado. Todavia, para conter o despotismo, torna-se necessária a existência de leis escritas fora do alcance dos governantes e, aí neste ponto, apresenta-se a idéia do constitucionalismo, que se consuma na máxima de que uma sociedade somente é livre se existe no Estado leis escritas e que são cumpridas.

Para Charles Montesquieu (1979)⁷, para haver um Estado livre do arbítrio, mister a existência de um sistema de pesos e contrapesos, num equilíbrio permanente de forças entre os Poderes de Estado, em que um Poder se equilibra pela força que advém do outro, lançando assim a idéia da Separação dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário, conviventes harmoniosa e independentemente entre si.

Vê-se, portanto, nas idéias desses filósofos iluministas dos séculos XVII e XVIII, os parâmetros da formação da Sociedade e do Estado. Quanto ao Direito, é fato que existe mesmo antes do Estado, na aurora da humanidade, quando os homens ainda moravam nas árvores. Mesmo aí, havia, por mínimo que fosse, um código de conduta; ainda nas famílias primitivas, veêm-se traços do direito, mais recentemente, na antiguidade, na Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente” -, é impossível, enfim, pensar na existência de um agrupamento de pessoas, por menor que seja, sem que exista alguma orientação de conduta. Essa orientação de conduta, ainda que precária, provém do Direito.

Ressalta Gusmão:

Desde a antiguidade, os legisladores, como Hamurabi, por exemplo, impuseram os seus códigos como expressão da vontade de uma divindade. Fundamento sobrenatural foi dado sempre ao direito nas civilizações arcaicas. A partir de Atenas, os filósofos colocaram em dúvida essa origem, preocupando-se mais com o fundamento moral ou racional das normas éticas. Na civilização Européia, a mesma preocupação, ao sabor de ideologias em moda ou de filosofias predominantes

⁷ Montesquieu, Charles Louis de Secondat (1689-1755)

em suas várias épocas, tem levado juristas e filósofos a darem diversos fundamentos para o direito. (GUSMÃO, 2009, p. 377).

O direito é um fenômeno social autônomo, pertencente a várias culturas. Segundo Gusmão (2009, p. 19), a história de cada civilização conduz a sociedade para um rumo diferente, nascendo daí um Direito diverso para cada civilização, com seus traços peculiares. Assim, sob esse prisma, verifica-se a existência do direito grego antigo, do direito germânico, do direito italiano, do direito brasileiro etc.

O problema do Direito é quando ele representa exclusivamente o interesse das classes minoritárias predominantes, sendo, por isso, injusto; e, de acordo com Gusmão (2009, p. 378): o direito injusto sobrecarrega os aparelhos judicial e policial, uma vez que “quanto mais o direito corresponder ao ideal histórico predominante, mais será espontaneamente observado.”.

A procura por um direito justo tem levado filósofos e pensadores do direito a buscarem ajustá-lo a um ideal, e, em face disso, várias escolas e no âmbito destas, outras tantas correntes foram criadas através dos tempos, conforme explica Gusmão:

[...] como, por exemplo, a Escola do Direito Natural dos séculos XVII e XVIII, a Escola Histórica alemã do século XIX, a Escola Positivista francesa e italiana e a Escola de Viena, de nossa época. Dessas e de outras escolas surgiram correntes ou direções do pensamento jurídico. Se por correntes entendermos os grandes caminhos percorridos pelo pensamento jurídico, pelo qual grande número de juristas perseguiu uma fundamentação universal para o direito ou uma explicação exaustiva para o fenômeno jurídico, pensamos poder reduzi-las a dez: jusnaturalismo, a mais antiga, que desde Atenas está presente na Civilização Européia; contratualismo jurídico, importante pelas conseqüências históricas que produziu; idealismo jurídico, positivismo jurídico, historicismo jurídico, kantismo jurídico, culturalismo jurídico, sociologismo jurídico, purismo jurídico e realismo jurídico. (GUSMÃO, 2009, P. 378).

Assim, através dessas diversas correntes que buscam explicar o direito, a história da humanidade se desenvolve, tendo a sociedade como pano de fundo, porquanto é conduzida numa ordem social controlada pelo Estado de modo a efetivar o desenvolvimento social e econômico, consubstanciado hoje no Estado Democrático de Direito.

2.2 Constitucionalismo

A queda de Roma marcou o fim da Antiguidade e o início da Idade Média, sendo, portanto, um marco na história da civilização. Sucederam-se as invasões bárbaras no ocidente fazendo com que as famílias, camponeses, e pequenos agricultores espalhados pelos campos,

se aglomerassem em burgos feudais, para garantia de sobrevivência às hordas que vinham do norte germânico.

Com o crescimento e desenvolvimento dos burgos dos senhores feudais abriu-se caminho para os Estados-Nacionais, que passaram a adotar o sistema político do absolutismo. Os monarcas absolutistas explicavam e justificavam sua posição geopolítica através de uma ligação com o Poder Divino, permitindo-lhes fazer as leis e aplicá-las, de acordo com seu livre-arbítrio.

Durante séculos, na Idade das Trevas, o Ocidente conviveu com esse sistema político, até que, por volta dos séculos XVII e XVIII, conforme se pode verificar, com as idéias dos filósofos e as empreitadas além-mar, as pessoas foram tomando consciência de seus direitos individuais e, a partir dessa consciência, grupos de oposição aos regimes absolutistas foram se formando, até que se produziu uma idéia coletiva, seguindo-se um movimento das massas populares, irresistível para os sistemas monárquicos, que foram sucumbindo ou se transformando, ora para monarquias de regime político mais aberto, ora para repúblicas democráticas.

Apesar de se dizer que, antes do Iluminismo, o homem não havia ainda sonhado de modo tão racional e igual, o constitucionalismo vinha se forjando séculos antes. Trata-se de uma idéia coletiva, originada no ideal do igualitarismo e inserida parcimoniosamente, sobretudo, paulatinamente em diversos pactos, como os firmados entre os barões e os súditos, sendo o principal deles A Magna Carta Inglesa de 1215, de João Sem Terra, ou dos forais ou cartas de franquias, elaborados por toda a Europa Medieval, constituindo-se de tratados escritos que instituíam e defendiam direitos individuais.

Acentua Ferreira Filho:

Os forais ou cartas de franquias, que se encontram por toda a Europa, tem em comum com os pactos a forma escrita e a matéria que é a proteção a direitos individuais. Esboça-se nelas, porém, a participação dos súditos no governo local, inserindo-se assim, nesses forais, um elemento propriamente político estranho à maioria dos pactos. Por outro lado, seu fundamento é a outorga pelo senhor (ainda que essa outorga nem sempre seja espontânea). (FERREIRA FILHO, 1971, p. 08)

Para Ferreira Filho, o constitucionalismo constitui-se num movimento político e jurídico que tem como objetivo estabelecer regimes constitucionais, ou seja, governos moderados, limitados em seus poderes e submetidos a Constituições escritas. O termo “Constitucionalismo”, segundo Ferreira, apresenta conceitos diversos, destacando-se quatro principais:

O primeiro conceito, apresentado por Zagrebelsky, entende que se trata de um movimento político-social com origens históricas remotas que tem como objetivo impedir o poder arbitrário. O segundo conceito identifica o Constitucionalismo como sendo a imposição de que haja certas cartas constitucionais escritas. A terceira concepção afirma que é possível indicar certos propósitos das constituições que sintetiza a evolução histórico-constitucional do Estado. E por fim, temos o conceito de Lowenstein que aproxima o constitucionalismo da idéia de busca do homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder. Formando um movimento de alcance jurídico mas de características sociológicas. (FERREIRA, 2010)

Para Ferreira, a definição de Manoel Ferreira Filho é mais acertada. De fato, a definição comum de que o homem, em sua caminhada histórica, desde os primórdios até o início da Idade Moderna, vislumbrou, em determinado momento, a idéia de ter um corpo de normas escritas que subjugassem a todos, inclusive o poder soberano, e que estas normas não estivessem ao alcance das mãos do poder estabelecido, de modo que fossem cumpridas por todos, burilando uma organização racional e aberta, amolda-se mais confortavelmente à compreensão do termo estipulada por Ferreira Filho.

Posteriormente, com a descoberta do Novo Mundo, o avanço do Mercantilismo e a chegada em massa de colonos, na América, pactos, em que eram reconhecidos direitos de igualdade, foram estabelecidos - *os contratos de colonização*, típicos da história das colônias da América do Norte. Os novos colonos vinham para o Novo Continente livres dos soberanos, que permaneciam no Velho Mundo, estabeleciam-se então, com contratos em que se reconheciam mutuamente direitos individuais.

Nesse parâmetro, prevalecia o igualitarismo. Nascia assim a idéia da democracia. Os colonos, estabelecidos como os novos donos da terra, fixavam mutuamente normas de convivência. A existência de leis escritas, que se impõem ao próprio rei, é criação dos legistas franceses, empenhados em defender a coroa de soberanos fracos. Afirmava esta doutrina que acima e fora do alcance do soberano, há regras imutáveis: alteráveis somente por deliberação dos Estados Gerais, com autoridade superior às leis emanadas do poder legislativo, as quais são nulas se com elas se conflitarem e versando sobre aquisição, exercício e transmissão do poder.

O constitucionalismo se transformou numa arma política de combate à identificação do soberano com o Estado, em busca de um governo racional, destinado a prestar homenagem aos direitos individuais. A máxima deste ideal é a consciência da necessidade de uma lei escrita, entendida como um documento solene de difícil mutabilidade, fundado na vontade popular, segundo o princípio da separação dos poderes, pregado por Montesquieu, para garantia das liberdades individuais, acentuando-se na doutrina de que uma sociedade, para

conviver de forma racional, deve ter uma lei escrita sobreposta a todos, definindo a separação de poderes e determinando o projeto político-social.

Atualmente compreende-se o constitucionalismo como a “técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais, e que coloca o Estado em condições de não poder violar tais direitos.” (CONSTITUCIONALISMO: Histórico e ciclos constitucionais, 2008), permanecendo a idéia de que a constituição, em seu sentido lato, objetiva garantir a liberdade do indivíduo.

Doutrinariamente o direito constitucional se divide em dois grandes períodos históricos: Constitucionalismo Clássico (1787 a 1918) e o Constitucionalismo Moderno (que teria início em 1918 e seguiria até atualmente), acrescentando que essa divisão não tem unanimidade na doutrina jurídica, havendo uma corrente que defende o neoconstitucionalismo, com início a partir do segundo pós-guerra.

Como foi demonstrado o Constitucionalismo origina-se da necessidade de segurança jurídica ante o Estado para combater as arbitrariedades do Rei absolutista, uma vez que com as leis sendo escritas garantindo os direitos individuais, as pessoas, numa certa medida, poderiam ao menos se defender destes abusos, sendo essa idéia um dos principais móveis que originaram a formação do Estado Liberal:

Importante ressaltar, a distinção entre o ordenamento jurídico latino e o anglo-saxão, constituindo-se aquele num conjunto de leis, e este, num conjunto de jurisprudência. Tradicionalmente, existem duas formas de constitucionalismo. A primeira, que reconhece o fenômeno como divisão de poderes, e a segunda, que o reconhece como governo das leis, não dos homens.

Estabelece-se a divisão de poderes para diminuir o arbítrio, uma vez que a divisão comum dos poderes em três funções: legislativa, executiva e judiciária. Essa forma de separação é denominada horizontal.

A repartição vertical apresenta-se através do federalismo - União, Estado, Municípios, contudo, vê-se que a conceituação mais conhecida é da divisão dos poderes, constituindo o principal exemplo o constante na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, realizada em 1789, em plena Revolução Francesa, que textua: “Art. 16 - Toda Sociedade em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes não tem Constituição.” (FRANÇA, 1789)

No Brasil, as primeiras constituições escritas coincidem com o período do constitucionalismo, denominado clássico, ou seja, a Constituição do Império do Brasil de

1824 e da Constituição de 1891, uma vez que ocorrem nesse período, as primeiras constituições escritas.

O constitucionalismo Moderno subsume-se numa maior intervenção estatal na área social acumulado com o aparecimento do controle constitucional. Explica-se isso de forma bem simples, uma vez que, num primeiro momento, o constitucionalismo serviu para fixar limites ao poder emanado da autoridade central do Rei. Num segundo instante, no Estado Democrático, a partir do sufrágio universal, as políticas públicas tiveram que ser direcionadas para alcançar a base social, justamente aquela da qual se originam os votos, ocorrendo, a partir desse fenômeno, uma maior regulação estatal voltada para políticas sociais.

Os ciclos que constituem o Constitucionalismo clássico e o constitucionalismo moderno são os seguintes:

Constitucionalismo Clássico

1º) Constituições Revolucionárias do Séc. XVIII: No qual se enquadra a Constituição Americana de 1787, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, entre outros documentos importantes (a Magna Carta de 1225 pode ser incluída aqui);

2º) Constituições Napoleônicas: Autoritárias do início do século XIX;

3º) Constituições da Restauração: Como a dos Bourbons, de 1814. Esse ciclo, que se estende até 1830, consagra as MONARQUIAS LIMITADAS, mas também se caracteriza por conter Constituições outorgadas, feitas sob um processo autoritário de elaboração (como a do Império do Brasil de 1824); 4º) Constituições Liberais: Como a francesa de 1830 e a belga de 1831 (essa última muito importante por trazer uma inovação que marca o Constitucionalismo: incorpora a declaração dos direitos à Constituição e não os dispendo marginalmente). 5º) Constituições Democráticas: Iniciado em 1848. Conta com documentos como as 3 leis constitucionais francesas de 1875.

Constitucionalismo Moderno

1º) Constitucionalismo Democrático-racionalizado: Conta com a presença destacada da Constituição de Weimar de 1919 que tem como grande mérito a incorporação dos direitos sociais ao corpo constitucional (apesar de uma forte corrente atribuir tal mérito à Constituição Mexicana de 1917). Ainda podemos lembrar aquelas "Constituições dos professores", como a austríaca de 1920, sob acentuada influência de Kelsen;

2º) Constitucionalismo Social-democrático: Contém as Constituições francesas de 1946, italiana de 47 e a alemã de 49. Esse ciclo é muito importante pela ênfase nos direitos sociais e econômicos. Ele se estende até os nossos dias e compreende também as Constituições portuguesa de 76, a espanhola de 78 e a brasileira de 88. O "estado social" é elevado na sua máxima expressão;

3º) Experiências Nazi-facistas: Caracteriza-se por reformas às Constituições que modificaram seu núcleo em sua essência. Seriam "fraudes à Constituição";

4º) Constituições Socialistas: Surgidas em 1917 com a Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia. Dentre elas estão as Constituições deste povo de 1924 e de 36. Nestas Constituições era comum a prática política burlar a Constituição (democracia no papel);

5º) Constituições do Terceiro Mundo: Que caracterizam-se por uma tentativa de copiar as construções estrangeiras e que tomaram por terra diante de uma realidade que não condizia com as instituições copiadas. (CONSTITUCIONALISMO..., 2008)

No período pós-moderno, o constitucionalismo sofreu várias mudanças e caracteriza-se principalmente pela visão dogmática de que a Constituição é o centro da hermenêutica jurídica.

Tais mudanças ocorreram principalmente em três campos: histórico, filosófico e teórico, sendo que a transformação da base eleitoral, através do sufrágio universal, transformou o Estado de Direito em Estado Democrático, sendo este o ponto de referência dessa nova dimensão do direito constitucional, instalado na Europa no pós-guerra mundial e, no Brasil, com a partir da Constituição de 1988.

No campo filosófico, o surgimento de premissas pós-positivistas vinculadas a direitos fundamentais identifica uma proximidade do direito com a ética, e, no campo teórico, identifica as causas do surgimento do ativismo judicial.

Sob tais prismas, pode-se dizer que surge uma nova Escola denominada Neoconstitucionalismo, em que uma das correntes, denominada pós-positivista, desponta como novo paradigma do direito constitucional, a partir da evolução do constitucionalismo que, em determinado momento histórico, serviu ao homem para lhe dar garantia individual contra o Estado. No paradigma do Estado Democrático de Direito, aperfeiçoa-se, garantindo eficácia aos direitos do homem, não mais apenas fundamentais, mas direitos políticos, econômicos e sociais.

3 POLÍTICAS SOCIOECONÔMICAS

Formado o Estado e o Direito, faz-se necessário verificar como foram os padrões de comportamento político e econômico do Estado na história; como se formou a burguesia capitalista e como ocorreu seu promíscuo relacionamento com o Estado, conduzindo à formação das políticas socioeconômicas estatais.

3.1 Absolutismo e Mercantilismo

Na Idade Média, período histórico ocorrido entre a queda do Império Romano em 476 d. C. até 1453, com a queda de Constantinopla para os turcos, o tipo de organização social e política que predominou na Europa foi o feudalismo, com esteio nas relações servocontratuais. O comércio era precário e, via de regra, realizado com base na troca de mercadorias, denominada escambo.

As terras pertenciam aos senhores feudais, que as recebiam em doação da autoridade real, os quais detinham também os exércitos, que eram requisitados pelos reis quando houvesse necessidade em caso de guerra de rapina ou de defesa.

Os camponeses, também chamados de servos, cuidavam da agropecuária, pecuária e de um modo geral, serviam à tríade: monarquia, clérigo e senhores feudais. Recebiam em troca o direito a um pedaço de terra para morar e, também, segurança contra os bárbaros, sendo que a produção agrícola era um dos pilares econômicos do feudalismo.

O advento das cruzadas foi um fenômeno importante para a expansão comercial. O deslocamento constante de milhares de pessoas entre o ocidente e o oriente incrementou a necessidade do provimento de bens de consumo comum, como alimentos e vestuário, e especiais, como armamentos, animais de carga e para transporte.

Necessitavam também de dinheiro para viajar, levando à cunhagem de novas moedas. O amedamento, ao invés do escambo, por motivos óbvios, expandiu mais ainda o comércio. As especiarias do oriente, trazidas pelos cavaleiros cruzados e comerciantes que voltavam, desenvolveu mais ainda a vida comercial. Os centros urbanos borbulhavam de gente, e a procura por melhores condições de vida contribuiu para o êxodo rural, desconstruindo o sistema feudal, surgindo em seu lugar, pelas mãos da burguesia comercial, o capitalismo, na aurora da Idade Moderna.

Politicamente, com o incremento da economia urbana, aliada ao aumento da tributação, fortaleceu-se a autoridade real, considerada necessária pela nobreza, temerosa do

alcance das revoltas camponesas. A monarquia passou a manter seus próprios exércitos, diminuindo a relação de dependência com os senhores feudais, que até esse momento cuidavam da segurança nacional. Surgiam, dessa forma, os Estados Nacionais, que, inicialmente, aparecem como uma solução política para a manutenção de poder pela nobreza.

A denominada Idade Moderna, com os movimentos que a marcaram – Renascimento Cultural, Reforma Religiosa e Descobrimientos Marítimos, transcorreu a partir da Queda de Constantinopla pelos Turcos, em 1453, até a Revolução Francesa, em 1789. Nesse período, ocorreu o fortalecimento dos Estados Nacionais, unificados sob o poder do rei absolutista com a ascensão da burguesia comercial e a decadência da nobreza.

Com a queda do feudalismo e a ascensão do poder real, a autoridade monárquica foi se alinhando com a burguesia comercial e se distanciando da nobreza. Entre os traços mais significativos que marcaram o fortalecimento dos Estados Nacionais, aliado ao aumento da arrecadação tributária, encontram-se o fortalecimento dos exércitos, a criação de leis tributárias, a definição de fronteiras, a fixação de aspectos culturais e linguísticos, caracterizando marcadamente os Estados Nacionais.

Os Estados Nacionais se confundem com os Estados Monárquicos absolutistas, a figura do soberano, por sua vez, confunde-se com a do próprio Estado. Era o monarca quem elaborava e aplicava a lei, inexistindo os denominados direitos individuais e, por isso, qualquer garantia de segurança individual para as pessoas.

Nos Estados-Nacionais, a política econômica adotada denominava-se Mercantilismo consistente numa série de práticas econômicas tendentes a unificar o mercado interno, tendo como finalidade o fortalecimento dos Estados-Nacionais.

A teoria mercantilista adotava a idéia de que a riqueza de uma nação consistia na acumulação de metais preciosos – principalmente ouro e prata, obtidos através do aumento das exportações e restrição concomitante das importações.

O Estado absolutista intervinha fortemente na economia incentivando a produção e controlando o mercado interno e promovendo a colonização de novos territórios, como forma de aquisição de matérias-primas e garantia do escoamento de produtos manufaturados para um mercado cativo.

Segundo Pereira, o Estado Absolutista Monárquico constituía-se em um Estado Feudal, decorrendo disso, portanto, que a economia mercantilista era feudal, e os liberais buscavam, através do capitalismo, a transformação do modo de produção feudal, transformando a economia extrativista numa economia industrial e comercial de vulto.

Nesse sentido:

Dentro desse contexto de transformação do modo de produção feudal para o capitalismo, emerge uma série de autores que inovam nas idéias acerca do Estado, da Sociedade e da Economia. Esses autores promovem uma revolução na forma de pensar, comum ao homem no feudalismo. Tornam-se revolucionários no sentido de propor mudanças radicais tanto para o Estado como para a Sociedade e para a Economia. Os liberais, como passaram a ser conhecidos os integrantes deste grupo de pensadores agruparam-se, constituindo uma corrente do pensamento que prima pela liberdade, em seu sentido lato, para o homem feudal. Estes pensadores se puseram contra a ordem feudal, propondo um mundo novo, no qual a liberdade para produzir e comercializar as mercadorias, assume grande significado. A liberdade política e econômica emerge no cenário de discussão dos filósofos e políticos da época. (PEREIRA, 2004)

Nota-se, portanto, por este prisma que o pensamento liberal do Século das Luzes não tinha somente uma conotação política dissociada da prática econômica da época. A burguesia, à qual interessava o “afastamento” do Estado do domínio econômico, ou seja, uma nova forma de intervenção influenciou de forma aguda os fisiocratas franceses, principalmente, no sentido literal que hoje ressoa a palavra liberdade. Precisavam de liberdade para conduzir seus negócios e, como tal, detentores do poder econômico, puseram-se a trabalhar para reduzir a intervenção estatal. Afinal, na condução do processo de liberdade, quando a monarquia foi substituída por um Estado de Direito, foram quase esquecidos aqueles que realmente, de maneira efetiva, financeiramente inclusive, influenciaram na estruturação do capitalismo (as monarquias).

3.1.1 O atendimento à saúde na Idade Média

A saúde é objeto de estudo entre os homens desde os primórdios da humanidade. Na Grécia, onde o tema foi tratado com a racionalidade necessária, Hipócrates de Cós (460-377 a.C.), com várias referências em textos de Sócrates, Platão e Aristóteles, é considerado o pai da medicina, de acordo com vários escritos que lhe são atribuídos, que formam o Corpus Hipocraticus, postulou a existência de quatro fluidos principais no corpo humano (humores), que, se em equilíbrio, demonstram boa saúde. São eles a bile amarela, a bile negra, a fleuma e o sangue.

Todavia, com o surgimento do Cristianismo e o crescimento da Igreja na Idade Média, à qual se seguiu o Estado Absolutista, os problemas relacionados com a saúde foram vinculados à causa cristã, de modo que o doente era considerado, primordialmente, uma pessoa em pecado.

Com o acúmulo de pessoas nas cidades e a ausência de condições sanitárias, houve a proliferação de doenças compatíveis com o novo modo de vida nos burgos medievais,

surgindo, dadas as condições, as epidemias em meio à população. Doenças como varíola, influenza, difteria, sarampo, tuberculose e erisipela eram bastante comuns, aliadas à lepra e à peste bubônica.

A Igreja aproveitou-se nesse instante e ligou a existência de doenças e epidemias com a falta de fé e o pecado, de modo que a existência de doenças passou a ser considerada como castigo de Deus e expiação dos pecados. Assim, em face da ausência de medicamentos e de diagnósticos precisos, morrer fazia parte da passagem para o mundo espiritual e equivalia à libertação.

A peste bubônica, transmitida pela pulga dos ratos sangrou a Europa no curso da Idade Média quando dizimou um quarto da população em torno do ano de 1347, sendo as causas da doença, aliadas às péssimas condições de higiene encontram-se a promiscuidade e à falta de higiene nos burgos medievais.

A respeito do assunto:

Na Idade Média européia, a influência da religião cristã manteve a concepção da doença como resultado do pecado e a cura como questão de fé; o cuidado de doentes estava, em boa parte, entregue a ordens religiosas, que administravam inclusive o hospital, instituição que o cristianismo desenvolveu muito, não como um lugar de cura, mas de abrigo e de conforto para os doentes. Mas, ao mesmo tempo, as idéias hipocráticas se mantinham, através da temperança no comer e no beber, na contenção sexual e no controle das paixões. Procurava-se evitar o *contra naturam vivere*, viver contra a natureza. O advento da modernidade mudará essa concepção religiosa. (SCLIAR, 2007)

Todavia, algumas medidas sanitárias foram empreendidas com o fim de sanear as cidades, podendo-se considerar determinadas medidas de prevenção como garantia de suprimento de água limpa e orientações para evitar o contágio da água dos rios. Na Idade Média, surgem os primeiros hospitais, originados das ordens monásticas, inicialmente destinados para realizar o acolhimento dos pobres e doentes, e, logo em seguida à época da peste, surgiu no Ocidente a idéia da quarentena, que levava as pessoas sob suspeição a permanecer por um determinado período em isolamento completo, sinalizando, sob esse aspecto, para um importante passo em direção à contenção de doenças infecto-contagiosas.

No século XVIII, uma teoria passou a relacionar as doenças aos ambientes fechados e sem movimentação de ar. A teoria miasmática, formulada por Vicq d'Azir, explicava que as matérias orgânicas, ao se putrefarem através da fermentação, comunicava aos ares uma parcela da matéria pútrida, transmitindo-lhe suas propriedades. Aliada à inexistência de movimentação do ar, essa carga putréfica é transferida para as pessoas através das vias respiratórias. Com base na teoria miasmática, vários tratados de medicina foram

formulados com o intuito de melhorar as condições arquitetônicas das vetustas e insalubres cidades oriundas do período medieval.

Assim, por exemplo, o hábito de acomodação das sepulturas em locais próximos às cidades foi desaconselhado, com base nessa teoria da contaminação por miasmas

Esse tema foi tratado por Vicq d'Azur em 1787, na vigência do Estado Absolutista, conforme esclarece Giordano:

Um dos tratados, no campo da medicina, que muito marcou o debate sobre a teoria miasmática foi o de Vicq d'Azir: *Essai sur les lieux et les dangers des sepultures*, publicado em 1778.¹ Vicq d'Azir defende em sua obra a necessidade de distanciar as sepulturas dos lugares habitados pelos homens, baseado nos danos aos quais eles estariam expostos pelas emanções dos cadáveres. Vicq d'Azir procura demonstrar, pela convicção de provas físicas, os perigos das exumações nas igrejas e no interior das áreas amuralhadas da cidade, desenvolvendo os princípios da teoria miasmática que fundamentava as propostas sobre o lugar adequado na cidade para os edifícios que exalavam mau cheiro. (GIORDANO, 2008)

Nesse contexto, Giordano (2008) explica a obra de Pierre Patte “como um dos tratados de arquitetura de maior repercussão na França, na segunda metade do século XVIII”. O referido tratado arquitetônico aponta, em resposta ao problema da insalubridade urbana, a necessidade da substituição de muralhas por boulevards, que separariam o centro das cidades dos arrabaldes ou subúrbios (*fauxbourgs*), para onde deveriam ser levados os edifícios com funções insalubres e ruidosas, “numa perspectiva que avalia o conjunto, ou seja, a totalidade do espaço da cidade”, tais como curtumes, triparias, ferrarias, matadouro dos açougueiros e estábulos seriam edificadas nos subúrbios .

A preocupação de Pierre Patte revela a sintonia de suas propostas com a teoria médica do período, a teoria miasmática, de Vicq d'Azir, na qual a purificação do ar é uma premissa de prevenção à saúde.

3.2 Estado de Direito e Liberalismo Econômico

Os grilhões impostos pelos Estados à burguesia incipiente foi, indubitavelmente, um dos ingredientes de fomento do giro do absolutismo, conforme acentua Huberman:

Laissez-faire tornou-se o lema dos fisiocratas franceses que viveram na época de Gournay. Eles são importantes porque constituem a primeira escola de economistas. Formavam um grupo que a partir de 1757, se reunia regularmente sob a presidência de François Quesnay para examinar problemas econômicos. Os membros da escola escreveram livros e artigos pedindo a eliminação das restrições, defendendo o comércio livre, o *laissez-faire*. (HUBERMAN, 1978, p. 149)

A revolução liberal francesa, em 1789, foi o marco de encerramento da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea. Fez-se a derrubada do sistema absolutista mercantilista, instalando em seu lugar o Estado de Direito que corresponde a submissão do indivíduo ou Poder público às normas inseridas no ordenamento jurídico estatal, tendo-se em vista que qualquer forma de organização comunitária pressupõe um poder central.

O constitucionalismo programático, idealizado pelos filósofos iluministas desde o século XVII, contendo as idéias de igualdade, de contrato social, finalmente passou a ser pragmático e desconstruiu o modelo autocrático de governo. Vingou-se por todo o ocidente a necessidade de que os governos passassem a seguir leis que eram feitas por legisladores, e também que essas leis que passariam a reger a sociedade bem como a autoridade real fossem aplicadas por juízes, aplicando-se a teoria de Montesquieu da separação de poderes e, na prática, assegurando a liberdade pela garantia dos direitos individuais consagrados nos textos normativos constitucionais.

Ocorre que, após obter o poder político a partir das revoluções oitocentistas e o controle da economia, a burguesia liberal mantém as políticas sociais pregadas pelas idéias liberais apenas como formalidade, como simbolismo inalcançável para as grandes massas populares, conforme acentua Maulaz: “Uma vez detentora do controle político da sociedade, a burguesia não mais se interessa em manter como apanágio de todos os homens, a prática universal dos princípios filosóficos de sua revolta social.” (MAULAZ, 2010)

Acrescenta ainda Maulaz, trazendo a contribuição de Bonavides, que os princípios filosóficos se transformam em ideais programáticos inacessíveis à sociedade, porquanto a burguesia “só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. (MAULAZ, 2010)

Paralelamente às mudanças políticas, ocorriam também alterações e evolução na forma de produção e do comércio interno e externo. Esclarece Huberman (1978), a história da indústria mostra a evolução deste segmento com origem caseira que evolui até alcançar o que se chamou de revolução industrial. Daí em diante, a indústria não parou mais, alcançando, através da tecnologia industrial do início do Século XXI, a “substituição” da mão-de-obra humana por robôs.

O desenvolvimento da indústria e do comércio trouxe consigo a inserção de novas tecnologias na indústria em uma tentativa de ampliar as bases produtivas, com vista ao incremento dos lucros. Este processo denominado de “Revolução Industrial” teve início no final da Idade Média, em meados do século XVIII, na Inglaterra e expandiu-se pelo

Ocidente a partir do Século XIX. Trata-se do surgimento do capitalismo inserido pelo liberalismo econômico.

A burguesia comercial, que alavancou a substituição dos Senhores Feudais pela Monarquia Absolutista, porém, ao se ver manietada construiu junto com as massas populares o Estado de Direito, substituindo o Absolutismo Mercantilista.

Implantado o Estado de Direito, a burguesia utilizou-se dos princípios filosóficos propagados pelos liberais revolucionários como pano de fundo para o novo rumo político e econômico. O interesse do capitalismo é o acúmulo de riquezas e o lucro, fonte destas, e, pode ser alcançado por várias maneiras, sendo a principal delas, o aumento da produção, a diminuição dos preços e a expansão do consumo em massa bem como a exploração do trabalho humano.

Pode-se dizer que, com esses objetivos, se construiu a “Revolução Industrial”, que transformou o mundo a partir do Século XVIII, inicialmente na Inglaterra e, posteriormente no restante do Ocidente. O marco regulatório dessa classe social continuava sendo o lucro. Agora de forma potencializada pelas máquinas, os homens eram substituídos no sistema de produção. O uso do carvão mineral, utilizado como energia propulsora, expandia a produção em série. Não havia, nessa época, qualquer limitação legal ou moral para o trabalho: homens, mulheres e crianças trabalhavam em média 18 horas por dia, sem férias, sem descanso semanal remunerado, sem qualquer garantia social e em locais insalubres e perigosos.

Além dessas condições de trabalho, rapidamente as máquinas substituíam o trabalho dos homens, gerando milhares de desempregados, diminuindo, com isso, o custo das mercadorias, o preço final e aumentando o consumo dos produtos, expandindo o comércio interno e internacional.

Os governos nacionais passaram a ver o mundo com outros olhos; pesquisas de prospecção foram realizadas nos países com potencial para fornecimento, inicialmente, de carvão mineral, posteriormente de gás e petróleo, além de outras fontes alternativas de energia bem como matéria prima como o minério de ferro. Os mercados da Ásia e África passaram a ser cobiçados gerando a desavença internacional e fazendo a civilização oriental e ocidente mergulhar no holocausto das duas Grandes Guerras Mundiais e em outras pontuais, que romperam o Século XX e avançam no Século XXI.

A “Revolução Industrial” foi o marco inicial do fim do liberalismo econômico, através do qual o ser humano foi massacrado de todas as formas, nas fábricas, nos campos de batalha ou nos campos de extermínio nazistas. A burguesia comercial, ao se apoderar do sistema de mecanização de produção, transformou-se na burguesia industrial, contida, em

parte, pelo massacre produzido nas massas populares na metade do Século XX, quando aflorou na civilização ocidental, constrangida pela barbárie da Segunda Grande Guerra Mundial, com seus campos de concentração, Hiroshima e Nagasaki, um sentimento de comoção pelos Direitos Humanos.

A adoção pelas nações que surgiram como potências do conflito mundial, na Organização das Nações Unidas - ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, reflete esse estado emocional, de um mundo emergente do pós-guerra, buscando proteger o homem e ressuscitando os antigos ideais iluministas de igualdade e fraternidade.

No Estado de Direito, em pleno liberalismo econômico, a saúde passa a ser encarada com outros olhos a partir do sofrimento do homem nos campos de batalha. As pandemias e massacres do ser humano fizeram surgir a luta pelos direitos humanos. A prestação de serviços de saúde era realizada de forma precária e por instituições filantrópicas, de natureza religiosa.

3.3 Estado Social e Neoliberalismo de Regulamentação

O Estado de Direito, com seu liberalismo econômico, inaugurou a Idade Contemporânea e perdurou nos séculos seguintes até seu esgotamento em meados do Século XX, ocorrido a partir da evolução da humanidade, o crescimento das cidades e a pressão social oriunda das massas populares clamando por melhores condições de vida, de trabalho, de saúde e de educação.

Com o rompimento do liberalismo econômico pelo Estado Social no denominado Neoliberalismo de regulamentação, o Estado passa a intervir fortemente na Economia em defesa das massas populares e da estruturação do Estado.

Conforme explica Maulaz (2010) “A ordem liberal é posta em xeque com o surgimento de idéias socialistas, comunistas e anarquistas”. Anote-se o pensamento de Carvalho Neto que “a um só tempo, animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”. (CARVALHO NETO, 1999, p. 478)

A nova ordem constitucional que se busca nessa fase, em conexão com os movimentos sociais, desde o primeiro pós-guerra, é consistente com as demandas sociais das massas. Esclarece Verdú que “Nesse momento da história do liberalismo, seu movimento e sistemas sofreram diversas transformações à medida que conectaram com outros

movimentos ou reformaram seu quadro institucional para se ajustar a novas exigências sociais”. (VERDÚ, 2000. p. 55)

O liberalismo econômico, insustentável neste momento histórico, cede seu lugar ao Estado Social, que promete alavancar melhores condições de vida para a sociedade. Nesse sentido, além da liberdade, afirmava-se no Estado Social a busca pela igualdade e fraternidade, alicerçando, assim, a base do triângulo do pensamento iluminista do Século XVIII.

De modo geral, os pós-guerras mundiais trouxeram para os países do Ocidente um sentimento de fraternidade pelo homem, percebido pelos investimentos em serviços sanitários e em saneamento e urbanização nos centros urbanos, além de se verificar também uma intensa necessidade de desenvolvimento das fontes energéticas e de transporte, de modo que se passou a investir fortemente na construção pesada, na estruturação de portos, ferrovias e estradas de rodagem.

No Brasil, o Estado Social se caracterizou no período denominado República Nova, marcada pela Constituição de 1934, redigida para organizar um regime democrático, supostamente para assegurar unidade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico, segundo o próprio Preâmbulo.

Com a Constituição de 1934, a questão social passou a assumir grande destaque no país: direitos foram conquistados, a participação popular no processo político aumentou, as oligarquias juntamente com a burguesia sentiram-se ameaçadas pela crescente organização do operariado brasileiro e de suas reivindicações.

Nessa época, o presidente era Getúlio Vargas e vivia-se a denominada Era Vargas responsável pela implantação inicial do Estado social, que como se viu significa um modelo de conduta estatal intervencionista que possibilita uma grande interação na economia, implantando a infraestrutura viária, portuária, industrial e energética e possibilitando o crescimento econômico em bases sólidas.

No Estado Social, o sistema econômico passou a ser o neoliberalismo de regulamentação, delineado pela significativa presença estatal na economia, especialmente em serviços considerados essenciais e de custo de infraestrutura elevado, como os que se vislumbram nos setores de energia elétrica, petrolífero, telecomunicações e de transportes.

Esclarece Clark:

Durante a guerra fria, no século passado (1945 a 1990), imperaram na economia de mercado as políticas econômicas neoliberais de regulamentação, em que o Estado Nacional transfigurou-se em Social, realizando a sua atuação no domínio econômico

diretamente, via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações; ou indiretamente, por meio das normas legais de direito. Tudo em nome do desenvolvimento ou do crescimento. Naqueles tempos de regulamentação, os capitais privados eram investidos internacionalmente na indústria de consumo, mas também na rendosa indústria armamentista. Assim sendo, o poder econômico privado nacional e internacional precisava da ação estatal em setores de baixa lucratividade, de riscos financeiros ou carentes de investimentos tecnológicos, como as áreas de infra-estrutura (energia, estradas, água potável, telefonia) e social (educação, saúde, previdência), a fim de possibilitar o progresso da economia de mercado, refrear os movimentos sociais reivindicativos (dos trabalhadores, por exemplo) e remover o fantasma do socialismo. Dessa forma, norteavam-se as ações econômicas públicas, reservando à iniciativa privada ampliação de seus ganhos. (CLARK, 2008)

Já no neoliberalismo de regulação, os detentores do capital se afastam propositadamente de setores importantes da economia nacional, nos quais se faziam necessários altíssimos investimentos financeiros na construção de infraestruturas, principalmente em setores de energia, telecomunicações, portuários, aviação civil, entre outros.

Conforme explica Aragão (2006, p. 4), a razão do neoliberalismo de regulamentação ocorreu devido a fatores de “equidade social e a imperativos do próprio sistema econômico, tais como a necessidade de criação de infraestruturas vultosas, não lucrativas ou de lucratividade diferida”, motivando principalmente ante a presença de despesas de vulto e a inexistência de lucratividade a retirada dos detentores do poder financeiro privado dos setores da economia alinhados com esse perfil econômico.

Com esses setores econômicos estruturados, a presença estatal torna-se dispensável. Em seu lugar, retorna a burguesia, agora tecnológica, para assumir seu papel num mundo globalizado e consumista como jamais se imaginou.

Atualmente, os cidadãos, comumente tratados como consumidores, aos milhões, adquirem produtos em qualquer ponto do globo terrestre, sem sair de casa, mediante acesso às lojas virtuais que se propagam na rede internacional de computadores, a internet. O mundo do pós-guerra-fria tornou-se também pós-moderno com novas necessidades sociais municiando a pressão das massas e a riqueza para os “donos do poder”. (FAÓRO, 1958).

Nessa fase histórica, também apresentam-se as lutas sociais como móvel para grandes alterações sociais, estabelecendo-se direitos fixados em leis e constituições como os direitos trabalhistas, previdenciários e os direitos à saúde.

No Estado Social, a prestação de serviços de saúde é realizada, no Brasil, de duas formas, através do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – INAMPS, para aquele que tinha carteira de trabalho assinada e pagava previdência social

e por entidades filantrópicas de natureza religiosa, tendo como destaque as Santas Casas.

3.4 Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo de Regulação

No final da guerra fria, novas transformações empurram o Estado para uma nova técnica de ação na economia e no Estado Democrático de Direito. No Neoliberalismo de regulação, o Estado se afasta da Economia e passa a ser um mero regulador das ações econômicas, capitaneadas novamente pelo setor privado. A inclusão social deixa de ser apenas um ideal, mas uma necessidade social, a ser realizada pelo mercado.

Acrescentem-se as transformações ocorridas na economia como aceleração e desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, acarretando o fim dos monopólios naturais, bem como a “globalização da economia”, tornando-se necessárias novas e agressivas intervenções cujas fontes são encontradas visando a lucros na iniciativa privada.

Assim acentua Aragão:

A partir principalmente do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. (ARAGÃO, 2006, p. 2)

O modelo econômico adotado pelo Estado social, denominado neoliberalismo de regulamentação foi substituído, no início dos anos noventa, pelo neoliberalismo de regulação, combatendo-se supostamente, sob esta nova referência, o abuso do poder econômico.

O Estado, no neoliberalismo de regulação, interage com a sociedade como controlador das atividades sociais e econômicas, através de agências estatais de regulação, consubstanciando-se num pseudocontrole sobre a iniciativa privada como no caso do controle de preços, engessando-os, em defesa do consumidor e de uma sociedade mais justa.

A mudança ou o retorno ao liberalismo econômico porém não ocorre da maneira anterior, uma vez que, dessa feita, o Estado surge com um papel subsidiário, atuando como controlador e não como ator principal no mercado econômico. Essa nova situação teve sua base teórica, segundo CLARK (2009) a Escola de Chicago, quando os estudiosos pregaram a saída do Estado das políticas socioeconômicas, para minimizar o flagelo social e os déficits orçamentários dos Estados Sociais.

No texto constitucional originário de 1988, não se adotou o neoliberalismo de regulação, já que se preocupava com as necessidades sociais e as atividades estatais voltadas para o suprimento delas.

Preleciona Clark:

O texto constitucional de 1988 impõe o poder/dever do Estado em agir no domínio econômico e social de forma planejada, a fim de transformar o nosso oceano de injustiças e materializar plenamente o desenvolvimento sustentável, a existência digna, a função social das propriedades, a soberania nacional, a defesa do consumidor, etc. Por conseguinte, o neoliberalismo de regulação colide com tais comandos. (CLARK, 2009, p. 28)

Com vista a essas necessidades, percebem-se nas testas dos capítulos do texto constitucional a afirmação e a inserção de subsistemas constitucionais, que constituem verdadeiros ordenamentos e constituições, como no caso da Constituição Econômica anotada por Souza: “A presença de temas econômicos quer esparsos em artigos isolados, o texto das Constituições, quer localizados em um de seus títulos ou capítulos, vem sendo denominada Constituição Econômica.” (SOUZA, 1999, p.614)

Para Clark a Constituição Econômica acentua a importância deste subsistema constitucional ante a realidade social:

Uma Constituição Econômica, para ser eficaz na realidade social, necessita de uma série de normas jurídicas (leis, decretos, portarias, resoluções), advindas dos Poderes Legislativos e Executivo, inclusive para viabilizar algumas de suas normas programáticas. No Brasil, mesmo com nosso federalismo às avessas, os Municípios também têm o poder/dever de dar vida à Constituição Econômica. (CLARK, 2001, p.107)

O Neoliberalismo de regulação se apresenta como substituto do modelo francês de Neoliberalismo de regulamentação, alterando os atores no cenário econômico, passando o Estado a ser mero regulador da economia de mercado, e a burguesia, detentora do capital, os atores principais das atividades econômicas da Nação.

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Nesse cenário, em que ressurge sob nova roupagem, o liberalismo econômico, tendo agora o Estado como controlador e na defesa do consumidor, faz-se a interferência no direito de propriedade do particular com vista à redução do abuso do poder econômico, o qual se apresenta de várias formas, especialmente através da formação de trustes e cartéis econômicos.

Conforme o Novo Dicionário de Direito Econômico cartel é:

Cartel – situação em que a concentração empresarial decorre do acordo entre os supostos concorrentes. Trata-se de um dos meios mais freqüentes para a obtenção da eliminação da concorrência, da dominação dos mercados, possibilitando, evidentemente o aumento arbitrário dos lucros. (FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO, 2010, p.96),

Conforme ainda se vislumbra no Novo Dicionário Econômico (FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO, 2010), cartel necessariamente não se resume a acordo de preços, podendo ser também de “quantidades a serem vendidas pelos participantes, acordo de região, pelo qual se delimitam geograficamente as áreas de atuação de cada um.”, enfim, sob variadas facetas, as empresas podem se ajustar no sentido de buscar a eliminação da concorrência para aumentar os preços e, conseqüentemente, os lucros.

No caso dos trustes, segundo Novo Dicionário de Direito Econômico, trata-se aqui de coligação entre empresas para formar um monopólio de determinados produtos:

Coligação que fazem certas empresas, industriais ou comerciais, para constituírem o monopólio de certos produtos,-Direito Econômico – Prática econômica geralmente levada a efeito com a utilização de artifícios de natureza jurídica, consistindo em dominar os mercados por meios de processos destrutivos da concorrência. (FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO, 2010, p.472)

Objetivamente, tanto a formação de cartéis quanto a de trustes, significam acordo de vontades para aumento de lucratividade; todavia, nos cartéis, as empresas cartelizadas não perdem sua independência, ao contrário dos trustes, que formam uma única organização sob uma mesma direção.

A engenharia do “Liberalismo Econômico” (regulação) se organiza, portanto, para atuar no campo oposto ao do Estado, visto que, sendo a empresa voltada para a busca do lucro, a prática do abuso econômico potencializa os objetivos capitalistas, razão pela qual Estado e burguesia econômica se posicionam em lados opostos no tabuleiro econômico que movimenta a Nação.

A busca do lucro se consubstancia no espírito do capitalismo, afastado este de qualquer conceito de moralidade. A par desse paradigma, evolui de maneiras de aumentar os ganhos desemboca nos dias atuais na formação de trustes e cartéis com vista à eliminação da concorrência e ao aumento de preços.

Segundo a Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE), no Novo Dicionário de Direito Econômico (2010, p. 96), existe a cartelização vertical e horizontal, conforme estão dispostas as sociedades econômicas participantes:

Cartel – situação em que a concentração empresarial decorre do acordo entre os supostos concorrentes. Trata-se de um dos meios mais frequentes para a obtenção da eliminação da concorrência, da dominação dos mercados, possibilitando evidentemente, o aumento arbitrário dos lucros [...] Wilson de Souza Campos Batalha apresenta duas manifestações do cartel – que nos Estados Unidos tem o nome de restraint -, no sentido vertical, quando dele participam sociedades com atividades complementares, e no sentido horizontal, quando dele participam sociedades que desenvolvem atividades idênticas ou similares. (Comentários à lei das sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 3, p. 1166. [R.A.L.C]. (FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO, 2010).

Dessa forma, verifica-se que o cartel é o acordo entre empresas com o objetivo de expandir os lucros, tendo como pano de fundo uma suposta concorrência. Esclareça-se que o ajuste pode ser, “acordo de preços, acordo de quantidades a serem vendidas pelos participantes, acordo de região, pelo qual se delimitam geograficamente as áreas de atuação de cada um” (FBDE, 2010, p. 96).

O truste constitui-se em outra forma de expansão dos lucros, pelas sociedades. O conceito é dado pelo Novo Dicionário de Direito Econômico da Fundação Brasileira de Direito Econômico (2010), que aponta a ilicitude das ações ajustadas devido a prática destrutiva da concorrência e a elevação arbitrária de preços tendo em vista a inexistência de competição no mercado.

Trustes – Coligação que fazem certas empresas, para constituírem o monopólio de certos produtos. – Direito Econômico – Prática econômica geralmente levada a efeito com a utilização de artifícios de natureza jurídica, consistindo em dominar os mercados por meio de processos destrutivos da concorrência. A mesma palavra, especialmente nos países de língua inglesa, costuma ter sentido menos condenável, significando sobretudo o tipo de sociedades administradoras de fundos, valores, etc. como prática lícita o truste é então admitido. Mas como prática destrutiva de concorrência por expedientes que chocam com a Ordem Econômica vigente, passa a constituir ilícito, identificado com as formas de abuso de poder econômico e reprimido pelo Direito Econômico ou, como outros preferem, pelo Direito Penal Econômico.” (FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO, 2010, p. 472-473).

Uma das ferramentas, com que se arma o capitalismo para promover a elevação de preços, é a formação de trustes e cartéis que consistem o primeiro na utilização do poder de mercado para restringir a produção industrial e, aumentar preços, de modo a não atrair novos investidores ou eliminar a concorrência; e o segundo num ajuste entre empresas independentes com vista à majorar preços ou minorá-los de forma predatória para assim eliminar a concorrência e, posteriormente, com o retorno do oligopólio do mercado, alavancá-los novamente, extorquindo os consumidores.

A formação de trustes pode ocorrer de forma vertical ou horizontal. Na primeira modalidade, empresas autônomas se unem, constituindo uma única organização e

controlam uma cadeia de produtos do mesmo ramo, podendo ocorrer o domínio desde a produção da matéria-prima até a comercialização final do produto. A formação horizontal se refere a um único produto em que a organização atua na prática do truste.

Apesar de conterem em seu âmago uma similaridade, pois tanto os trustes quanto os cartéis buscam é o controle do mercado para elevação de preços, a formação de cartéis é considerada mais grave, uma vez que se consubstanciam em lesão mais aguda à concorrência.

A formação de cartéis, além de aumentar preços, diminui a concorrência e impede a inserção no mercado de novos produtos, prejudicando, com essas práticas, os consumidores, ao tornar bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

Por seu turno a formação de cartéis viabiliza, com fundamento na legislação nacional, a intervenção estatal no domínio econômico do setor privado, de acordo com o art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Conforme anota Eros Grau (1998, p.155-157) “conota atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo”, classificando o termo da seguinte forma: “Reafirmo a classificação de que tenho me valido, que distingue três modalidades de intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c).” (GRAU, 1998, p.155-157.)

Interessa particularmente a espécie de intervenção por direção, que, para Eros Grau (1998, p.155-157), ocorre quando o “Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.”. No caso, uma das formas de intervenção por direção ocorre quando o Estado, para controle do mercado, intervém controlando preços para tabelá-los ou congelá-los.

Souza e Clark classificam a dita intervenção por direção como indireta ou defensiva, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal:

Ementa. Aplicações em certificados de depósitos bancários com valor de resgate pré-fixado - cdb. dl 2.335 de 12.6.1987 (congelamento de preços e salários por 90 dias). Plano Bresser. deflação. tablita. aplicação imediata. alteração de padrão monetário. alegação de ofensa ao ato jurídico perfeito. o Plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. o congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. a manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. a tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. o decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (Art. 5º, XXXVI, da

CONSTITUIÇÃO FEDERAL) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes.⁸

No aspecto das empresas que operam com serviços de saúde o Supremo Tribunal Federal tem identificado e regulado os abusos econômicos mediante a declaração de ilegalidade dos aumentos das contribuições, conforme se verifica através da manifestação da Ministra Ellen Grace no julgamento repercussão geral no Recurso Extraordinário 630.852, que trata do aumento de contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada:

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO). A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte(fl.153):

PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRITUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE 50%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.656/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso. Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais a um maior rigor no controle de cláusulas abusivas.

2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada.

2. A recorrente sustenta que a aplicação da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) a contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o art. 5º XXXVI (ato jurídico perfeito)

3. Observados os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário, passoa à análise da existência de repercussão geral.

Verifico que a questão versada neste apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto alcança, certamente, grande número de idosos usuários de planos de saúde.

Ademais, esta Corte, no julgamento do RE 578.801, rel. Min. Carmem Lúcia, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria relativamente à incidência da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) sobre os contratos firmados anteriormente à sua vigência.

4. Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral. Brasília, 1º de fevereiro de 2011. Ministra Ellen Gracie, relatora.

⁸ RE 141190 / SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM. Julgamento: 14/09/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 26-05-2006 PP-00008 Parte(s) Recte: Niazhi Chohfi e outro advogado: Roberto Eiras Messina e outros recdo: Banco de crédito nacional s/a – bcn advogado: Arnold Wald e outro(a/s) advogado(a/s): Luiz Carlos Bettiol

O Estado Democrático de Direito Brasileiro quando veda a prática de trustes e de cartéis coibindo o abuso do poder econômico garante princípios fundamentais para a sociedade, dentre os quais o primado da justiça. Faz justiça porque não permite que os “donos do capital” ganhem mais do que o mercado. Possibilitando livrá-lo de manobras políticas e administrativas do poder econômico, porque não permite que a sociedade se lesione com as práticas de abuso do poder econômico. A regulação (supostamente) do mercado não só permite, mas determina que cada um – capitalistas e sociedade, vivam honestamente.

Numa dimensão empírica, dados coletados em instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que pesquisam trustes e cartéis, constata-se a ocorrência de um dano para os consumidores estimável em bilhões de reais, uma vez que a cartelização no que concerne à majoração de preços opera com um sobrepreço em torno de até 20% (vinte por cento) em relação ao mercado livre.

No Brasil a legislação veda os trustes e cartéis através da lei 12.529/11, sobretudo, impondo sanções administrativas e econômicas aos que cometem abusos nas relações produtivas.

Apesar de dispor que é obrigação do Estado promover a saúde da população, vem disposto no caput do art. 199 da Constituição que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Dessa forma, obtém-se teoricamente a fórmula para atendimento à saúde na sociedade brasileira. O Estado participando obrigatoriamente com a promoção à saúde da sociedade e supletivamente a Iniciativa Privada complementar esse atendimento.

Na prática, o Estado deixa a promoção da saúde para a iniciativa privada ao precarizar o atendimento, determinando face à propositada omissão de ações essenciais para a manutenção da vida humana, além de bem-estar e qualidade de vida, que a teia social direcione-se para a Iniciativa Privada almejando buscar o atendimento principal à saúde.

4 DIREITO À SAÚDE E CONTROLE ESTATAL

Neste capítulo será verificado como o Direito à Saúde foi inserido no Estado de Direito Brasileiro, durante as sete constituições que teve a Nação. A primeira delas, ainda no Império e a última no final do Século XX. Inicialmente o Direito à Saúde esteve presente na legislação infra-constitucional e aos poucos, aferida sua importância foi alcançando status até tornar-se um direito constitucional, inserido na Constituição da República de 1988.

Neste novo paradigma constitucional, o Estado social transforma-se no Estado Democrático de Direito, inserindo-se significativas alterações no perfil econômico estatal. Em seu novo papel, o Estado que antes participava diretamente das ações econômicas, agora cede seu lugar para a Iniciativa Privada e passa, através de agências de controle a regular a política econômica, fiscalizando e orientando a atuação do setor privado para áreas de maior interesse público, com o objetivo de na denominada regulação estatal da economia.

4.1 Direito à Saúde no Estado Brasileiro

O Estado de Direito Brasileiro passou por sete constituições. A primeira delas, ainda no Império, foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, podendo-se, portanto dizer que se trata de uma Carta Política, autoritária e arbitrária.⁹

Ao romper com o Império, a Nação se transformou em República e sua primeira Constituição foi promulgada em 1891, a qual teve vigência até 1934, quando foi substituída.

Apesar de não haver nenhuma palavra tratando do tema saúde na Constituição de 1891, esse fato, por si só não importa na inexistência de políticas públicas destinadas ao cuidado da sociedade neste aspecto.

Os centros urbanos, com os aglomerados residenciais, sem nenhum cuidado ou serviço sanitário e de saneamento estruturado, constituíam um campo fértil para proliferação de doenças perigosas, como a Febre Amarela, Peste, Varíola e Tuberculose, que assolaram a sociedade.

⁹ Historicamente se sabe que o Imperador queria e pediu à Assembléia Constituinte que inserisse no texto constitucional a subordinação do Poder Legislativo ao Executivo, em face da resistência dos constituintes em aceder a este desejo, logo após discutir com a Assembléia Constituinte Dom Pedro I mandou o Exército invadir o plenário em 12 de novembro de 1823, prendendo e exilando diversos deputados, num episódio que ficou conhecido como "A Noite da Agonia". A Assembléia Constituinte foi substituída por uma comissão de dez pessoas nomeada pelo Imperador, que a portas fechadas elaborou o texto constitucional em conformidade com os desígnos daqueles foi uma vitória pessoal digo, do Imperador, neste episódio que outorgou a constituição, fazendo com que o Estado de Direito Brasileiro, nascesse com esta mácula fruto do autoritarismo e da arbitrariedade.

No início do Século XX, exatamente no ano de 1904, um episódio marcante denominado a Revolta da Vacina, ocorrido na Cidade do Rio de Janeiro, Capital do País, demonstra a existência de atividade estatal voltada para a prevenção da saúde pública. Eis que, em meio a várias obras de construção e reformas determinadas pelo Governo, ordenou-se que se vacinasse toda a população da cidade do Rio de Janeiro contra a Varíola.

Tratava-se de um esforço governamental para organizar a Capital Federal, consistente na organização urbana e sanitária do Rio de Janeiro, que passou a sofrer várias transformações. Ocorre que, incitada pela imprensa, a população carioca não compreendeu as intenções estatais e se opôs à medida preventiva. Ocorreram confrontos com as forças militares da Polícia e do Exército, chamadas para reprimir o movimento. Ergueram-se, no centro da cidade, barricadas; o conflito rendeu muitas mortes e feridos.

Segundo ressalta a Revista da Vacina, organizada pelo Centro Cultural da Saúde do Ministério da Saúde, a situação sanitária no Rio de Janeiro era bastante precária devido à inexistência de um sistema de saneamento básico e o aglomerado de cortiços no centro da cidade.

Ainda de acordo com a notícia, as autoridades, preocupadas com essa situação que atingia principalmente as camadas sociais mais carentes, iniciou um programa de saneamento e reurbanização, que não foi bem visto pela população. Instigada pela imprensa, com a obrigatoriedade da vacinação, criou-se o que hoje se denomina ONG, para combater a ordem estatal, denominada “Liga contra a Vacinação Obrigatória”, que coordenava todo o movimento de revolta, apregoando o confronto com as forças militares.

Não faltaram cenas de vandalismo, com quebra-quebra durante as passeatas. Bondes incendiados, postes, lâmpadas e vitrines de lojas também não foram poupados. Chegou-se até em pensar na deposição do governo.

Nesse evento, um grupo de trezentos (300) cadetes dissidentes da Escola Militar da Praia Vermelha, com apoio de um esquadrão da Cavalaria e uma companhia de Infantaria tentaram, sem sucesso, depor o Presidente. A tentativa de golpe culminou num confronto direto com as forças governistas e, após um intenso tiroteio no bairro de Botafogo e saldo de três mortos e quarenta feridos, os rebeldes foram contidos.

Entrementes, o conflito persistiu e não se amainou, até que o Governo, num gesto de recuo, revogou a ordem de vacinação obrigatória. Ao final, o lamentável saldo de trinta (30) mortos, cento e dez (110) feridos e novecentos e quarenta e cinco (945) presos, dos quais quatrocentos e sessenta e um (461) foram deportados para o Acre, com muitas mortes durante a viagem.

O direito à saúde somente aparece a partir da terceira Constituição do Brasil, em 1934. No dispositivo da Constituição, vê-se a inserção, no artigo 10, competência para a União e Estados, concorrentemente, cuidarem da saúde e assistência públicas:

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
II - cuidar da saúde e assistência públicas; (BRASIL, 1934)

Verifica-se, nesse texto, a inexistência de comando material que torne eficaz a garantia de saúde para a sociedade, tratando-se de mera norma programática, até porque o Estado não dispunha de meios econômicos e científicos para disponibilizar tratamentos e procedimentos de saúde de vulto. Nessa época, implantava-se o Estado Social, e as condições sanitárias e de saneamento básicos nos centros urbanos eram praticamente inexistentes.

A Constituição Brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, em 10 de Novembro de 1937, mesmo dia em que implanta a ditadura do Estado Novo, é a quarta Constituição do Brasil e a terceira da “república”, de conteúdo autoritário. Será, no entanto, uma carta política eminentemente mantenedora das condições de poder de Getúlio Vargas. É também conhecida como Polaca, por ter sido baseada na Constituição autoritária da Polônia. Foi redigida pelo jurista Francisco Campos, Ministro da Justiça do novo regime, e obteve a aprovação prévia de Vargas e do ministro da Guerra, General Eurico Gaspar Dutra.

A Constituição de 1937 foi a primeira constituição republicana autoritária que o Brasil teve, atendendo a interesses de grupos políticos desejosos de um governo forte. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do Chefe do Executivo. Seu conteúdo era fortemente centralizador, ficando a cargo do Presidente da República a nomeação das autoridades estaduais, os interventores, que, por sua vez, nomeavam as autoridades municipais.

O texto constitucional de 1937 deu origem a vários acontecimentos na história política do Brasil, cujas consequências verificam-se até hoje, dentre as quais destaca-se a formação do grupo de oposição a Getúlio que culminou no golpe militar de 1964.

No que concerne ao direito à saúde, na Constituição de 1937, altera-se a competência legislativa concorrente entre União e Estados, competindo, dessa feita, privativamente à União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança, permitindo-se aos Estados somente suplementarmente, em caso de deficiências ou omissões, legislar sobre a proteção da saúde.

Em 1946, com a redemocratização do Brasil uma nova Constituição foi promulgada restabelecendo as liberdades expressas na Carta Política de 1934.

O tema saúde é mantido na Constituição de 1946, tal e qual foi tratado em 1937; altera-se, todavia, na Carta Política de 1967, na qual, além da competência privativa da União para legislar sobre saúde, insere-se o embrião do planejamento estratégico, ao dispor da competência da União para estabelecer planos nacionais de educação e saúde.

Nessa época, a Nação vivia sob a mancha do golpe militar ocorrido em 1964. O governo democrático foi deposto, o Brasil vivenciou os chamados “anos de chumbo”, com exílios, torturas, assassinatos, matanças travestidas de desaparecimentos e atos institucionais, enfim com o poder centralizado e arbitrário sem trégua contra o cidadão pelas Forças Armadas, Polícia Militar e Polícia Civil, durante ininterruptos vinte e um anos.

Segundo Gasparetto Júnior (2010), as causas que deram encaminhamento ao golpe militar de 1964 possuem origens históricas, uma vez que, tradicionalmente os militares brasileiros envolvem-se na política.

A partir do período monárquico, integraram o grupo dissidente que culminou por derrubar o regime monárquico e, demonstrando grande apego ao poder, viu-se que das fileiras militares saíram os dois primeiros presidentes republicanos do País.

Um pouco mais adiante, na Revolta da Vacina, verificou-se um grupamento de cadetes militares juntamente com um esquadrão da cavalaria e uma companhia de infantaria tentando derrubar o governo e tomar o poder do Presidente Rodrigues Alves

Ainda durante a República Velha, eclodiu o movimento de contestação política denominado “tenentismo”, mais tarde, em 1955, o Governo de Juscelino Kubitschek foi atacado por tentativas de golpe, abafados em vista do prestígio popular do presidente mineiro, finalmente concretizado no governo João Goulart, que sucedeu Jânio Quadros.

Eleito com grande maioria de votos, o presidente Jânio, equivocadamente, engendrou aumentar ilimitadamente seu poder a partir de uma pseudo renúncia ao mandato presidencial. Pensava que, temerosos da instalabilidade política que viria a seguir, retornaria ao poder nos braços do povo, o que não ocorreu.

Ao renunciar, não houve qualquer apelo popular no sentido de seu retorno, sua renúncia foi aceita e teve que deixar o governo. O vice-presidente João Goulart, também conhecido como Jango, nessa época estava em viagem na China comunista, e preparava-se para retornar e assumir o posto presidencial; entretanto, sua orientação social não se compunha com os ideais dos políticos mais liberais.

Insatisfeitos com a situação causada pela renúncia e a possibilidade de um político identificado com as causas sociais assumir o governo, os partidos liberais, apesar de não

conseguirem impedir a posse de Jango, causaram-lhe sérias dificuldades políticas que praticamente, inviabilizou seu governo.

Inicialmente, promoveram uma alteração no sistema político, instalando o Parlamentarismo no Brasil. Posteriormente, no ano de 1962, após a realização de um plebiscito o Presidencialismo retornou como sistema de governo, mas permaneceu o ranço entre as partes, uma vez que as reformas de base a serem implantadas por Jango seriam a chave para o sucesso de seu governo, ao passo que os políticos, alinhados com o “liberalismo econômico”, estavam apavorados com a possibilidade de se implantar no País um regime comunista.

A mídia, como na época da “Revolta da Vacina,” não parava de incitar a população a respeito das orientações políticas do Presidente da República. O Presidencialismo ganhou e Jango tentou, finalmente, governar conciliando suas reformas de base com os interesses conservadores. Houve então um desarranjo na situação brasileira, a inflação cresceu aceleradamente, as medidas econômicas causaram insatisfação política e a situação só foi piorando.

O governador do Rio Grande do Sul, nessa época, era Leonel Brizola, que, em apoio ao presidente criou o grupo dos onze para fiscalizar parlamentares e militares e pressionar o Congresso para aprovar as reformas. De todo modo, o radicalismo tomou conta das partes e após um discurso dos governantes na Central do Brasil, no Rio de Janeiro, onde Jango e Brizola anunciaram a implementação das reformas, que consistiam principalmente na realização da “reforma agrária” e na “nacionalização das refinarias de petróleo estrangeiras”, em 14 de março de 1964, os militares, a Igreja Católica, juntamente com políticos liberais arquitetaram a derrubada do governo, que efetivamente ocorreu dias depois, 1º de abril de 1964.

A Carta Política de 1967, que constituiu-se na “lei maior” do período ditatorial, não avançou nada em relação à saúde, sendo repetidas em seu teor, as disposições anteriormente previstas nas constituições anteriores, como se pode distinguir pela leitura do art. 8º, verbis:

Art 8º - Compete à União:

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde;

c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário. (BRASIL, 1981)

Na Emenda Constitucional nº 01 de 1969, começa a se ensaiar alguma mudança positiva em relação às Cartas Políticas e Constituições anteriores, ao dispor que, além do

planejamento estratégico, os Municípios devem gastar dos recursos que recebem da União, oriundo do Fundo de Participação dos Municípios, pelo menos 6% em Programas de Atenção à Saúde.

Em 1985, através de eleições indiretas e em meio a uma intensa campanha para realização de eleições diretas para Presidente da República, denominada campanha das “Diretas Já”, foi eleito pelo Congresso Nacional o Senador mineiro Tancredo Neves, como primeiro presidente civil, depois desses anos bárbaros, iniciando uma nova era no Estado Brasileiro, pós-ditadura militar.

Tancredo Neves, todavia, por obra do destino, faleceu inesperadamente, antes mesmo de assumir a cadeira presidencial, tomando posse em seu lugar um antigo aliado do Regime Militar, o vice-presidente José Sarney¹⁰. Nessa época, o Brasil aliava à sua crise político-institucional uma outra de caráter econômico-financeira, um conturbado momento em que a inflação corroía as finanças públicas e privadas, e a ciranda financeira que se vivenciava tornava a nação um estado especulativo por excelência.

Aplicações financeiras rápidas como “over-night”, “over-day”, eram bastante comuns naqueles dias, uma vez que eram realizadas durante o período de uma noite ou de um dia apenas, ou seja, ao final de um dia ou de uma noite após alguma aplicação financeira de determinada quantia em um banco especializado, seu dinheiro se multiplicava. Dependendo da quantidade da aplicação financeira, ganhavam-se fábulas de dinheiro durante uma única noite ou um dia apenas.

Por conta disso, ninguém investia na indústria ou no comércio – fontes de investimentos de médio e longo prazo. Ao contrário, retirava-se dinheiro do setor produtivo para reinvesti-lo em aplicações financeiras, visto que a especulação rendia mais e rápido e sem maiores problemas.

Para acabar com toda essa ciranda financeira, inaugurou-se no Brasil o período dos denominados inadequadamente “planos econômicos”, numa tentativa de debelar a crise inflacionária. Foram vários planos estratégicos, até que finalmente, no Governo do Presidente Itamar Franco, no início dos anos 90, a inflação foi parcialmente desbaratada e a economia se viu livre da referida ciranda financeira que nutria a crise. O Brasil assistiu ao retorno parcial do capital para o setor produtivo com a retomada do financiamento dos investimentos na indústria, agricultura e no comércio.

¹⁰ José Sarney foi um dos mais eminentes líderes políticos do partido político denominado Arena, que deu sustentação ao Regime Militar e em decorrência dessa projeção política foi designado diversas vezes pelos Militares para postos importantes na República, como Governador do Maranhão, sua terra natal, por exemplo.

Nos chamados anos de chumbo, o ordenamento jurídico estava assentado na Carta Política de 1967, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, a qual evidentemente, não servia para os novos tempos. Os ares que se respiravam na Nova República clamavam pela revogação da antiga ordem jurídica, especulando-se pela criação de uma Assembléia Constituinte.

A ordem constitucional vigente já não mais servia para os novos tempos porque foi elaborada por um Congresso comprometido com um poder degenerado, corrupto e antidemocrático no Brasil, de 1964 até 1985, por mais de vinte anos, as garantias individuais e sociais, e cuja finalidade era garantir os interesses dos poucos “donos do poder”. (FAÓRO, 2008)

O anseio por dotar o Brasil de uma nova Constituição, defensora dos valores democráticos, tornou-se mais que necessidade, tornou-se uma urgência, após o fim da ditadura militar e a redemocratização do Brasil, a partir de 1985.

Urgia, pois, elaborar uma nova Constituição para servir de paradigma de um novo ordenamento jurídico, e democrático em sua essência. Assim, foi eleita uma Assembléia Constituinte, que concluiu a Constituição atual, sendo apelidada, afinal de Constituição Cidadã, e o Brasil enfim retornou à normalidade democrática, instituindo-se o denominado Estado Democrático de Direito.

Assegurou diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos. Para demonstrar a mudança que estava havendo no sistema governamental brasileiro, que saíra de um regime autoritário recentemente, a Constituição de 1988 qualificou como crimes inafiançáveis a tortura e as ações armadas contra o Estado democrático e a ordem constitucional, criando assim dispositivos constitucionais para bloquear golpes e ações de qualquer natureza contra aquele.

Com a nova Constituição, o direito maior do cidadão vivente num país democrático de eleger seus próprios representantes foi conquistado, restabelecendo-se as eleições diretas em todos os níveis dos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que não se pode esquecer dos “senadores biônicos”, que eram designados pelos Ditadores Militares para compor o Senado Federal e garantir a maioria parlamentar nas votações de interesse governista.

A nova Constituição também previu uma maior responsabilidade fiscal. Pela primeira vez, define-se em norma constitucional a função social da propriedade privada urbana, prevendo a existência de instrumentos urbanísticos que, interferindo no direito de

propriedade (que a partir de agora não mais seria considerado inviolável), teriam por objetivo romper com a lógica da especulação imobiliária.

A Constituição de 1988 rompe com a tradição liberal e pluraliza a atenção à saúde, incluindo-a como direito social do cidadão (artigo 6º.), com status de preceito fundamental, consubstanciando o direito de todos à saúde e dever do Estado de prestá-la (artigo 196). Preserva as fontes de custeio através da possibilidade até de intervenção da União nos Estados e Municípios caso não haja a aplicação financeira das receitas estatais mínimas nos Programas de Atenção à Saúde.

Apesar de dispor que é obrigação do Estado promover a saúde da população, vem disposto no caput do art. 199 da Constituição que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Dessa forma, obtém-se teoricamente a fórmula para atendimento à saúde na sociedade brasileira. O Estado participando, obrigatoriamente, com a promoção à saúde da sociedade e, supletivamente, a Iniciativa Privada complementar esse atendimento.

Na prática, nos dias atuais, o Estado deixa a promoção da saúde para a Iniciativa Privada ao precarizar o atendimento, determinando em face da propositada omissão de ações essenciais para a manutenção da vida humana, além de bem-estar e qualidade de vida, que a teia social se direcione para a Iniciativa Privada almejando buscar o atendimento principal à saúde.

Antes de 1988, a questão da saúde pública no Brasil era bastante difícil para as pessoas que não trabalhavam ou trabalhavam no mercado informal, uma vez que somente quem possuía Carteira de Trabalho assinada e registrada podia contar com atendimento público saúde. Quem não trabalhava contava somente com assistência filantrópica, prestada por instituições religiosas, como as Santas Casas.

Ao se transformar em regulador, o Estado apenas controla e fiscaliza (supostamente) os serviços públicos de saúde, transformando-os em atividade econômica, e, no caso, com os planos de saúde, a regulação do mercado iniciou-se com a Lei 9.961, de 2000, que criou a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, vinculada ao Ministério da Saúde, cujo objeto é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar da saúde, inclusive quanto a suas relações com prestadores e consumidores, além de contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, ressaltando-se que a Lei 9.656, de 1998 estabelece a regulamentação dos Planos de Saúde geridos pelo setor privado.

Antes da Constituição de 1988, na vigência do Estado Social, como foi demonstrado, a saúde pública no Brasil, com exceção dos casos de urgência e emergência, era somente para os trabalhadores com carteira assinada, que contribuía para a previdência social e recebiam

assistência médica do INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social, enquanto os demais brasileiros deveriam buscar atendimento médico e de saúde na rede privada ou então nas entidades de assistência social e filantrópicas.

4.2 A regulação estatal na economia

Os institutos jurídicos, via de regra, para serem compreendidos, necessitam ser visitados historicamente, de modo que se possa apreender-lhes a natureza jurídica. No dizer de Aragão (2006, p.39), “não existe instituição jurídica inteiramente compreensível sem uma exposição histórica de sua origem e desenvolvimento”, isso porque, quando se desnuda a origem de uma instituição, percebe-se racionalmente as causas de seu surgimento.

O instituto da regulação estatal na economia não excepciona essa regra, acrescentando-se que os instantes de sua evolução não foram estanques, nem substituídos os mecanismos estatais regulatórios, ao longo dos tempos, mas foram se sucedendo agregando em cada etapa o conhecimento apreendido da fase anterior. Cita-se, por exemplo, o ressurgimento de entes que se interpõem entre o Estado e a sociedade, conforme nos relata Aragão (2006) e que tiveram origem no Estado Feudal, como associações, fundações e corporações de classe, e que o fenômeno é taxado por parte da doutrina como Neofeudalismo.

Como enunciado em capítulo anterior, depois da queda do Império Romano, a Europa desintegrou-se politicamente sem uma autoridade política central definida, as pessoas passaram a se aglomerar sob domínio de senhores, muitos dos quais ex-membros do Exército Romano, que mantiveram sob seu poder determinado território, também denominados feudos. O vínculo dessas pessoas com esses senhores observava um caráter pessoal, baseado no juramento de lealdade, na honra militar, algumas vezes também em laços de sangue e principalmente na religião. As pessoas que se abrigavam nos feudos para utilizar o solo e receber proteção, em contrapartida dividiam sua produção agrícola com seu suserano – o dono da terra, e integravam a milícia do feudo.

Vassalagem e suserania formavam o sistema socioeconômico na Idade Média, no qual o Rei procurava obter a vassalagem de suseranos, antes independentes, concedendo terras em troca de proteção e absoluta fidelidade.

Essas relações de vassalagem ocorriam em todos os níveis e inúmeras vezes. O Rei concedia terras e bens materiais, inclusive castelos a suseranos independentes que passavam a ter uma relação de vassalagem com o Rei, que se tornava seu suserano, e este, seu vassalo, o qual sucessivamente repassava uma parcela dos bens recebidos a outras pessoas

para obter sua vassalagem, formando, assim, uma intrincada rede de vassallos e suseranos, que se protegiam e se ajudavam mutuamente.

Acentua Aragão:

Em todos os níveis, havia uma ligação estreita entre o poder econômico, o poder político e o poder militar, todos com duplo caráter patrimonial e pessoal que era a principal tração do sistema. Único elemento de centralização era a religião e, conseqüentemente, o Rei, portador da palavra de Deus, o que lhe conferia uma supremacia fundamental sobre todos os outros senhores feudais, não sendo apenas o suserano dos suseranos, no topo da hierarquia feudal: a sua investidura divina conferia-lhe um prestígio que ultrapassava os laços da vassalagem, elevando-o acima de todos os homens do reino, mesmo que não tivesse um grande patrimônio ou um grande exército, se comparados aos dos senhores mais poderosos. (ARAGÃO, 2006, p.41-42)

Num segundo instante, o feudalismo passou por mudanças profundas em sua base social. A evolução natural das técnicas agrícolas para incremento da produtividade diminuiu também a necessidade da mão-de-obra, transferindo para outras atividades as pessoas dispensadas do trabalho no campo, as quais, imbuídas da necessidade e de inteligência foram se encaixando em trabalhos e serviços diversificados, tais como a manufatura de utensílios, o artesanato e também o comércio.

A partir da especialização das atividades manufatureiras, surgiram as associações e entidades corporativas, iniciando-se, alinhado com o crescimento demográfico, sucessivamente o desapego ao domínio exercido pelos senhores feudais, concomitantemente com apego ao poder emanado da autoridade central do Rei e à formação das cidades.

A partir das corporações de classe, os comerciantes, ou a burguesia rica, passaram a sonhar em interferir politicamente na vida das cidades, transformando a fechada instituição feudal. A representação da burguesia nas reuniões, ao lado dos senhores feudais e do clero, é o embrião, no século XVIII, “dos parlamentos modernos, as assembléias de estados, tomadas não no sentido de estados mas de status, ou seja, das funções econômicas e sociais desempenhadas pelos membros da coletividade (basicamente nobres, clero e burgueses).” (ARAGÃO, 2006, p.42)

Conclui-se que a intervenção econômica do estado feudal (final) foi pontuada por: (1) produção agrícola fundada no sistema da vassalagem; (2) a atividade econômica urbana, eminentemente comercial e artesanal, incentivou o surgimento das corporações que estabeleciam rigidamente as normas de ingresso e de exercício de cada atividade; (3) as normas jurídicas eram oriundas dos senhores feudais, inclusive do Rei ou decorriam das corporações de ofício.

No estado feudal, a saúde era tratada por meio de caridade. Marcadamente teocêntrica, em que Deus explicava todas as coisas, a sociedade, nesse período (século V – XV), tinha que a saúde era uma benção de Deus. Havia pessoas que discordavam; todavia, essas pessoas que pensavam diferente eram perseguidas pela Igreja e investigadas no processo denominado Inquisição. Um dos castigos reservados era a morte na fogueira. As mulheres que buscavam tratamento através de medidas alternativas, como por exemplo, a elaboração de chás, eram tidas como bruxas.

As bruxas eram perseguidas e queimadas vivas nas fogueiras em praças públicas pelos tribunais da Inquisição, porque faziam um processo de resistência ao teocentrismo e à dominação feudal. As bruxas praticavam a medicina através de rituais (não reconhecidos pela igreja) e da utilização de chás, o que lhes permitia questionar o poder da igreja e o pensamento de que a saúde e a morte eram determinações divinas, pensamento esse hegemônico na época. (ALAGOAS, 2007)

Conforme se vê, a disputa na Idade Média pela promoção da saúde transformou-se em um projeto político entre os religiosos e as pessoas que nasciam com o dom de buscar, na natureza, a cura para doenças que assolavam as nações.

Contudo, o aumento e concentração do poder nas mãos do Rei fez com que a regulação da sociedade ficasse sob sua tutela. Para fixar um momento histórico, vê-se que, a partir do final do Século XVI, surge o Estado unitário, juntamente com a soberania, juridicalizando um fato social existente, não havendo, fora isso, qualquer mudança com relação aos paradigmas da normatização, até então fundados no patrimonialismo e no personalismo do exercício do poder de ordenação social.

Contudo o aumento populacional, a par do incremento da produção agrícola, das manufaturas e do comércio, e o crescente poder dos soberanos trouxeram mudanças na vida político-administrativa das cidades. Para cobrar impostos, realizar obras de infraestrutura – estradas, pontes, dar segurança -, foi necessário instituir um corpo administrativo vinculado ao Rei, e tudo que se fazia advinha de uma autorização real, oriunda de seu direito patrimonial.

Ressalta Aragão:

As rendas oriundas destas autorizações reais, que constituem a origem remota das atuais concessões de serviços públicos e de uso de bens públicos, não eram essencialmente distintas das percebidas pelos demais membros da sociedade. Eram mais rendas do Rei que do Estado, havendo pouca distinção entre estas duas figuras. (ARAGÃO, 2006, p.45)

Havia, portanto, pouca distinção entre o público e o privado, já que tudo era real. O Rei, que, inicialmente, era também um senhor feudal, respondia pelo crescimento

econômico das cidades e pela subsistência da população, contava com as corporações de ofícios para serviços especiais, como construção de estradas, construção de navios e, de modo geral para melhoria e crescimento das atividades econômicas, sem deixar de mantê-los (e a população) sob seu rígido controle e regulação.

Verificou-se, portanto, que a partir do surgimento do comércio, decresceu o poder dos senhores feudais ao passo que cresceu o poder do Rei, que continuou aumentando na razão direta do incremento das atividades econômicas, ao ponto de fazer surgir o conceito de soberania e a existência do Estado Unitário ou Nacional, permanecendo a estrutura econômica de regulação baseada no patrimonialismo real.

Quando predominavam os Estados Nacionais e absolutistas na Idade Moderna, entre os séculos XV a XVIII, a economia realizava-se exclusivamente através do comércio (mercantilismo), e a saúde constituía um problema sério para as autoridades, devido às epidemias e às necessidades econômicas da época.

O objetivo era, então, evitar epidemias, pois as pessoas não podiam morrer, porque seu trabalho era necessário para desenvolver a economia. Para manter as pessoas vivas e haver um crescimento populacional também era preciso dar atenção às condições de higiene. Começa-se a exigir do Estado a política da saúde, ou seja, exigir a intervenção para se garantir crescimento populacional [...] ter saúde era considerado estar vivo, aumentar a população para atender as necessidades econômicas da época. (ALAGOAS, 2007)

Mas com relação ao crescimento do poder do Rei, essa situação incomodava o estamento burguês, que não influía politicamente nas deliberações econômicas e se via limitado pelo poder do Rei e das corporações. No instante em que se rompeu o poder das “unidades nacionais, fundadas até então na Religião Católica romana e no Rei, pela Reforma Protestante, que, ao contrário do catolicismo romano, não fazia reservas às atividades lucrativas” (ARAGÃO, 2006, p.47) apresentou-se o momento para o surgimento de novas estruturas políticas, afinadas com a liberdade de desempenho econômico, razão pela qual o principal paradigma do Estado de Direito burguês apresenta-se no princípio com uma mínima intervenção estatal sobre a livre iniciativa econômica.

Surgiam assim os Estados de Direito liberais, estruturados em, pelo menos, três bases de poder político: representação parlamentar, separação rígida de poderes, e liberdade individual diante do Poder político.

No caso do poder legislativo, a burguesia que detinha o capital basicamente era a que votava e elegia seus representantes, já que somente votavam os cidadãos que possuíam renda mínima; os demais poderes de Estado deveriam apenas fazer o que lhes era determinado pelo

Legislativo, uma vez que assim era a vontade soberana do povo, ao qual competia ainda ver garantido os direitos individuais, restritos basicamente à liberdade diante do Estado.

Para os liberais o que impulsiona o desenvolvimento social é a liberdade das pessoas, calcadas exclusivamente em seus interesses pessoais e conduzidas pela “força do mercado”, culminando por estabelecer condições que afastam a idéia da moral e da ética, afastando-se também a idéia de justiça social.

É marcante no pensamento liberal, inicialmente, a idéia de que a justiça social oriunda de grupos primitivos somente seria possível em grupos fechados, como as ordens religiosas ou corporações de ofícios, inexistindo qualquer possibilidade de estendê-la a toda sociedade, restando a esta, os direitos individuais negativos.

Para parte da doutrina, o giro do Estado Liberal para o Estado Social ocorreu, em termos regulatórios, com o advento do sufrágio universal, atribuindo-se-lhe diversas denominações, como Estado de bem-estar, Estado-Econômico, regulamentador, pós-moderno etc.

A diferença com a situação política anterior, na questão regulatória, situa-se no fato de que, antes do Estado Democrático de Direito, as regulações estatais da economia consistiam em prestações revestidas de caráter negativo, afastadas as prestações de natureza positiva para encaminhar a economia conforme o interesse geral. Com o advento do sufrágio universal e o surgimento do Estado Social, o conteúdo regulatório tornou-se “permeável a conteúdos socioeconômicos que alteraram o seu entendimento”(ARAGÃO, 2006, p.59), alinhando-se às garantias das liberdades individuais a construção de políticas públicas de conteúdo pluralista, vinculadas ao atendimento das carências e necessidades sociais.

A alteração é proposital devido à modificação da base eleitoral, que se transformou numa universalização de pessoas, consistindo agora não mais no estamento burguês, mas numa sociedade complexa e plural, repleta de anseios e necessidades, de modo que a regulação estatal mínima já não contempla mais o estamento eleitoral, fazendo-se necessária a intervenção amplificada e planejada para alcançar e satisfazer a complexa pluralidade social.

Transformado o Estado Social em Estado Democrático de Direito, fecham-se os lados do triângulo iluminista e é na concepção de fraternidade que o homem pós-moderno alimenta a pressão social sobre o Estado, que altera sua atuação econômica estrutural e passa basicamente a regular e fiscalizar.

No Brasil, não houve, logo em seguida, após a Constituição da República de 1988, uma imediata apropriação pelo Estado dessa nova forma de intervenção estatal.

Acentua Clark:

No Brasil, somente depois da queda do Muro de Berlim em 1989, do 'Consenso de Washington' em 1990 e do fim do socialismo real na União Soviética em 1991 passamos a tratar efetivamente da pseudo saída do Estado do domínio econômico (regulação). Apesar de algumas tímidas medidas legais anteriores, naquele sentido, já existirem. (CLARK, 2003)

Ressalta Clark que os fatos históricos que marcaram o final do século XX acentuaram a necessidade de expansão e mobilidade do capital. Em acréscimo a tais acontecimentos, ocorria a evolução tecnológica, resultando em que os “Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação, transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada” (CLARK, 2008, p.70) e permitindo, com isso, o retorno da mobilidade do capital, “ao gosto dos donos do deste.

Nessa nova perspectiva regulatória são criadas as agências de regulação para quase todos os setores de que o Estado se afastou, mas que, dadas as condições socioeconômicas, são essenciais no Estado Democrático de Direito, tendo como principal objetivo dar efetividade à fluidez natural do mercado com respeito ao princípio da dignidade humana.

Ressalta Marques:

Já às entidades reguladoras sectoriais, cumpre acautelar e promover, numa perspectiva ex ante, o melhor funcionamento dos mercados sob sua regulação. E a regulação surge tipicamente em mercados onde a concorrência não produz os efeitos benéficos desejados, normalmente devido a falhas de mercado. Do ponto de vista económico, a regulação justifica-se naqueles sectores em que, por razões económicas (p. ex., tecnologia ou procura) não há condições para a concorrência se materializar ou desenvolver como nos mercados típicos. (MARQUES, 2005)

As agências de regulação atuam em setores essenciais - tecnológicos e produtivos, tais como energia, aviação civil, saúde, vigilância sanitária, telecomunicações, aviação, transporte etc.

São tantas que se faz necessário distinguir estas agências para situar nosso tema. As agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público interno, constituídas sob forma de autarquias (no Brasil), ou seja, como entes públicos da administração indireta do Estado, cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinados setores da economia.

Busca-se, assim, aceitar a autonomia da economia, que se desenvolve de forma mais espontânea a partir de interesses econômicos privados, que são distintos dos interesses econômicos estatais, mediante a inserção no ordenamento jurídico de mecanismos de correção de falhas de conduta e de direcionamento para determinados econômicos e sociais.

A regulação estatal visa principalmente a permitir que o mercado se desenvolva naturalmente e, com esta meta, o poder regulador inclui, a saber: edição de regras, garantia de aplicação dessas regras e repressão de infrações às regras postas.

Esclarece Clark:

Atualmente, o Estado Democrático de Direito do século XXI age ‘contidamente’ na vida econômica, por intermédio da política econômica de regulação, diferente dos tempos do Estado Social do século XX onde aquela era chamada de regulamentação e a atuação pública foi mais aguda. Contudo, historicamente, o Estado sempre agiu na vida econômica de diferentes formas e intensidade. (CLARK, 2008, p. 76)

Exclui-se do conceito a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços, sendo que a atuação de regulação incide principalmente sobre setores econômicos monopolizados, com vista a assegurar a livre concorrência do setor privado, dado a inexistência ou restrição de competição, nesses setores.

Ressalta Carmen Lúcia Antunes Rocha que, a partir das idéias dos autores liberalizantes, após a construção do Estado de Direito, tornado liberal pela burguesia, foi com a conotação de um modelo liberalizante dos direitos individuais que os direitos humanos “se entronizaram nos sistemas constitucionais modernos”. (ROCHA, 1997, p.6)

A constitucionalização moderna insiste num modelo de convivência de justiça social dentro de um modelo econômico liberal burguês, inserindo nos textos constitucionais projetos, idéias, direitos sociais e ambientais, que, em sua maior parte, transforma-se em normas programáticas de conteúdo social, contudo tornam-se ineficazes ante a falta de recursos. Acentua Alexy (2009) que esta forma de constitucionalização invalida o Estado Democrático de Direito, uma vez que a validade de uma constituição, no Estado pós-moderno, concretiza-se apenas e somente na medida em possa concretizar seu projeto de justiça social, de modo que possa ser alcançada pela maioria da sociedade, que a tem, então, como um texto sonhado, digo, um projeto social para o futuro.

Acentua Alexy:

Pressupõe-se da validade de uma constituição que ela seja socialmente eficaz em termos globais. Com essa fórmula, faz-se referência à validade social do sistema jurídico como um todo, pois uma constituição só é socialmente eficaz em termos globais quando o sistema jurídico como um todo, estabelecido em conformidade com ela, também for socialmente eficaz em termos globais. (ALEXY, 2009, p.153)

Ressalta o pós-positivista que uma constituição válida é aquela socialmente eficaz em termos globais, fazendo “referência à validade social do sistema jurídico como

um todo” (ALEXY, 2009, p.153), sugerindo, assim, que, se uma constituição somente é socialmente eficaz quando é possível ser cumprida em sua totalidade, não se pode dizer, portanto, conforme se apreende, que temos uma constituição válida, visto que esta não se externa para a maioria da sociedade, tida então como um texto programático, quer dizer, um projeto social para as futuras gerações.

Nesse novo paradigma constitucional o homem que já foi submetido sem qualquer direito ao Estado, vivencia, transposto o paradigma do Estado Liberal e Social uma nova condição diante do Estado, conforme acentua a professora Cármen Lúcia:

Agora, não mais apenas o homem e o Estado, ou o homem e o outro, mas, principalmente, o homem com o outro. Como direitos fundamentais da solidariedade social constitucionalmente positivada foram reconhecidos o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável, à informação e comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Reivindicados sob o influxo de uma nova ordem mundial, na qual pobres e ricos, homens ou Estados, possam ter acesso e gozo aos direitos fundamentais que lhes assegurem a condição mínima à qual já chegaram algumas sociedades, muitas vezes às custas dos bens jurídicos de outras [...] (ROCHA, 1997)

Na perspectiva do Brasil, a Constituição da República de 1988 foi uma conquista do povo brasileiro. Fez-se aqui, como explica Jorge Miranda (2003), no período de 1985 a 1988, uma transição constitucional, passando-se de um regime de ordem autoritária, instalado a partir de um golpe militar em 1964, para um regime democrático de direito.

Nesse contexto, observa-se a necessidade de a justiça se materializar, com fundamento em nosso ordenamento jurídico, na direção dos direitos fundamentais e da afirmação da soberania estatal, como instituição promotora deste fenômeno.

Num Estado Democrático de Direito, em que o sufrágio universal é a tônica, a constituição é feita pelo povo e para o povo, estabelecendo-se, como consequência, lógica a primordialidade dos direitos sociais como norma programática, numa análise primária. O Estado deve garantir primordialmente para a sociedade direitos mais amplos que os instituídos nas constituições liberais do século XVIII .

O corpo administrativo regulatório não afastou, no Estado Democrático de Direito, a liberdade empresarial nem a intervenção do Estado do sistema econômico, mas avalia o que melhor se apresenta para a sociedade.

A regulação estatal no Estado Democrático de Direito não apenas regula o mercado, mas administra vantagens para os investidores, tornando atraentes os empreendimentos em determinados setores da economia, de modo que setores, antes desertos em termos de investimentos de capitais, são induzidamente capacitados, consistindo, muitas vezes, em

benefícios que direcionam a economia, seja através do fomento de capital público, seja através de concessão de subvenções ou benefícios fiscais.

Alargou-se, portanto, o papel da regulação estatal da economia e, neste novo paradigma, o poder executivo ampliou seu papel, estreitando as funções legislativas, de modo que se alterou o paradigma do Estado Liberal. Acentua a doutrina que houve uma administrativização, uma vez que, para que se concretize o Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma intervenção regulatória intensa, ao invés do “laissez-faire” do Estado burguês, que se bastava com a edição de leis abstratas, uma vez que o mercado conduzia-se apenas pela auto-regulação.

A regulação, portanto, consiste no “afastamento” do Estado da intervenção econômica direta para assumir a função de organizador das relações sociais econômicas, regulando a atividade econômica, concedendo ao particular a prestação de serviços públicos e regulando sua utilização, impondo preços, quantidade produzida e qualidade dos produtos e serviços, por exemplo. Pode-se extrair dessa competência a existência de três poderes inerentes à regulação: normatização das relações, garantia da aplicação das regras e repressão às infrações.

Doutrinariamente, o conceito de regulação se distingue do poder de polícia, que não se constitui em poder natural inerente à Administração Pública, mas a ela atribuída pelo Legislador o respectivo exercício. A distinção dá-se no caráter externo da polícia econômica de regulação, que limita a atividade prejudicial ao meio ambiente, saúde pública, padrões urbanísticos, a segurança etc, enquanto que a regulação econômica orienta-se para exigir as condições econômicas em que a atividade se desenvolve, o “quantum” da produção, as zonas ou mercados em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que recebem em decorrência da atividade e o negócio mesmo em que consiste a atividade.

A regulação supera a denominada “administração ordenadora” e o “poder de polícia”, visto que aquela ordena as atividades econômicas em geral, de modo que alcança os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito, assim compreendidos a livre iniciativa e os serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão. A regulação (supostamente), portanto, atua direcionando as atividades empresariais na direção dos interesses públicos juridicamente definidos.

Dessa forma, a regulação estatal da economia consubstancia-se no conjunto de medidas administrativas, legislativas e convencionais abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva ou indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos

no marco da Constituição, orientando-os para direções socialmente desejáveis, em que os interesses públicos sejam mais relevantes, transformando, assim, a nova fórmula de intervenção estatal na economia na mudança da realidade social, passando o princípio da separação de poderes.

O foco da regulação estatal passa a ser a mudança da realidade social e o princípio da separação de poderes passa a ter, no anseio social, o fiel da balança da isonomia social. A saúde, no Estado Democrático de Direito, que tem como marco teórico a consumação de justiça social, posiciona o Estado como o responsável pela universalização da promoção, recuperação e prevenção das ações de saúde, acessíveis a todos os brasileiros, não excluindo a participação da atividade empresarial privada, permitida na conformidade do art. 199 da Constituição da República e da Lei 9.656, de 2/6/1998, que regulamenta a atuação dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

Conforme disciplina o texto constitucional acima enunciado, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo esta exercê-la complementarmente ao Sistema Único de Saúde, com preferência para as instituições filantrópicas e sem fins lucrativos, possibilitando também o exercício livre e lucrativo do serviço, tanto na forma complementar ao SUS como na assistência desvinculada das atividades estatais.

5 A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O Direito à saúde Inserido no Estado Democrático de Direito Brasileiro, a partir de 1988, transformou definitivamente, como se demonstrará, a maneira de abordagem do Estado com a saúde. Todos os brasileiros desde a Constituição de 1988 têm direito à saúde, sendo dever do Estado conceder gratuitamente este Direito. Para tanto, aprimorou-se os serviços públicos necessários à execução das atividades estatais, criou-se o Sistema Único de Saúde para universalização das ações vinculadas à promoção, prevenção e recuperação da saúde e normatizou-se a forma de custeio para financiamento destas atividades.

5.1 Serviços Públicos

O estudo do serviço público remete a pesquisa para o berço da civilização ocidental, na Grécia antiga, na qual se enxergam traços de atividade estatal ante a presença das cidades-estados, porque não podem ser vislumbradas sem se pensar na existência de prestação de serviço público, mesmo que em uma forma rudimentar.

A existência de uma sociedade racionalmente constituída sobre uma base territorial denominada Estado, pressupõe, de alguma maneira, e assim não se pode compreendê-la, sem vinculá-la à existência de atividade estatal organizada e capaz de manter a cidade e o Estado em funcionamento.

Na Europa, no final do período feudal, com o surgimento das cidades, a partir da ascendência da burguesia, ainda na infância do absolutismo, o Rei que emerge da classe dos senhores feudais percebe, através da institucionalização da tributação, a maneira de construir seu patrimônio financeiro, capaz de pagar as contas do reino e de aumentar sua autoridade central, antes diluída entre os senhores feudais.

Através da tributação imposta ao patrimônio real e também ao patrimônio alheio, percebe-se a existência de uma forma de se fazer arrecadação monetária que irá fazer toda a diferença em favor do Rei, surgindo dessa atividade os primeiros agentes públicos encarregados da organização e realização da coleta fiscal.

Inicialmente, e por isso denominadas de originárias, as receitas públicas advinham apenas da exploração do patrimônio público; são receitas de natureza jurídica dominial, consubstanciadas na taxação oriunda da utilização das terras, castelos, moinhos, fornos e lagares, ou ainda em arrecadações através de atividade econômica desenvolvida pelo próprio Rei, que podia fazer tudo, tal como explorar a atividade econômica ou apenas

delegá-la, taxando a atividade explorada por terceiro.

Posteriormente, foram criadas as receitas derivadas, arrecadadas coercitivamente em face da autoridade emanada do Rei, devido à exploração do patrimônio do particular, sendo concernentes a essas receitas os tributos de modo geral, como impostos, penalidades, contribuições parafiscais ou especiais.

A prestação do serviço público, na forma como hoje é reconhecida, tem suas origens na França do Século XVIII, quando, a partir da separação da figura do Rei com a do Estado, fez-se além da dicotomia entre Estado e Sociedade, também entre serviço público e atividade de natureza privada, surgindo, nessa época, a conceituação jurídica atual de atividade estatal.

Conceitualmente, serviço público consiste num conjunto de atividades e serviços vinculados à administração do Estado, realizadas por agentes públicos propriamente ditos e impropriamente, quer dizer, o corpo de agentes públicos não se configura somente por servidores públicos, mas por uma gama de pessoas vinculadas à administração, sendo também possível a execução de serviços públicos por outras entidades, mesmo particulares, com vista a manter em funcionamento a máquina pública, que tem como objetivo principal promover o bem-estar e o desenvolvimento social e econômico da sociedade, além de realizar a defesa interna e externa da base territorial em que se encontra assentada a sociedade.

Explica Mello:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; mas também – e com o mesmo empenho – (b) em relação ao próprio Estado e (c) ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço. (MELLO, 2007, p. 652-653)

Ocorre que o Estado, por si só, sendo uma mera concepção jurídica, não executa qualquer atividade, sendo necessária, para tanto, a presença de pessoas, ora denominadas

agentes públicos, ou seja, pessoas encarregadas pela administração, por delegação direta ou indireta, a realizar atividades de interesse do Estado.

Segundo Edimur Ferreira de Faria (2007, p. 97), agentes públicos podem ser classificados em pelo menos três categorias: “agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público.” Aponta o administrativista que agentes políticos são ocupantes de cargos públicos nas três esferas da administração: federal, estadual e municipal. São eles os chefes do governo ou do poder executivo e seus principais interlocutores, como os ministros e secretários.

Uma parcela da doutrina diverge em relação a essa repartição de categoria e inclui outras, situando, entre os agentes políticos, os magistrados, membros do Ministério Público e dos tribunais de contas.

Para o administrativa Celso Antônio Bandeira de Mello, os agentes políticos advêm diretamente da ordem jurídica, de modo que preceitua:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. (MELLO, 2007, p. 241)

Ressalta Mello que a relação dos agentes políticos com o Estado tem natureza meramente política, ao contrário dos demais agentes em que a vinculação é profissional, uma vez que “seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis (MELLO, 2007, p. 242).

Outra categoria dos agentes públicos é a dos servidores estatais que se dedicam a atividades junto ao Estado e suas entidades da administração indireta, independente de sua natureza pública ou privada, quais sejam, autarquias, fundações públicas e privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A denominação de servidor público trata pois, de espécie da categoria servidor estatal e destina-se a discriminar os servidores dos entes públicos cuja natureza jurídica é de direito privado. Entende-se, por isso, que servidores estatais são divididos em servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado, segundo Mello (2007, p. 242).

Outra categoria de agentes são os particulares que, sem perder essa condição, prestam serviços por delegação e de interesse do poder público, tais como jurados, membros de mesas receptoras ou apuradoras, recrutados para o serviço militar (nessa situação encontram-se em função pública e perdem a condição de particular, ainda que

temporariamente). Consignem-se ainda os gestores da coisa pública com atribuição para executar atividades públicas urgentes, os contratados por locação civil, os concessionários e permissionários de serviços públicos.

Os servidores públicos podem prestar suas atividades em cargos ou empregos públicos e ainda em funções públicas. Os cargos, conforme aponta Mello (2007, p.245) “são unidades de competência a serem expressadas por um agente”, são criados por lei e o ingresso depende de concurso público. Os agentes empossados em cargos não são contratados pois se submetem a um regime especial denominado de estatuto ou institucional.

Os empregos públicos são, tanto quanto os cargos, unidades de competência de agentes, dessa feita contratados sob relação trabalhista, quando se tratar de atividade permanente na Administração direta ou autárquica ou fundacional, criada por lei, na forma do art. 61, §1º, II, “a”, da Constituição da República de 1988.

As funções públicas são atribuições especiais conferidas a titulares de cargos e empregos públicos, para exercício de atividades de assessoramento, direção ou chefia, sendo os titulares das funções públicas componentes do rol de pessoas de confiança da autoridade.

Os cargos de confiança são também preenchidos por pessoas de confiança da autoridade, contudo não necessariamente por servidores públicos efetivos, reservando-se, em todo caso, um percentual do total da disponibilidade de cargos de confiança para ocupação por servidores efetivos da Administração.

Notadamente, ocorre também a delegação a particular ou a entidade da administração indireta, da execução de serviço público. No caso, trata-se de exploração econômica de atividade lucrativa, mediante a fixação de tarifas (preço público) obedecidas as disposições impostas pelo Estado para o exercício daquela atividade, sob conta e risco do particular; entretanto, com garantia de equilíbrio econômico-financeiro, sendo possível para garantia da modicidade tarifária o subsídio estatal da atividade bem como a exploração de fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias, tais como exploração de áreas do subsolo, supermercados, estacionamentos e similares.

Destaca Faria (2007) a diferença entre permissão e concessão:

A diferença fundamental entre permissão e concessão é que esta se efetiva mediante contrato precedido de licitação da modalidade concorrência, tendo como concessionário pessoa jurídica ou consórcio de empresas por prazo certo e longo. A permissão verifica-se mediante licitação segundo a modalidade própria de acordo com cada caso, através de contrato de adesão de natureza precária. Não é obrigatório, portanto, a adoção exclusiva da concorrência, como na concessão. Outra diferença está no fato de que, pela permissão, se pode delegar a prestação de serviços à pessoa física ou pessoa jurídica, excluída a participação de consórcio de empresas, enquanto que a concessão se faz a pessoa jurídica ou a consórcio de

empresas. A pessoa física é vedado participar de concorrência que tenha por objeto a concessão de serviço público. (FARIA, 2007, p. 467)

Dessa forma, configura-se a concessão ou permissão do serviço público, sendo exemplos dessa autorização estatal a concessão da exploração da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, a exploração do serviço de comunicações audiovisuais, a exploração do serviço de fornecimento de águas e esgotos e similares.

5.2 Pressupostos Práticos na Saúde Pública

Os serviços concernentes à prevenção, promoção e recuperação da saúde são serviços públicos porque assim estão definidos no texto constitucional promulgado pelo Poder Constituinte em 1988, decorridos, portanto, 488 anos do descobrimento do País, quando Pero Vaz de Caminha (1500), em sua famosa carta, tentou seduzir o Rei de Portugal a investir no País, tendo como principal bandeira “salvar essa gente”. Seus objetivos foram bem mais metafísicos diante da atual orientação constitucional, que tem como paradigma o bem-estar do cidadão.

Nada obstante, ainda que com objeto diverso, perdura no tempo a mesma orientação da necessidade de “salvar essa gente”, uma vez que, após sua transformação em um Estado Democrático de Direito, o povo brasileiro, tem o propósito de se pôr a salvo e livre dos problemas relacionados com a prestação de serviços públicos de saúde (sempre precário e insuficiente).

De acordo com o Poder Constituinte originário, é de inteira responsabilidade do Estado prestar atendimento à saúde ao cidadão, e o direito à saúde inserido no texto constitucional no art. 196 consubstancia-se em um dos principais direitos do ser humano. Afinal segundo Rousseau (1978, p. 209) “o único móvel das ações humanas é o bem-estar”. O preâmbulo da Carta de 1988 garante que o Estado Democrático se destina, dentre outros objetivos, a assegurar o bem-estar.

Para Epicuro, nascido ateniense, logo após a morte de Platão, por volta de 347 a.C., fundador da corrente filosófica denominada epicurismo, a finalidade da vida é o gozo. Felicidade, enfim, é não sentir dores no plano físico do corpo e haver total tranquilidade e serenidade no plano espiritual, consistindo esse estado físico e emocional na suprema maneira de viver. As premissas de Epicuro sintetizam por completo o que seja bem-estar e são válidas até hoje.

O ser humano, quando está doente, não goza de boa saúde, e, portanto, não se

encontra em seu estado normal, estando abalado o seu viver. Pode-se dizer que a saúde é a fonte ou o combustível essencial da vida da pessoa humana. Uma saúde abalada, numa dimensão física ou não, pressupõe uma vida anormal, decorrente da premissa de que o combustível da vida é a saúde. Não há vida sem saúde ou não há vida normal ou plena sem uma boa saúde.

Sendo a vida um direito fundamental, inserido na Constituição da República de 1988 no “caput” do art. 5º, o acesso a tal direito passa inexoravelmente pelo acesso, primeiro, à saúde, da qual decorre de uma vida saudável, garantindo o bem-estar preconizado no Estado Democrático de Direito. Dessa forma, um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito é o direito à saúde, sobre o qual se tratará doravante.

Poder-se-ia dizer que a gestão da saúde estava resolvida e o direito a ela, capitulado no art. 196 da Constituição da República, estava sendo dispensado aos cidadãos, uma vez que, teoricamente, o sistema único de saúde encarrega-se de prover a assistência à saúde em todo o território nacional; todavia, a realidade existencial é bem outra, uma vez que não existe de fato uma garantia de saúde para todos.

A saúde pública no Brasil é um bem da vida escasso. Apesar de a sociedade pagar ao Estado, não obtém a contrapartida de suas expectativas na saúde. O Estado arrecada, mas não cumpre seu papel social e constitucional de devolver ao brasileiro os serviços de saúde de que este precisa. A arrecadação sob forma de tributos é compulsória, não restando ao contribuinte senão pagar. Vale, para ilustrar dizer a máxima do saudoso Professor de Direito Tributário da PUC - José Luis de Gouvêa Rios: “*duas coisas a pessoa deve saber ao nascer: que vai fazer em sua vida: pagar impostos e morrer*¹¹.”.

Por isso, para escapar da fila da morte, os contribuintes, em geral das classes média e alta, sem outra saída, pagam também ao prestador de serviços de saúde do setor privado, de forma que se paga duas vezes por um mesmo serviço, que, em boa parte das vezes, nem chega a ser prestado, de sorte que melhor seria dizer que os planos de saúde disponibilizados pelo setor privado aos consumidores têm características de seguro – o usuário paga mensalmente, utilizando ou não o serviço.

A Constituição foi perversa com a distribuição de renda para os Poderes Executivos Estaduais e Municipais, deixando a União com a parte do “leão”, relativamente à receita pública dos impostos e contribuições sociais, fazendo com que os demais entes da Federação dependam, para fazer valer suas políticas públicas e financiamento, da máquina estatal dos

¹¹ RIOS, José Luiz de Gouveia. Anotações de sala de aula (1982). Direito Tributário. PUC Minas.

cofres da União. Em face de nossa democracia doente e elitista, as verbas e emendas orçamentárias preferencialmente são distribuídas em consonância com as conveniências e interesses políticos-partidários, de modo que é bastante inconveniente para os governantes públicos estaduais ou municipais não serem aliados políticos do mandatário federal.

A saúde, por exemplo, é um subsistema constitucional que interessa como objeto de nosso estudo. O direito à saúde, inserido na Constituição de 1988, preconiza o acesso universal e igualitário às ações de promoção, prevenção e recuperação, patrocinado pelo Estado (art.196 da CR/88).

Contudo, a carência de investimentos levou à impraticabilidade da utilização do SUS, em face da ausência dos equipamentos básicos e de tecnologia moderna para realização de exames de diagnóstico, notando-se ainda a ausência de profissionais de saúde, acarretando a indisponibilidade de atendimento, desestimulando a utilização do SUS por parte da população (sobretudo aquela com boa condição financeira).

A Universidade de São Paulo realizou uma pesquisa divulgada na página da internet da agência de notícias No minuto.com e vislumbrou empiricamente que os 50 bilhões de reais investidos pelo governo federal na saúde, em 2007, foram igualmente previstos no orçamento da União de 2008, representando eles, os mesmos US\$ 280 (duzentos e oitenta dólares) anuais por pessoa, investidos na saúde pública nos anos 90.

Explica a agência No minuto.com:

O valor está acima da média registrada na América Latina, mas não chega à metade da média mundial de US\$ 806 per capita. Considerado o percentual dos recursos investidos em relação ao que os países arrecadam, o gasto brasileiro cai para pouco mais da metade do registrado nos vizinhos latino-americanos. (ESTUDO ..., 2008)

Portanto, o Brasil estagnou os investimentos em saúde pública e de forma explícita consolida sua política de precarização do SUS, com vista à privatização da saúde pública, o que permite o acesso somente pelas elites a este bem da vida.

Para enfrentar esta mazela social, os indivíduos têm se valido de dois recursos estratégicos. Aqueles que podem arcar financeiramente com custos adicionais, passam a ignorar o SUS e arcam com contratos de fornecimento de saúde e pagam pelo fornecimento de medicamentos. Os desvalidos da sorte e de poder aquisitivo buscam, através do Poder Judiciário, o acesso aos diagnósticos, tratamentos e medicamentos fornecidos pelo Estado, sendo que essas medidas têm evitado o caos uma vez que substituem a ineficácia da assistência de saúde estatal.

Brandão e Costa ressaltam que:

No Brasil, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado; no entanto, a despeito das inegáveis melhorias observadas no sistema no período posterior à Constituição Federal de 1988, muito há que ser feito nos campos da redefinição de modelos de atenção, da melhoria da qualidade e da gestão da atenção à saúde, da garantia de acesso dos cidadãos aos serviços e aos insumos e medicamentos necessários, dentre outros. Na prática, e a despeito de um plano de investimentos integrados, ineficiências históricas em investimentos em saúde vêm sendo observadas. O que se observava, tradicionalmente, era um conjunto de ações isoladas e pouco eficazes, o que contribuiu para manter a ineficiência do sistema. Ademais, a sustentabilidade e os resultados são preteridos em prol de avaliações sobre a execução financeira sem a devida avaliação do impacto de determinada ação sobre a saúde pública, muitas vezes não atribuindo a devida importância à coerência com as prioridades políticas do setor. Só para se verificar a gravidade da situação, do total orçado e aprovado para investimentos em saúde do MS para 2003, 68% referem-se a projetos vinculados a emendas parlamentares. No desenvolvimento do setor, devem ser combatidas as distorções hoje observadas, como, por exemplo, o insulamento das ações, a duplicação de esforços, os processos incompletos, a falta de responsabilização, as ações que critérios para Análise de Investimentos em Saúde não observem a infra-estrutura existente, as prioridades definidas na condução das políticas públicas e as peculiaridades dos loci de investimentos, além da avaliação dos investimentos realizados, só para citar alguns casos. Foi sugerido neste estudo, como forma de coibir tais distorções, parâmetros de alocação de recursos, ações que visem a conciliar os objetivos do governo e minorar as disparidades inter/intra-regionais. Além disso, é fundamental que análises pertinentes à sustentabilidade sejam meticulosas, assim como a realização da avaliação do resultado e o impacto dos investimentos no setor são prioritários para a impressão de qualidade à continuação das ações públicas na saúde. Além dos parâmetros, foram propostos novos instrumentos de análise de investimentos, visando a imprimir agilidade e racionalidade ao sistema. Vale ainda enfatizar que este trabalho apontou algumas das limitações iniciais para a implementação desse novo sistema para a análise de investimentos. Essas limitações referem-se à necessidade de se definir alguns conceitos em saúde, de se integrar sistemas de informação, de se construir novas regras e normas, além de orientar os parlamentares quanto às novas regras, o que se pretende ter feito com este documento. O Ministério da Saúde vem buscando, como aponta este documento, a construção do maior número de parcerias relevantes à eficiência da alocação de recursos e à transparência deste processo. Neste momento, ao propor critérios transparentes aos parlamentares, o MS pretende, em conjunto com os representantes da população no Congresso Nacional, fortalecer um sistema democrático de se administrar a saúde no Brasil, visando, acima de tudo, ao objetivo maior de inclusão social". (BRANDÃO; COSTA, 2005)

Há, portanto um sistema ineficiente, devido à política pública de precarizar os serviços de saúde, os quais deveriam ser o viés principal de inclusão social, enquanto os serviços privados atuam de forma supletiva. Na contemporaneidade os pólos se alteraram passando os serviços públicos a ser supletivos uma vez que são utilizados somente por quem não tem opção de pagar por serviços de saúde privados, que são, de longe, mais eficientes e eficazes.

Não é de se estranhar, todavia, que a veia financeira erigida pela prestação dos serviços de saúde esteja orientada para favorecer os detentores do capital. A economia nacional tem sistematicamente vinculado o destino do povo brasileiro, ao longo da história, em acordo com os interesses desses grupos econômicos privados. Essa constatação é antiga e

remonta às origens do Estado. Conforme ensina Clark (2008, p.74), com as contribuições de Huberman (1986) – “o Estado atual foi formatado para possibilitar o incremento das atividades comerciais nascentes, em síntese do capitalismo, sobretudo no velho continente europeu”, de modo que o Estado e o capitalismo sempre foram interdependentes.

Huberman assegura que:

[...] o mais rico é quem mais se preocupa com o número de guardas que há em seu quarteirão, os que se utilizam das estradas para enviar suas mercadorias ou dinheiro a outros lugares são os que mais reclamam proteção contra assaltos e isenção de taxas de pedágios, a confusão e a insegurança não são boas para os negócios. A classe média queria a ordem e segurança (HUBERMAN, 1986).

Assim, não é estranho que os donos do capital e o Estado, ou melhor, criador e criatura, para consumação de seus objetivos estreitem seus laços, vinculando suas respectivas atuações à satisfação das necessidades mútuas, de um lado possibilitando o fortalecimento do Estado e, de outro, assestando as políticas públicas de modo a assegurar a expansão do capital e ao desenvolvimento do lucro.

Dessa forma, a orientação das políticas públicas segue um curso expropriador ao permitir o acesso do capital aos serviços de saúde uma vez que sendo a saúde um bem de vida essencial, sua demanda é crescente viabilizando-se como um filão financeiro capaz de propiciar um belo retorno aos investimentos privados. Na prática trata-se do genocídio econômico, o qual, segundo Clark (2008, p. 36), se constitui na “transferência sistemática dos pobres para os ricos das riquezas existentes no país, devastando nações ou indivíduos, causando fome, desemprego e morte”.

Esclarece Clark:

O genocídio econômico é executado atualmente com uma eficácia espantosa, via políticas e privadas, no Terceiro Mundo, as eternas colônias, pelos senhores dos lucros. Evidentemente, em nome da glória do capital nos reservaram as trevas do inferno, logicamente sem a aquiescência dos deuses. As radicais políticas econômicas transferem ganhos dos pobres para os ricos, sejam eles nações ou indivíduos, via políticas de juros, crédito ou renda, executando uma pilhagem visível, através de uma guerra econômica, onde o resultado é a fome, o desemprego e morte fatal dos vencidos. (CLARK, 2008, p.36)

Dessa maneira, o Estado paulatinamente precariza os serviços de saúde induzindo os brasileiros a procurarem, junto à iniciativa privada, o fornecimento dos serviços precarizados pelas instituições públicas.

Por seu turno, as instituições privadas, geralmente constituídas como cooperativas de médicos que fornecem serviços de saúde, comumente denominados

“planos de saúde”, de olho nesse mercado vislumbram um crescimento mercadológico favorável.

A cobiça econômica tem fundamento, visto que o Estado, de forma imperceptível, para olhos leigos, afasta-se da assistência à saúde permitindo o crescimento econômico dos chamados “Planos de Saúde”, que experimentam um sensível crescimento ano após ano.

A oferta de planos de saúde está ligada à instalação das grandes multinacionais no Brasil, como as montadoras de automóveis nos anos 50, ao projetarem um diferencial de atendimento à saúde para seus empregados através da contratação de empresas de seguros.

O conceito de assistência à saúde, nas últimas décadas, foi bastante alterado e passou por grandes transformações, levando ao surgimento de cooperativas e empresas voltadas exclusivamente para a assistência à saúde através de planos empresariais ou particulares.

A Lei 9.657, sancionada em 03 de junho de 1998, marcou o início da regulamentação dos planos privados de assistência à saúde, ao passo que, em 28 de janeiro de 2000, foi sancionada a Lei n.º 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, que trata da regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (planos, seguros e convênios de saúde), com autonomia administrativa e financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS é o ente público da administração indireta que cuida e é responsável pela elaboração do rol de procedimentos e normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, segmentação dos planos, critérios de controle de qualidade e fiscalização dos planos de saúde, liquidação das empresas cassadas, entre outras funções.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar tem como área de competência fazer a regulação estatal da economia concernente às empresas, que buscam, através do oferecimento de planos e sistemas de saúde, suprir a ausência do Estado nessa área.

De acordo com a Lei 9.961/2000 (art. 3º), a ANS tem como “finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores”, tendo ainda, como metas, contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde e estabelecer as políticas públicas relacionadas com a regulação do setor de saúde suplementar.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar está subordinada ao Conselho de Saúde Suplementar, instância deliberativa e interministerial do governo federal. Segundo dados da

ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina de Grupo), vê-se o seguinte perfil dos planos de saúde privados brasileiros:

Tabela 01 - Perfil dos Planos de Saúde Privados Brasileiros

Tipo de operadora	Quantidade	Nº de associados	Nº de empregados	Médicos credenciados	Nº de internações
Seguradoras	140	4.700.000	5.000	45.000	510.000.000
Medicina de Grupo		17.300.000	98.000	83.000	1.750.000.000
Cooperativas Médicas	320	10.000.000	26.000	75.000	1.000.000.000
Autogestão	150	9.000.000	8.000	30.000	900.000.000
Total	1.180	41.000.000	137.000	120.000	4.160.000.000

Fonte: ABRAMGE

Tabela 02 - Cobertura por plano de saúde

Perfil	Medicina de grupo	Cooperativa	Autogestão	Seguradora
Usuários (Milhões de pessoas)	18,3	10,7	8	4
Empresas	74	36	300	40
Médicos Credenciados	88 mil	87,6 mil	30 mil	45 mil
Hospitais Credenciados	4.000	3.120	1.000	4.000
Faturamento (US\$ bilhões)	3,94	3,5	4,59	4

Fonte: ABRAMGE

Com relação aos planos de saúde, a última pesquisa desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010), em relação ao tema demonstrou que:

Em 2008, 25,9% da população brasileira, ou seja, 49,2 milhões de pessoas dispunham de pelo menos um plano de saúde. Entre estas, 77,5% estavam vinculadas a planos de empresas privadas e 22,5% a planos de assistência ao servidor público. Além disso, do percentual de mulheres cobertas por plano de saúde (26,8%) era maior do que o dos homens (24,9%), porém a maioria delas era na condição de dependentes de outra pessoa (60,8% das mulheres cobertas eram dependentes). Os homens que eram dependentes no plano de saúde principal que dispunham representavam 42,5% do total de homens cobertos. A cobertura por plano de saúde crescia conforme a idade aumentava, no grupo de pessoas de 0 a 18 anos, 20,8% tinham pelo menos um plano de saúde, para o grupo de 19 a 39 anos, 26,7% o tinham. Nos grupos de 40 a 64 e de 65 anos ou mais de idade, o percentual de pessoas cobertas foi bastante similar, 29,8% e 29,7%, respectivamente. Verificou-se que a cobertura por plano de saúde estava positivamente relacionada ao rendimento mensal domiciliar per capita, para as pessoas em domicílios com rendimento per capita de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, apenas 2,3% tinham plano de saúde, enquanto 82,5% dos que tinham rendimento de mais de 5 salários mínimos tinham plano de saúde. Considerando apenas os titulares dos planos de saúde, observou-se que 20,5% deles tinham seus planos de saúde pagos integralmente pelo empregador, 43,2% o pagavam através do trabalho atual ou do trabalho anterior, 28,1% o pagavam diretamente à empresa do plano de saúde e 8,2% tinham seus planos pagos por outro morador do domicílio ou não morador do domicílio. Dentre as pessoas que desembolsavam algum valor para pagar seus planos de saúde, 14,5% pagavam acima de R\$ 100,00 a R\$ 200,00 (esta faixa de valor foi a mais freqüente), seguida pela faixa de desembolso de mais de R\$ 50,00 a R\$ 100,00, 13,1% das pessoas. Vale observar que 4,5% das pessoas pagavam mais de R\$ 500,00 pelo plano de saúde. Além das mensalidades pagas, 29,3% das pessoas precisavam realizar pagamentos adicionais pelo serviço utilizado. O co-pagamento era mais freqüente em planos que abrangiam apenas consultas médicas (47,8%) e consultas médicas e exames complementares (52,4%). Nos planos com direito a consultas médicas e internações hospitalares, o percentual de co-participação ficou em torno de 30,0%. A maioria dos planos de saúde, 88,9%, dava direito a consultas, internações e exames complementares. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010)

Conclui-se pela pesquisa que, decorridos vinte anos de Estado Democrático de Direito, o dispositivo constitucional do art. 196 é meramente simbólico, uma vez que o dever Estatal de promover, prevenir e recuperar a saúde dos indivíduos através de ações e serviços não se presta, na prática, para atender às necessidades do povo brasileiro, que tem em torno de vinte e seis por cento do total de sua população socorrendo-se dos famigerados, mas necessários planos de saúde. A resposta para essa busca alternativa aos serviços não estatais de saúde aponta para o fato de uma preocupação da sociedade com sua saúde, uma vez que o Estado não representa uma opção consistente e segura.

É singular também a percepção de que esses limites vinculam-se ao poder econômico do cidadão, pois a pesquisa verificou que a cobertura por plano de saúde está estreitamente vinculada ao rendimento mensal, sendo que apenas 2,3% (dois vírgula três por cento) dos

segurados com rendimento domiciliar “per capita” de um quarto (1/4) de salário mínimo tinham plano de saúde, enquanto que, na outra ponta, 82,5% (oitenta e dois vírgula cinco por cento) dos que dispõem de renda superior domiciliar a cinco salários mínimos tinham plano de saúde.

Conforme pesquisa realizada pelo IBGE, em termos de salário mínimo, mais da metade da população brasileira vive em domicílio com renda “per capita” familiar inferior a um salário mínimo.

Acentua a Agência Estado (2011)

No Brasil retratado em 2010 pelo IBGE, a maioria da população (60,7%) vivia em domicílios com renda familiar per capita de menos de um salário mínimo (no valor de R\$ 510 na época), apesar de em dez anos ter diminuído o número de famílias nos extratos mais baixos de rendimento. No ano passado, praticamente uma em cada sete residências tinha renda domiciliar per capita de até 1/4 de salário mínimo; uma em cada três, de meio a um salário; e mais de uma em duas tinha rendimento por pessoa de até um salário mínimo - em todos esses grupos sociais, porém, esses números significaram melhoria em relação à década anterior. O aumento do salário mínimo na década - reajuste de 237,7% para uma inflação de 89% (pelo IPCA) - e os programas sociais são apontados como causas da melhoria de renda dos mais pobres ocorrida no período. Segundo o presidente do IBGE, Eduardo Nunes, os dados apontam para uma redução da desigualdade de renda. "O contingente brasileiro que em 2000 ganhava renda inferior a meio salário mínimo hoje é muito menor", disse. Ele destacou que a melhora se deve também à expansão da economia brasileira na última década, com a criação de mais de 10 milhões de postos de trabalho. (MAIORIA ...,2011)

Em decorrência dessas constatações, oriundas do IBGE, e cruzando os dados coletados, percebe-se que em torno de 40% (quarenta por cento) da população recebe mais que um salário mínimo, sendo que, deste percentual, aproximadamente 26% (vinte e seis por cento) procura garantir-se junto à empresa da iniciativa privada que oferece plano de saúde e serviço de saúde, no momento em que o cidadão necessita desse tipo de atendimento.

No caso, vê-se que apenas 14% (quatorze por cento) da população nacional em condição de pagar um plano de saúde não utiliza esse serviço, mas 86% (oitenta e seis por cento) do povo brasileiro com possibilidade de pagar uma empresa prestadora de serviço de saúde paga por este tipo de serviço, consubstanciando esse dado na comprovação de que o Estado não cumpre sua atividade constitucional de promover, proteger e recuperar, com acesso universal e igualitário, as ações e serviços públicos de saúde.

5.3 Financiamento da saúde pública

Para dar garantia de cumprimento ao art. 196 da Constituição, o Poder Constituinte, criou o Sistema Único de Saúde – SUS, no art. 198 da Constituição da República de 1988, que se constitui num programa público de saúde em forma de rede regionalizada, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo.

O SUS mantém uma estrutura sem hierarquia entre os entes da Federação. União, Estados e municípios negociam e se pactuam a respeito de ações, serviços, organização do atendimento e outras relações. Tal forma de gerenciamento de serviço é denominada pactuação intergestores. O SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes previstas na lei.

Para dar transparência ao SUS, a União, através do Ministério da Saúde, disponibilizou no endereço eletrônico denominado “Portal da Saúde” uma cartilha denominada “Entendendo o SUS”, com informações importantes sobre o programa público de saúde.

Ressalta-se na cartilha:

- 1 - Todos os estados e municípios devem ter conselhos de saúde compostos por representantes dos usuários do SUS, dos prestadores de serviços, dos gestores e dos profissionais de saúde. Os conselhos são fiscais da aplicação dos recursos públicos em saúde.
- 2 - A União é o principal financiador da saúde pública no país. Historicamente, metade dos gastos é feita pelo governo federal, a outra metade fica por conta dos estados e municípios. A União formula políticas nacionais, mas a implementação é feita por seus parceiros (estados, municípios, ONGs e iniciativa privada)
- 3 - O município é o principal responsável pela saúde pública de sua população. A partir do Pacto pela Saúde, assinado em 2006, o gestor municipal passa a assumir imediata ou paulatinamente a plenitude da gestão das ações e serviços de saúde oferecidos em seu território.
- 4 - Quando o município não possui todos os serviços de saúde, ele pactua (negocia e acerta) com as demais cidades de sua região a forma de atendimento integral à saúde de sua população. Esse pacto também deve passar pela negociação com o gestor estadual.
- 5 - O governo estadual implementa políticas nacionais e estaduais, além de organizar o atendimento à saúde em seu território.
- 6 - A porta de entrada do sistema de saúde deve ser preferencialmente a atenção básica (postos de saúde, centros de saúde, unidades de Saúde da Família, etc.). A partir desse primeiro atendimento, o cidadão será encaminhado para os outros serviços de maior complexidade da saúde pública (hospitais e clínicas especializadas).
- 7 - O sistema público de saúde funciona de forma referenciada. Isso ocorre quando o gestor local do SUS, não dispondo do serviço de que o usuário necessita, encaminha-o para outra localidade que oferece o serviço. Esse encaminhamento e a referência de atenção à saúde são pactuados entre os municípios.
- 8 - Não há hierarquia entre União, estados e municípios, mas há competências para cada um desses três gestores do SUS. No âmbito municipal, as políticas são

aprovadas pelo CMS – Conselho Municipal de Saúde; no âmbito estadual, são negociadas e pactuadas pela CIB – Comissão Intergestores Bipartite (composta por representantes das secretarias municipais de saúde e secretaria estadual de saúde) e deliberadas pelo CES – Conselho Estadual de Saúde (composto por vários segmentos da sociedade: gestores, usuários, profissionais, entidades de classe, etc.); e, por fim, no âmbito federal, as políticas do SUS são negociadas e pactuadas na CIT – Comissão Intergestores Tripartite (composta por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde).

9 - Os medicamentos básicos são adquiridos pelas secretarias estaduais e municipais de saúde, dependendo do pacto feito na região. A insulina humana e os chamados medicamentos estratégicos - incluídos em programas específicos, como Saúde da Mulher, Tabagismo e Alimentação e Nutrição - são obtidos pelo Ministério da Saúde. Já os medicamentos excepcionais (aqueles considerados de alto custo ou para tratamento continuado, como para pós-transplantados, síndromes – como Doença de Gaucher – e insuficiência renal crônica) são comprados pelas secretarias de saúde e o ressarcimento a elas é feito mediante comprovação de entrega ao paciente. Em média, o governo federal repassa 80% do valor dos medicamentos excepcionais, dependendo dos preços conseguidos pelas secretarias de saúde nos processos licitatórios. Os medicamentos para DST/Aids são comprados pelo ministério e distribuídos para as secretarias de saúde.

10 - Com o Pacto pela Saúde (2006), os estados e municípios poderão receber os recursos federais por meio de cinco blocos de financiamento: 1 – Atenção Básica; 2 – Atenção de Média e Alta Complexidade; 3 – Vigilância em Saúde; 4 – Assistência Farmacêutica; e 5 – Gestão do SUS. Antes do pacto, havia mais de 100 formas de repasses de recursos financeiros, o que trazia algumas dificuldades para sua aplicação. (BRASIL, 2007)

O SUS foi regulamentado pela Lei 8.080, de 1990. Sua gestão federal é realizada pelo Ministério da Saúde e seu principal financiador é a União, que se incumbem de arcar com a metade dos gastos em saúde pública, enquanto a outra metade é financiada pelos Estados e Municípios.

A saúde integra o sistema denominado seguridade social, inserido no art. 194 da Constituição da República de 1988, juntamente com a assistência social e previdenciária. Em decorrência disso, é que se vê, no §1º do art. 195 da Constituição, que o SUS “será financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Nos Estados federados, onde se concentra a coordenação do SUS, são as Secretarias de saúde que projetam as políticas de saúde – estaduais e municipais, gerenciando além de seus próprios recursos, os provenientes do Fundo de Saúde da União, de modo a realizar o rateio dos recursos a serem transferidos aos Municípios para ações e serviços públicos de saúde, “dependendo das dimensões epidemiológica, demográfica, sócio-econômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais.” (Lei Complementar 141/2012, art. 19)

A vascularização e ramificação da rede para garantir a grande distribuição do serviço de saúde pelo vasto território brasileiro foi planejada de forma que a União

constitui locomotiva do serviço público da saúde, em que os Estados atuam como coordenadores e fiscalizadores e os Municípios como os principais e efetivos gestores da saúde pública. Na prática, os Municípios é que disponibiliza os profissionais e o atendimento, até por se tratar de entes que estão próximos dos “consumidores” dos serviços de saúde, de modo que a lógica do atendimento enuncia que, quanto mais próximo do indivíduo o ente público, se torna mais executivo, enquanto o afastamento dilui ações executivas em favorecimento de ações de direção e coordenação.

Apesar de longo o caminho percorrido desde 1988, a insegurança na consumação do direito à saúde por parte dos cidadãos é a nota tônica, uma vez que os recursos para garantia da universalização da saúde são instáveis e escassos, ou seja, o programa público de saúde, instituído pelo art. 198 da Constituição, teoricamente é viável, contudo na prática não funciona, devido à ausência de investimentos financeiros capazes de movimentar esse gigantesco sistema de saúde pública.

O que ocorre, e esse é o “calcanhar de Aquiles” do sistema de universalização do voto, é que, de quatro em quatro anos, os eleitores vão às urnas escolher seus representantes, e os eleitos, dirigentes de um Estado com recursos escassos, têm que fazer escolhas, e em as fazendo, optam por aquelas de efeitos eleitorais mais favoráveis, ou seja, o desembolso financeiro para a área da saúde não está no elenco das obras e serviços mais rentáveis eleitoralmente. Dinheiro na saúde não rende votos como o gasto em estradas, pontes, estádios de futebol, copa do mundo, olimpíada ou mesmo “cidade-administrativa”. O Brasil empresta dinheiro, por exemplo, para outras nações, mas recusa-se a resolver, de forma definitiva, o problema do financiamento da saúde, um problema social de relevância e de considerável importância para a sociedade nacional.

Segundo Gilson de Carvalho, os constitucionalistas economistas não deixaram que se inserisse logo no texto constitucional, a forma de financiamento público da saúde para atender aos ditames do art. 196:

Os Constituintes Economistas vetaram que a Constituição Federal de 1988 fixasse um percentual de recursos da seguridade para a saúde. A CF definiu que o financiamento seria responsabilidade das três esferas de governo. Definiu apenas que no ano de 1989, para não haver lacuna, A União devesse alocar para a saúde 30% da Seguridade Social e nos anos seguintes a Lei de Diretrizes Orçamentárias definiria o montante de recursos federais para a saúde. Entre 1990 e 1993 a LDO repetiu a definição dos 30% da OSS o que nunca foi cumprido, tendo a média destes anos ficado em apenas 20%. (CARVALHO, 2009).

Acentua Carvalho que em maio de 1993, numa manobra política, para piorar a situação da saúde pública, o INAMPS¹² passou a integrar a estrutura do Ministério da Saúde, acarretando um prejuízo de 250 milhões de dólares por mês para o financiamento da saúde, visto que o órgão foi transferido com todas suas despesas mas sem seus recursos financeiros. Foi nessa época que se propôs o projeto de emenda constitucional nr.169 - PEC-169, para estabelecer, na Constituição Federal, os recursos financeiros definitivos para a saúde.

A proposta de emenda constitucional estabelecia a alocação para a saúde, por parte da União, para a saúde de recursos equivalentes a 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social, mais 10% (dez por cento) da receita fiscal da União, Estados e Municípios; todavia, através de um substitutivo, o texto original da PEC-169 foi alterado retirando a participação da receita fiscal da União e aumentando a participação dos Estados em 20% (vinte por cento) e dos Municípios em 50% (cinquenta por cento), aumentando então a responsabilidade dos Estados de 10 (dez) para 12% (doze por cento) e dos Municípios de 10 (dez) para 15% (quinze por cento).

Nesses moldes, editou-se a Emenda Constitucional nº. 29, que tem a pretensão de assegurar, através de um texto normativo-constitucional a garantia da participação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no financiamento das ações e serviços de saúde pública.

Sabe-se que o processo de financiamento está entre as principais questões do SUS uma vez que não estão assegurados concretamente os parâmetros sobre os gastos em saúde, colocando em risco uma das maiores conquistas da sociedade brasileira.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 29, em 2000, pode-se dizer foi mais um passo na consagração de um direito muito importante para o cidadão brasileiro representando uma importante conquista da sociedade para a construção do SUS, pois estabeleceu a vinculação de recursos nas três esferas de governo para um processo de financiamento mais estável do SUS.

O Ministério da Saúde publicou uma cartilha chamada “Entendendo o SUS” objetivando reunir informações sobre o Sistema Único de Saúde, verificando-se logo na primeira publicação informes sobre a Emenda Constitucional nº 29.

¹² O INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social era o órgão que anteriormente ao SUS (1990), de forma restrita, prestava assistência médica aos brasileiros, quer dizer, somente aqueles que eram empregados, com carteira de trabalho assinada e que contribuíssem para a previdência social. Os outros brasileiros, recebiam assistência médica dos órgãos e serviços filantrópicos, como as Santas Casas.

Ressalte-se que é a primeira publicação do Ministério da Saúde que tem como finalidade reunir dados essenciais sobre o Sistema Único de Saúde, garantindo-se no texto as informações sobre a destinação de recursos públicos das três esferas de governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da seguinte forma

A Emenda Constitucional nº. 29 estabelece que os gastos da União devam ser iguais ao do ano anterior, corrigidos pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Os Estados devem garantir 12% (doze por cento) de suas receitas para o financiamento à saúde. Já os municípios precisam aplicar pelo menos 15% (quinze por cento) de suas receitas. As receitas estaduais são compostas por:

- a) Impostos Estaduais: ICMS, IPVA e ITCMD (sobre herança e doações);
- b) Transferências da União: cota-parte do Fundo de Participação dos Estados (FPE), cota-parte do IPI-Exportação, transferências da Lei Complementar nº. 87/96 – Lei Kandir;
- c) Imposto de Renda Retido na Fonte;
- d) Outras Receitas Correntes: receita da dívida ativa de impostos e multas, juros de mora e correção monetária de impostos. Desse total, devem-se subtrair as transferências constitucionais e legais que são feitas aos municípios; e
- e) São elas: 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS, 50% (cinquenta por cento) do IPVA e 25% (vinte e cinco por cento) do IPI-Exportação. Para calcular quanto o Estado deve gastar em saúde, basta fazer a seguinte conta: Total vinculado à saúde = $(a+b+c+d-e) \times 0,12$

As receitas municipais são compostas por:

- a) Impostos Municipais: ISS, IPTU, ITBI (sobre transmissão de bens imóveis);
- b) Transferências da União: cota-parte do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), cota-parte do ITR e transferências da Lei Complementar nº. 87/96 – Lei Kandir;
- c) Imposto de Renda Retido na Fonte;
- d) Transferências do Estado: cota-parte do ICMS, cota-parte do IPVA e cota-parte do IPI-Exportação;
- e) Outras Receitas Correntes: receita da dívida ativa de impostos, multas, juros e correção monetária de impostos. Para calcular quanto o município deve gastar, basta fazer a seguinte conta: Total vinculado à saúde = $(a+b+c+d+e) \times 0,15$. (BRASIL, 2007)

Apesar do Artigo 198 da CF, definir, em seu parágrafo 3º, a criação da Lei Complementar, estabelecendo percentuais, normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas Federal, Estadual, Municipal e no Distrito Federal, o texto constitucional não contempla as fontes de recursos federais e a base de cálculo de forma adequada. A falta de definição do processo de financiamento para depois de 2004 tornou necessária a regulamentação da Emenda Constitucional.

Por isso, busca-se a regulamentação da EC-29 para que os recursos destinados ao financiamento da saúde não sofram desvios de finalidade. Para tanto, em 2003, foi proposta o PLP 01-2003 que após aprovado na Câmara dos Deputados foi remetido para aprovação pelo Senado.

No Senado, em 20/3/2007 foi apresentado o PLS (Projeto de Lei do Senado) nº 121/07 através do qual pretende-se também sejam definidos os valores mínimos a serem

aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

O Senador Tião Viana, autor do projeto, manteve os mesmos percentuais de recursos próprios de Estados e Municípios e para a União, 10% (dez por cento) da Receita Corrente Bruta escalonados em 4 anos (8,5%; 9%; 9,5%; 10%).

Em 08/05/2008 após ser aprovado no Senado o Projeto de Lei do Senado nº 121/2007 foi remetido para a Câmara dos Deputados, onde naquela Casa foi tombado como PLC (Projeto de Lei Complementar) nº 306/2008 que dispõe também sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

O Projeto de Lei do Senado nº 306/2008 recentemente foi à votação na Câmara dos Deputados. De todo modo, a regulamentação da EC nº 29 permite que os recursos aplicados nas ações e serviços de saúde não sofram "desvio de finalidade", visto que a lei definirá o que poderá ser considerado como tal, tendo a Resolução 322/2003 do CNS (Conselho Nacional de Saúde) como referência. Ou seja, será introduzido um componente qualitativo na análise do gasto com ações e serviços de saúde, visto que, até o momento, o componente quantitativo (percentual de aplicação) não foi suficiente para garantir a eficácia dos serviços prestados, alocando-se, em muitos lugares, conforme denúncias recebidas pelo CNS, despesas de outra natureza para comprovar o cumprimento do percentual mínimo.

Recentemente foi sancionado o projeto de lei complementar que estava sendo discutido no Congresso Nacional que trata da regulamentação da Emenda Constitucional 29. Trata-se da Lei Complementar 141, sancionada em 16 de janeiro de 2012 e que estabelece limites mínimos de aplicação em saúde para cada unidade federativa. O texto define claramente o que deve ser considerado gasto em saúde e fixa os percentuais mínimos de investimento na área pela União, Estados e Municípios. Dessa forma, ficou estabelecido que a União deve aplicar na saúde o valor empenhado no ano anterior, mais a variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Já os estados e o Distrito Federal deverão investir 12% de sua receita, enquanto os municípios devem investir 15%.

Assim, de acordo com o texto da lei complementar são consideradas despesas na área de saúde, as seguintes:

Art. 3º. ...

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Em contrapartida, não serão consideradas ações e serviços de saúde, as seguintes despesas:

Art. 4º - ...

- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
- III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
- IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
- V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII - ações de assistência social;
- IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
- X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Dessa forma, a Lei Complementar 141, de 16 de janeiro de 2012, que regulamenta a Emenda Constitucional 29, além de fixar onde o dinheiro destinado aos serviços e ações públicas de saúde devem ser gastos, fixa os limites mínimos de aplicação por cada ente da Federação, fixando ainda a forma de movimentação dos recursos da União e dos Estados.

Além disso a Lei Complementar 141/2012 estipula em seu art. 31, a forma de controle dos referidos gastos e aplicação mínima dos limites, que deve ser realizada pelos cidadãos, por instituições da sociedade, e Conselho de Saúde do respectivo ente federativo. A participação da sociedade no controle dos gastos estará assegurada mediante a realização de audiências públicas durante o processo de discussão e elaboração do plano de saúde.

5.4 Gestão da saúde pública

Com relação à operacionalização do SUS, para que o sistema funcione, é necessário que haja uma estratégia regional e microregional de atendimento (parceria entre Estado e Municípios) para corrigir distorções de acesso. Significa que a gestão do sistema de saúde passa para os municípios, com a conseqüente transferência de recursos financeiros pela União, além da cooperação técnica.

No Sistema Único de Saúde, há o que se chama referencialização. Na estratégia de atendimento, para cada tipo de enfermidade há um local de referência para o serviço. A entrada ideal do cidadão na rede de saúde é a atenção básica (postos de saúde, equipes do Saúde da Família, etc.). Um segundo conceito básico do SUS é a hierarquização da rede.

O sistema, portanto, entende que deve haver centros de referência para graus de complexidade diferentes de serviços. Quanto mais complexos os serviços, eles são organizados na seguinte sequência: unidades de saúde, município, polo e região.

Os gestores municipais e estaduais verificam quais instrumentos de atendimento possuem (ambulâncias, postos de saúde, hospitais, etc.). Após a análise da potencialidade, traçam um plano regional de serviços.

O acerto ou pactuação irá garantir que o cidadão tenha acesso a todos os tipos de procedimentos de saúde. Na prática, uma pessoa que precisa passar por uma cirurgia, mas o seu município não possui atendimento hospitalar, será encaminhada para um hospital de referência em uma cidade vizinha.

Os municípios são incentivados a assumir integralmente as ações e serviços de saúde em seu território. Esse princípio do SUS foi fortalecido formalmente pelo Pacto pela Saúde, acertado pelos três entes federados em 2006.

A partir de então, o município pode assinar um Termo de Compromisso de Gestão. Se o termo for aprovado na Comissão bipartite do Estado, o gestor municipal passa a ter a gestão de todos os serviços em seu território.

A condição permite que o Município receba os recursos de forma regular e

automática para todos os tipos de atendimento na área da saúde, na qual ele se comprometeu.

Trata-se do Piso da Atenção Básica (PAB), que é calculado com base no total da população da cidade. Além desse piso fixo, o repasse pode ser incrementado conforme a adesão do município aos programas do governo federal.

São incentivos, por exemplo, dados do programa Saúde da Família, no qual cada equipe implementada representa um acréscimo no repasse federal. As transferências são realizadas fundo a fundo.

A remuneração é feita por serviços produzidos pelas instituições credenciadas no SUS. Elas não precisam ser públicas, mas devem estar cadastradas e credenciadas para realizar os procedimentos pelo serviço público de saúde. O pagamento é feito mediante a apresentação de fatura, que tem como base uma tabela do Ministério da Saúde que especifica quanto vale cada tipo de procedimento.

Existe um limite para o repasse, o chamado teto financeiro. O teto é calculado com base em dados como população, perfil epidemiológico e estrutura da rede na região. Esse tipo de repasse objetiva a realização de ações e programas de responsabilidade mútua, de quem dá o investimento (concedente) e de quem recebe o dinheiro (conveniente).

O valor que o segundo vai desembolsar depende de sua capacidade financeira e do cronograma físico-financeiro aprovado. Podem fazer convênios com o Ministério da Saúde os órgãos ou entidades federais, estaduais e do Distrito Federal, as prefeituras municipais, as entidades filantrópicas, as organizações não-governamentais e outros interessados no financiamento de projetos específicos na área de saúde. Os repasses por convênios significam transferências voluntárias de recursos financeiros (ao contrário das transferências fundo a fundo, que são obrigatórias) e representam menos de 10% do montante das transferências.

5.5 Os consórcios intermunicipais de saúde pública

Hodiernamente, a assistência de saúde privada é o modelo de eficiência e eficácia nos serviços de saúde, em contraponto ao caótico e desmantelado atendimento de saúde pelo SUS. Diante desse quadro, cada vez mais hordas de pessoas se deslocam do atendimento público de saúde em direção ao polo privado do atendimento. Os serviços privados de assistência à saúde estão tão sofisticados que atuam já há algum tempo na prevenção de saúde, utilizando-se do poder de infiltração midiática para promover campanhas de saúde pública, motivando as pessoas (clientes ou não) a procurarem conduzir suas vidas com

qualidade alimentar, física e emocional, através de uma alimentação balanceada aliada à prática de atividade física.

Todavia, como se verificou através da pesquisa do IBGE, nem todos podem arcar com os custos de manutenção de um plano de saúde que lhe propiciaria um atendimento de saúde na rede privada, e uma ótima opção implantada no início dos anos 80 e reiterada na lei que instituiu o SUS em 1990 tem sido implementada e aperfeiçoada. Trata-se dos consórcios intermunicipais de saúde, instituídos pela Lei 8.080/1990:

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde

Os consórcios intermunicipais de saúde constituem uma união política de recursos públicos de municípios próximos com o objetivo de fornecer, numa base microregional, serviço de saúde eficaz para a população dos municípios conveniados, sendo um dos remédios utilizados pelo próprio governo para combater a disponibilidade ínfima de recursos disponíveis para utilização no atendimento à saúde da população.

Os consórcios públicos de saúde propiciam atendimento bastante eficaz; e como conseqüência, livram os grandes centros nas capitais dos Estados federados e do Distrito Federal de se verem obrigados a atender uma massa de pacientes de lugares distantes, possibilitando a disponibilização de saúde às pessoas nos locais em que habitam, de forma rápida, o que contribui para a eficiência do sistema.

Conforme relatam Teixeira *et al.*, é fértil o terreno para experiências de consorciamento:

Existem, hoje 141 consórcios intermunicipais de saúde distribuídos por treze estados brasileiros, que atendem a mais de 25 milhões de pessoas, os quais se formaram desde a década de 1980, sem a definição de uma organização regional na qual devessem se inserir e tampouco de uma política clara de incentivos à sua formação. O consórcio é a união de dois ou mais entes da mesma natureza jurídica, e constitui um instrumento para superação de desafios locais, como, por exemplo, a ampliação e o ordenamento da oferta de serviços; a compra de serviços e a flexibilização da remuneração de profissionais com pagamento de incentivos; e a otimização dos recursos regionais disponíveis, para melhorar o acesso e a qualidade dos serviços. Essas ações propiciam benefícios aos usuários e ampliam a resolubilidade da rede de saúde. Portanto, considera-se, neste trabalho, que os consórcios aumentam a eficiência e a qualidade dos serviços ofertados, e, por isso devem ser incentivados. (TEIXEIRA; MACDOWELL; BUGARIN, 2002).

Mendes (2001) confirma essa complementaridade ao esclarecer que “os Sistemas Microrregionais de Serviços de Saúde são uma forma de exercitar a gestão de serviços de saúde, função exclusiva do Estado; enquanto os Consórcios Intermunicipais de Saúde são uma das formas de organizar, cooperativamente, a atenção à saúde e a provisão de serviços à população”.

Para Maria Heliadora (2004), “a atividade estatal tem forte influência no desenvolvimento econômico e social, admitindo-se como uma forma de intervenção qualquer tipo de atividade institucional que reflita a participação direta ou indireta do Estado nesta seara”.

Outras atividades econômicas não relacionadas com o fornecimento de saúde podem ser elencadas e que atuam nas proximidades da sede destes consórcios, como hotéis, restaurantes, serviços de transportes e de turismo.

Além disso, pode-se observar que, a partir da formação dos Consórcios Intermunicipais de Saúde, ocorrendo a normalização do atendimento à saúde nas regiões metropolitanas, quem pagava à iniciativa privada para manter uma assistência à saúde capaz de suprir suas necessidades, pode se permitir o cancelamento desse contrato e migrar seus recursos para outras atividades de natureza produtiva ou de lazer, movimentando a economia por meio de qualquer viés que lhe interessar.

Constata-se adrede que os recursos financeiros serão pulverizados dentro da economia da microregião habitada por essas pessoas, ao invés de se concentrarem nas mãos dos donos dos planos de saúde e de suas instituições financeiras, movimentando de forma mais abrangente e democrática a economia.

A formação dos consórcios municipais de saúde foi autorizada pelo art. 10 da lei que criou o SUS¹³. Como se viu, os recursos financeiros oriundos do Estado são muito importantes para o desenvolvimento econômico e social em qualquer campo de atividade. Por vezes a intervenção do Estado no domínio econômico não necessita do aporte de recursos financeiros, bastando apenas a renúncia fiscal para que, de maneira significativa, se fomente a economia. Os consórcios intermunicipais de saúde constituem núcleos de desenvolvimento econômico e social, uma vez que são polos de atendimento à saúde, onde proliferam os

¹³ Lei 8.080, de 1990, Art. 10º - Os Municípios poderão constituir consórcios para desenvolver, em conjunto, as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º - Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância. § 2º - No nível municipal, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

serviços e as atividades voltadas para a saúde nas proximidades da sede do consórcio, como consultórios, clínicas, farmácias, laboratórios e casas especializadas em fornecimento de equipamentos de fisioterapia.

6 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Com o advento do Estado Democrático de Direito a partir de 1988, suscita-se a questão da igualdade real previsto no texto constitucional. Ocorre que a realização da justiça social no Estado Democrático demanda recursos indisponíveis pelo Estado, que orienta as políticas públicas para áreas de maior percepção eleitoral. O Poder Judiciário, imune a estas práticas, quando acionado efetiva o Estado Democrático de Direito para os brasileiros, transformando princípios considerados programáticos em normas de eficácia, realizando na prática a justiça social com que se orienta a Constituição da República de 1988.

6.1 Justiça Social

O conceito de justiça é imanente ao sentimento de humanidade que está na essência do ser humano e, por isso, é tão antigo quanto a própria civilização. Formalizado por Justiniano I (483-565) - Imperador bizantino, em seu Corpus Juris Civilis (sistema de leis que afirmava o poder ilimitado do imperador e garantia a submissão dos escravos a seus senhores), o conceito de justiça acomoda-se em três premissas formando um triângulo, não sem razão, pressupondo a inexistência de superioridade de uma em relação à outra.

A definição Justiniana reduz-se a “viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não lesar ninguém”, e, como se vê pela simplicidade, o problema da justiça não é tão complexo, e caso as premissas fossem cumpridas a justiça estaria feita no mundo contemporâneo.

A eficácia do Estado Democrático de Direito, conduz a um estado de justiça social em seu grau máximo uma vez que consagra para a sociedade, complexa e plural, muito mais que os direitos fundamentais de primeira geração, mas direitos consignados como de segunda, terceira e quarta geração, que além de estabelecer o viver ideal para os indivíduos com bem estar e paz social, garante esses bens de vida para as gerações futuras.

Ocorre que para se efetivar o Estado Democrático de Direito, existe um óbice quase que intransponível, decorrente da falta de recursos, agravada com a má distribuição dos existentes. O problema da eficácia dos direitos aparece assim, nos discursos dos constitucionalistas com muita frequência e reduz o debate, de acordo com Marcelo Neves (2007) para a distinção das funções instrumentais, expressionistas e simbólicas da legislação.

Villas Boas Filho (2007) ao comentar o simbolismo das normas constitucionais aponta que “legislação simbólica é aquela em que há o predomínio ou hipertrofia da função

simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico).”, importando dizer que neste caso a produção legislativa cujo objeto se norteia para a concretude de uma realidade jurídica não se presta a isso, mas a “finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”.

Villas Boas Filho (2007) aponta que, para Marcelo Neves, “a legislação simbólica serviria para confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e adiamento de solução dos conflitos”. Ocorrem, todavia, efeitos indiretos e importantes, na legislação simbólica, que superam a ineficácia da concretude da normatividade, por vezes, “mais relevantes que os efeitos manifestos de que careceria”, sobressaindo-se “sua incapacidade de direção normativa das condutas” e, dentre “os efeitos positivos dessa legislação, o seriam essencialmente políticos e não propriamente jurídicos.”.

A Constituição, segundo define Neves (2007), é um mecanismo que realiza a construção de seu sistema a partir de seus próprios elementos, permitindo assim a autonomia operacional do sistema jurídico, de modo a desvencilhar-se de apoios externos, tais como o direito natural.

O conceito de desenvolvimento autônomo foi demonstrado, segundo Neves (2007), na teoria biológica de Maturana e Varela:

O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. A palavra deriva etimologicamente do grego *autos* (“por si próprio”) e *poiésis* (“criação”, “produção”). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização. (NEVES, 2007, p. 127).

Na ordem jurídica constitucional, ocorre a mesma coisa, o sistema se fecha e se reproduz autopoieticamente, fornecendo o limite interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo, quer dizer, a Constituição, posta nesses termos, impede que o sistema jurídico seja bloqueado por ações emanadas do contexto hipercomplexo da sociedade moderna.

Na constitucionalização simbólica, segundo Neves (2007, p. 96) “à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional”. Entretanto é observado conforme aponta Villas Boas Filho (2007), que, no “plano da fundamentação político-ideológica, a constitucionalização simbólica desempenharia um papel ativo no sentido de encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas e conseqüentes da sociedade”.

Um dos efeitos apontados por Neves (2007) para a utilização excessiva da constitucionalização simbólica seria a concretização de movimentos sociais e políticos, “consistentes no sentido de transformações efetivas no sistema constitucional”, o que não seria inconveniente para as massas alijadas e efetivamente afastadas das conquistas tecnológicas disponíveis para os “donos do poder” (FAORO, 2008).

Em outro viés, verifica-se que a cultura ocidental, na modernidade, foi tomada pelo cientificismo materialista, representado pelas correntes filosóficas da consciência, como racionalismo, marxismo, fascismo, positivismo e existencialismo. A partir da segunda metade do século XX, o modernismo começou a dar sinais de perecimento, vindo a ser ultrapassado pelos novos tempos, marcadamente a partir da queda do muro de Berlim, em 1989, e com o insucesso absoluto da economia do sistema materialista.

O pluralismo que floresceu na pós-modernidade tem raízes no período moderno. Campos (1997) acentua que “No começo do século XIX, Schleiermacher começou a questionar o exclusivismo do cristianismo que dizia ser Jesus Cristo o único caminho para a vida. O problema da diversidade religiosa estava levantado.”. Segundo Campos (1997), “o pluralismo teve as suas portas destravadas no período moderno, e elas foram escancaradas no período pós-moderno”, uma vez que “foi no período pós-moderno, portanto, que a cultura ocidental assimilou bem a idéia de outras alternativas aceitáveis além do cristianismo.”.

O mundo pós-moderno superou as idéias liberais dos pensadores franceses setecentistas, uma vez que o racionalismo emudece em “libertar a moralidade correspondente ao mundo real no qual vivemos. E com esse colapso da confiança nos critérios universais e necessários da verdade, têm florescido o relativismo e o pluralismo”, conforme aponta Campos (1997).

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito brasileiro, instituído em 05 de outubro de 1988 pela Constituição da República, assegura em seu preâmbulo a garantia de direitos fundamentais como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Interessa, sobremaneira, o apoderamento do conceito de pluralismo inserido na Constituição da República brasileira.

Para Gontijo (2009), o pluralismo “se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado”, clássicos da filosofia da consciência, pois a sociedade compõe-se de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos.”. Apoiando-se em Mendes *et al.*, Gontijo (2009) sugere que o pluralismo não se trata apenas de um princípio, “em verdade a sua abrangência é muito maior”, significando “um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões

da convivência humana, tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural”.

Sociedade plural que se opõe à tendência de unificação de poder seria para Gontijo (2009) uma sociedade “composta por vários setores de poder responsáveis por proferir as decisões administrativas e políticas.”.

Em seu estudo Gontijo (2009), acentua:

Os diversos grupos formadores da sociedade estarão se fiscalizando e influenciando um ao outro, de forma que as decisões não sejam tomadas unilateralmente. É oportuno ressaltar que a teoria pluralista não se confunde com as teorias da separação de poderes – a liberal ou a democrática -, não fazendo, entretanto, oposição a elas, pois todas as teorias aqui mencionadas têm o objetivo de dirimir a capacidade centralizadora estatal, que tende a ensejar decisões que atendam, única e exclusivamente, aos interesses de um único grupo dominante. (GONTIJO, 2009)

Gontijo (2009), conclui que, num Estado plural, os grupos organizados que compõem a sociedade dividem a responsabilidade pela administração e pela política estatal, “os quais, apesar de estarem subordinados ao próprio Estado, exercem influência sobre as decisões do ente político”, de modo que “os rumos que serão seguidos por determinada nação” mantêm uma relação direta com a vontade política desta sociedade plural.

Ao se vislumbrarem aspectos relacionados com a eficácia dos direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988, pode-se relacionar que o pluralismo conceitual, vislumbrado pelo Poder Constituinte, não se aplica de forma plena no contexto social brasileiro de modo que se está diante de uma constitucionalização simbólica, construída, conforme explicou Vilas Boas (2007) ao interpretar Neves (2007, p. 30), a partir de “textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”.

No caso da saúde, direito social de extrema importância para manutenção da vida no ser humano, portanto, com estreito vínculo a esse direito fundamental, nota-se, no Brasil, exemplo de que as políticas públicas não se submetem ao texto constitucional.

Trata, pois, a disposição constitucional contida no art. 196, que, adverte que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”, pretensamente garantido através de políticas que assegurem o acesso universal e igualitário das ações de prevenção, proteção e recuperação da saúde, de um caso típico de legislação simbólica, uma vez que referido acesso normativo-jurídico não se aplica à realidade existencial da sociedade brasileira. Trata-se conforme ressalta Miranda (2003, p.329) de caso de legislação nominativa.

Assim, para escapar da denominada ‘fila da morte’, nos corredores do SUS,

onde as macas servem de cama e bancos e cadeiras de macas, os contribuintes, em geral das classes média e alta, sem outra saída, porque são levados à essa opção propositadamente pelas políticas públicas, buscam junto ao empreendedor privado, a prestação e assistência à saúde.

A saúde, além de direito é um bem da vida escasso. Apesar da obrigatoriedade de o Estado fornecer prestação e assistência ilimitada de serviços de saúde aos indivíduos, estes não recebem a concretude-normativa e, portanto, buscam as opções que são eficazes.

Presumidamente os serviços de saúde que não são fornecidos pelo Estado, em virtude de sua obrigação constitucional, são pagos pela sociedade através da imposição e do recolhimento de impostos; nada obstante, não recebem em resposta a contrapartida de suas expectativas, no projeto constitucional de prevenção, promoção e assistência à saúde.

O Estado arrecada, mas não se desobriga, não cumpre seu papel social e constitucional, e, afinal, não devolve ao contribuinte o que foi arrecadado pela via dos impostos, a prestação dos serviços básicos de saúde de que este precisa para viver com dignidade.

A arrecadação sob forma de tributos é compulsória, não restando ao contribuinte senão pagar e, na ausência da contrapartida estatal, cabe ao cidadão, principalmente aquele que não consegue arcar com os custos dos serviços junto à iniciativa privada, suprimindo assim o absentismo estatal, a falta de serviço público, buscar, através do Poder Judiciário, a concretização de seus direitos, restabelecendo o equilíbrio direito/dever.

Além da saúde, outros direitos são também inacessíveis à maioria dos brasileiros, como educação, trabalho, lazer e segurança. Em conseqüência, caso o processo político fosse partilhado por uma sociedade plural, não somente as elites teriam acesso ao elenco de direitos ora vislumbrados, consistindo, portanto, o pluralismo conceitual e constitucional num exemplo manifesto de constitucionalização simbólica.

Sem qualquer embaraço, portanto, pode-se dizer que o texto constitucional ao se referir ao dever do Estado de garantir saúde aos cidadãos o faz simbolicamente apenas porque serve à finalidade política de caráter não normativo-jurídico, concebendo-se no ideário popular um Estado poderoso e paternalista, mas que na verdade é omissivo, incapaz e ineficaz ao se ausentar na construção e manutenção de um direito necessário e imprescindível para o cidadão.

No Estado Democrático de Direito, até sua plena concretização, é essencial pelo menos que assegure-se o princípio da isonomia, que observa a todos igualdade perante a lei, de modo a não haver discriminação de qualquer espécie entre os cidadãos, ante os aspectos econômicos, de raça ou credo, por exemplo.

É imanente ao princípio da isonomia a garantia de uma igualdade jurídica: às pessoas iguais os mesmos direitos; advertindo que deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam, buscando o equilíbrio entre todos. Pressupõe-se ainda, em face do princípio da igualdade uma sociedade homogênea, o que é um verdadeiro equívoco.

Bruce Ackerman ao tratar da Teoria Político Liberal (1980) observa que a questão fundamental da teoria é legitimar as reivindicações de poder, através de um diálogo neutro, devido a escassez de recursos e questiona: “Porque você e não eu pode ter o manná?”¹⁴

Nesse trabalho, Ackerman ressalta que numa hipotética inviabilidade de se viver na Terra todos teriam que ser transportados para outro Planeta. Todos os habitantes da Terra são colocados em naves espaciais e transportados para outro mundo. Assim Ackerman coloca todos num mesmo patamar, uma vez que a única coisa que as pessoas levam nesta viagem são eles próprios.

Pressupõe, em face da inexistência de qualquer valor econômico levado pelos indivíduos na viagem, que todos são iguais. Ocorre, nesta travessia o mesmo que aconteceu com os colonos do Mundo Novo, ao se deslocarem do velho continente para as Américas.

Nas viagens para o Novo Mundo, os imigrantes europeus puderam perceber, depois de séculos de vassalagem, que era possível viver em igualdade de condições com outros indivíduos, como poder em um pequeno pedaço de terra, plantar, criar e usufruir sem ter que dividir com seu suserano uma parcela do fruto de seu trabalho,; ou como poder sentar-se numa assembléia e votar os destinos daquela comunidade.

Todos tinham oportunidades iguais no Novo Mundo, entretanto, surge novamente o problema da teoria político-liberal: legitimar as reivindicações de poder. A pluralidade de indivíduos se depara inexoravelmente com recursos escassos, visto que os recursos existentes não dariam para satisfazer todos os indivíduos, daí ocorreria o problema da questão da igualdade já que é impossível distribuir para todos os mesmos recursos, retomando o paradigma econômico do feudalismo mostrado anteriormente.

A solução do problema, para Ackerman estaria então na contínua procura por igualdade através de um discurso de neutralidade, buscando sempre legitimar as reivindicações de poder, afastando do debate qualquer alegação de superioridade, visto que importa em violação do diálogo neutro.

A igualdade pensada neste sentido torna-se de fato um problema insolúvel de vez que

¹⁴ Ackerman chama os recursos de manná.

sempre haverá escassez de recursos para atender a demanda da pluralidade de indivíduos. O problema da escassez de recursos e o princípio da igualdade deve ser resolvido, segundo Marcelo Neves de outra forma, dando-se um outro enfoque ao princípio da igualdade, retirando do *manná* o objeto do princípio da igualdade e colocando no processo de alcance do *manná* o objeto de tal princípio.

Nesse sentido, a igualdade não se consubstancia em acesso igualitário aos recursos, mas igualitário aos procedimentos jurídicos e políticos estatais que permitam a obtenção desses recursos. A sociedade não é homogênea e por isso a questão deve ser resolvida de outra forma. Para Neves, deve-se possibilitar que todos tenham acesso aos procedimentos jurídico-políticos do Estado.

Nesse sentido Neves, ressalta:

O Estado Democrático de Direito é impensável sem a presença do princípio da igualdade. Embora se possa constatar ampla convergência em torno dessa assertiva, há forte divergência quanto à determinação de seu significado. O princípio da igualdade é uma expressão vaga e ambígua, com enorme conotação retórica, exigindo delimitação semântica. Inicialmente, deve ser afastada toda e qualquer concepção de que se trata de 'igualdade de fato'. O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos. Nesse sentido é que se fala de igualdade jurídico-política. Deve-se acrescentar, contudo, para evitar, de um lado, ilusões e, de outro, críticas ideológicas fundada na sobrecarga do princípio, que este não aponta para a igualdade contudística de direitos e poder dos indivíduos e grupos. O princípio refere-se antes à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito. (NEVES, 2008, p. 166)

Não seria, portanto, igualdade de conteúdo de direitos, ou homogeneidade social, mas antes, igualdade de acesso a todos os procedimentos jurídico-políticos inerentes ao Estado Democrático de Direito, ou seja, acesso possível e igual de todos à educação, saúde, segurança, cargos eletivos e empregos, por exemplo.

Aduz ainda Neves que:

Outro equívoco a ser advertido preliminarmente diz respeito à confusão entre igualdade jurídico-política, prevista como princípio constitucional, e homogeneidade da sociedade. Essa confusão relaciona-se com uma postura simplificadora em relação à caracterização da sociedade moderna e da democracia. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social é que são pressupostas na emergência e concretização do princípio jurídico-político da igualdade. A homogeneidade estratificada pré-moderna é incompatível com o princípio da igualdade. A diversidade de valores, interesses, crenças e etnias no espaço social e político torna possível a implantação do princípio da igualdade. Diante das diferenças, pode-se assumir um modelo autocrático, seja este autoritário ou totalitário, desconhecendo-se e reprimindo-se a heterogeneidade e pluralidade da sociedade. Mas há também a alternativa de reconhecer e incorporar as diferenças sem privilégios. Nesse sentido o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza nas diversas esferas

autônomas de comunicação o respeito recíproco e simétrico às diferenças. (NEVES, 2008, p. 167)

Pressupõe assim que, somente numa sociedade heterogênea, é possível implantar o princípio constitucional da igualdade jurídico-política, uma vez que se dão, através das diferenças, os pressupostos básicos para sua inclusão, assegurando ainda que se pode optar por um governo autocrático, ocorrendo uma omissão ante a diversidade, ou ainda, assumindo um modelo democrático, com respeito recíproco e simétrico às diferenças.

No Brasil pós-moderno, o princípio da igualdade ou isonomia é letra morta na constituição. Não existe tratamento igual perante a lei, não existe sociedade homogênea e no entendimento abrandado de Marcelo Neves, a respeito do referido princípio constitucional, de que não se trata de igualdade de conteúdo de direito, mas de acesso aos pressupostos jurídico-políticos do Estado, também não existe, ou antes, não é aplicado.

O acesso aos pressupostos jurídico-políticos do Estado ocorre de forma distorcida e notadamente este acesso é possível somente àqueles que reúnem condições econômicas e financeiras para enfrentar a burocracia, o desmando e o desmantelamento da máquina pública em prol da iniciativa privada, da corrupção e dos arranjos político-eleitorais.

Ocorre aqui, como no planeta de Ackerman, evidente falta de recursos suficientes para acolher a pluralidade de indivíduos sedentos e famintos por recursos e direitos, a sociedade busca igualdade, mas não encontra resposta no modelo de governo.

Frustrada, socorre-se junto ao Poder Judiciário que responde a ela com elevado grau de deficiência. O Poder Judiciário no país não está apto para enfrentar os problemas de uma sociedade hipercomplexa e hiperplural da forma necessária.

Problemas como escassez de funcionários, juízes e locais inadequados, acumulado com a existência de dezenas de milhões de processos aguardando julgamento, fazem o fracasso desse Poder em atender à reivindicação popular, que pouco se importa com a questão da igualdade, mas luta por mera sobrevivência – ante a inoperância dos serviços públicos de saúde, do desmantelamento salarial dos indivíduos ao se aposentarem, ou ainda, em face da inexistência de condições mínimas de segurança pública.

6.2 Ativismo e judicialização

O ativismo judicial consubstancia-se na busca do Poder Judiciário de dar efetividade ao Estado Democrático de Direito, através da superação do positivismo jurídico e aplicação de princípios constitucionais, em virtude da omissão estatal em garantir aos

indivíduos, direitos e preceitos fundamentais instrumentalizados na Constituição da República de 1988, fazendo prevalecer o mínimo existencial para o indivíduo em face da possibilidade estatal de garantia do direito pretendido e sonogado pelo Estado.

Assim como mencionado, o ativismo judicial é um fenômeno pós-positivista, que apanha o Direito além do que está positivado, superando as normas jurídicas e, com fundamento na principiologia jurídica e na moralidade, rompe com a tradicional hermenêutica positivista para efetivar, no mundo da vida, o texto constitucional.

Necessário, portanto, estabelecer, nesse ponto, o corte feito pelo Poder Judiciário em sua forma de atuar, estabelecendo o conceito de positivismo jurídico e pós-positivismo e verificando o objeto jurídico desta nova forma de agir do hermeneuta pátrio e qual o destino de seu agir no mundo da vida.

Como já mostrado anteriormente, para entender um sistema ou ordem jurídica, faz-se necessário visitá-lo historicamente, verificando em suas origens as causas que lhe deram azo, descobrindo, a partir deste ponto – o sentido da existência do objeto de estudo e seu posicionamento na ordem jurídica, o que pode ser chamado também de natureza jurídica do instituto ou sistema jurídico.

No caso do positivismo jurídico, verifica-se que se trata de uma filosofia que põe de lado tudo que está fora do mundo físico, ou seja, não se ocupa do metafísico, do que não é palpável e que não pode ser comprovado empiricamente, por isso, o positivismo jurídico é a doutrina do direito positivo, sendo que, para essa corrente de pensamento, não existe outra forma de ver o direito senão pelo que se apresenta no mundo físico, positivado e escrito. Para os positivistas o direito é obra do Estado e não existe direito senão aquele ordenado pela autoridade estatal em suas leis e jurisprudência.

Na França, o direito positivo despontou como culto da vontade do legislador, uma vez que se entendia que os códigos e as regras escritas não têm lacunas e a Escola da Exegese, apegada aos textos legais, projeta a subordinação do juiz à vontade do legislador como única forma de convivência entre os poderes legislativo e judiciário.

Não é difícil de entender esse posicionamento, da necessidade da prevalência do que está escrito em detrimento da hermenêutica jusnaturalista, que vigia no período pré-moderno. Depois de séculos de submissão da sociedade aos interesses do Rei, ansiava-se pela segurança das leis escritas, e, como se verificou neste estudo, fora do alcance do Rei, de modo que a hermenêutica metafísica nem passava pela cabeça do legislador ou hermeneuta francês, apegado ao direito escrito e positivo.

Enfim, para os positivistas, o direito concentra-se nos fatos demonstráveis, no fato social, na autoridade das razões de Estado, no poder ou na pressão das necessidades sociais, tornando-se o próprio fundamento do Estado de Direito.

Dentre os positivistas de maior importância encontra-se o jurista austríaco Hans Kelsen¹⁵, que formulou uma Teoria Pura do Direito tentando criar uma ciência normativa do direito, tanto quanto outros ramos da ciência uma vez que as tendências sociológicas encaravam o direito apenas no limite da investigação dos aspectos econômicos e sociais que condicionavam a criação e aplicação das normas jurídicas.

De acordo com a teoria kelseniana, a validade de uma norma não está inserida nela própria, senão na conexão que tem com outras regras, uma vez que, pra ser válida, aquela deve ser elaborada seguindo princípios esclarecidos por outra, numa sequência hierarquizada normativa-lógica que alcança a norma fundamental e que inicia todo o ordenamento jurídico.

A decisão judicial, por exemplo, que determina ao locatário pagar o preço da locação ao locador de um imóvel somente será válida se o contrato que relaciona locador e locatário for válido, sendo que no caso, deve ser verificado se foi celebrado de acordo com as leis que regulam o contrato de locação e por sua vez estas leis somente serão válidas se tiverem sido editadas com observância de todas as regras constitucionais sob processo legislativo.

Este escalonamento de normas, ou seja, uma norma vai fundamentando-se em outra para ser considerada válida, chega até a Constituição que é validada pela norma fundamental que segundo Kelsen, no limite em que não existe mais normas para que seja validada, esta última norma é considerada pela teoria kelseniana, a norma fundamental que extrai sua validade da força e do poder de império do Estado.

Acentua Kelsen:

A Teoria Pura do Direito está assim, inteiramente consciente de que a validade das normas – ou seja, sua existência específica no mundo do dever ser – requer uma fundamentação. Para isso serve a teoria da norma fundamental. Ela pode ser explicada da seguinte maneira: numa consideração intra-sistemática, pode-se atribuir a cada norma jurídica válida outra norma, que fundamenta sua validade – a validade da lei, a autorização do Parlamento, através da Constituição, a autorização que se outorga a uma assembléia[...]. Essa interação contínua de relações de validade atinge, entretanto, um limite. Este reside onde, sem autorização jurídica, uma pessoa ou um grupo de pessoas, ‘toma o poder’- de maneira típica, como através de uma revolução ou um golpe de Estado – e convoca, por exemplo, um conselho ou uma assembléia constituinte. (KELSEN, 2007, p.30)

¹⁵ É considerado o principal representante da chamada Escola Normativista do Direito, ramo da Escola Positivista

Segundo a teoria kelseniana o sistema positivista não comporta nada além do sistema legal válido. Kelsen rejeita tudo que se vincula à lei moral, metafísica, jusracionalismo ou de um direito que decorra do respeito à natureza humana como tal e que dê validade ou suporte de legitimidade à norma positiva e nem indaga da justiça ou injustiça das leis; se a norma está de acordo com a norma superior hierárquica numa cadeia sucessória ou pirâmide ela é válida e deve ser aplicada.

Para Kelsen, o direito que não for ordenado pelo Estado e não estabelecido pela norma positivada não tem sentido nem validade. A tarefa legislativa do Estado fica sendo a de criação dos direitos da pessoa humana, ao invés de reconhecê-los. O legislador cria o direito a seu talante, de conformidade com as variáveis políticas de cada momento histórico. Tudo se submete ao Estado enquanto este se proclama como única fonte do direito.

Para Kelsen, o juiz se vê vinculado ao que a norma define e apenas dentro da esfera do modelo de conduta delineado por ela o juiz tem liberdade para julgar. As decisões judiciais são, em parte, determinadas por uma atividade cognitiva pelas regras da lógica formal e, em parte, resultantes de uma escolha dos juízes que não pode ser reduzida a um mero ato de conhecimento.

A escolha do direito que pode ser aplicado ao fato jurídico envolve em alguma medida uma atividade discricionária do juiz, especialmente na escolha dos valores aos quais dará primazia, que pode aparentemente se revelar, mas não se apresenta como uma contradição dentro de um viés positivista.

Essa opção pode inclusive ser controlada por orientação ou métodos imputados à atividade jurisdicional, mas não pode ser integralmente retirada do julgador, como, por exemplo, uma norma processual que valore mais a prova pericial que a testemunhal, ou ainda uma regra de direito que dispõe, por exemplo, que o responsável pela morte de outrem, decorrente de acidente automobilístico, será sempre interpretada como homicídio culposos.

Para os positivistas, existem apenas regras jurídicas. Herbert Hart, outro filósofo de importância da corrente positivista, propunha a existência de regras primárias e secundárias, sendo aquelas modelos de conduta e estas modelos de correção dos erros de regras primárias. Propôs também outros tipos de regras como as de reconhecimento (que tem por objeto identificar qual norma é norma). Conforme acentua Viegas (2002), para Hart o direito tinha origem e se conduzia apenas pelas regras escritas.

No caso de ocorrer obscuridade da regra, a questão deveria ser enviada ao próprio poder legislativo, a quem cumpriria esclarecer o sentido correto, mediante o que se

convencionou chamar de interpretação autêntica, ou seja, aquela realizada pela própria autoridade legislativa, por meio de uma lei interpretativa.

Ressalta Almeida:

A concepção positivista tem a visão do direito enquanto conjunto de normas, no qual existem situações não reguladas, cuja solução localiza-se fora do plano jurídico. A discricionariedade que surge para o juiz, segundo Hart não pode ser arbitrária e tem limites substanciais, pois só pode ocorrer em casos não regulados pela norma-regra e se localizar dentro do que seria admitido pelos usos e costumes, ou seja, pelo que seria socialmente aceitável. A discricionariedade seria então como uma espécie de espaço delimitado para o juiz atuar. Entretanto, em nosso entendimento, o autor não mostra claramente como seria essa delimitação, é vago no explicar de onde virão os valores sociais que inspiraram o juiz na criação da lei, se é que se observarão os valores sociais. (ALMEIDA, 2005)

Todavia, sendo claro o texto aplicava-se de imediato a regra *in claris cessat interpretatio* (havendo clareza, cessa a interpretação), não sendo necessária a pesquisa sobre a vontade do legislador.

O positivismo jurídico entrou em declínio no segundo período pós-guerra, haja vista a vinculação que se fez entre a lei escrita alemã e o massacre judeu provocado pelos nazistas com fundamento na legislação alemã.

Acentua Lima:

O nazismo foi como um banho de água fria para o positivismo kelseniano, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio. Seria ingenuidade e talvez até mesmo má-fé pensar que Kelsen teve alguma influência ou participação na elaboração das leis nazistas. Longe disso. Kelsen era um democrata e ele próprio foi perseguido pelo regime de Hitler. Porém, não há como negar que a sua teoria pura forneceu embasamento jurídico para tentar justificar as atrocidades praticadas contra judeus e outras minorias. Afinal, o formalismo da teoria pura não dá margem à discussão em torno do conteúdo da norma. Na ótica de Kelsen, não cabe ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do direito. Se a norma fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. E foi precisamente essa a questão levantada pelos advogados dos nazistas: segundo eles, os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordens e, portanto, não poderiam ser responsabilizados por eventuais crimes contra a humanidade. Foi diante desse “desencantamento” em torno da teoria pura que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de “pós-positivismo”. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo ético e humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. (LIMA, 2008).

Portanto, através dessa lição histórica constatou-se que a doutrina positivista admitia um viés cruel e perverso, além do mais o pós-modernismo trouxe consigo uma sociedade diversificada, complexa e ansiosa por mais justiça, que de forma inegável e como demonstrado não é objeto do positivismo jurídico.

Dessa forma essa corrente do pensamento jurídico passou a não corresponder aos

anseios da sociedade pós-moderna, permitindo ou levando a criação de outras teorias hermenêuticas que pudessem consumir o ideal de justiça almejado pelas massas populares.

A corrente pós-positivista, inclui matizes variadas que dispõem sobre a interpretação e aplicação das normas. Vários e dos mais diversos são os modelos adotados por jusdoutrinadores pós-positivistas clássicos.

Para Ávila (2009) ao conceituar dispositivos como textos e normas como o sentido da interpretação dos textos, conclui que não há correspondência biunívoca entre os conceitos, ou seja, onde existir um pode não existir o outro.

Explica neste contexto que não existe texto em que ocorra a previsão da certeza do direito, mas esta existe e do mesmo modo não existe norma que se possa deduzir do dispositivo que textua como no preâmbulo constitucional: Sob a proteção de Deus.

Acrescenta ainda que pode ocorrer de se construírem num único dispositivo mais de uma norma como se vê no enunciado que exige lei para instituir ou aumentar tributos em que se constrói dois princípios: da legalidade e da tipicidade.

Com a crise do positivismo jurídico, no giro da filosofia da linguagem¹⁶, no início dos anos 60, Ronald Dworkin traz o discurso da moralidade para o seio da prática jurídica propondo que o direito integra um “construtivismo hermenêutico, no qual cada partícipe é chamado a dar continuidade a sua história, tendo ao mesmo tempo, o dever de ser coerente e de buscar a melhor resposta possível às demandas de sua comunidade política.” (SILVA, FERREIRA, 2009).

Para colocar e expandir midiaticamente suas idéias, Dworkin escolheu como alvo o filósofo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart contra quem travou um efusivo debate a respeito da validade do conteúdo das decisões judiciais adstritas ao positivismo jurídico. Sustentou contra Hart que havia direito em outros institutos diversos das regras jurídicas, tais como, os princípios, por exemplo.

Dworkin propõe que princípios jurídicos tanto como regras de direito são espécies do gênero denominado normas jurídicas, os quais estão assentados no ordenamento jurídico e que se diferenciavam apenas pelo modo próprio de aplicação.

Para Dworkin, o modelo positivista alicerçado apenas em regras é superado pelos papéis mais importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. Aplicam-se, para ele, as regras no modelo do tudo ou nada, e os princípios que têm maior generalidade

¹⁶ São quatro os períodos filosóficos da humanidade: Mitológico, Filosofia do Ser, Filosofia da Consciência e Filosofia da Linguagem. Anotações de aula em disciplina proferida pelo Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. 2010. PUC Minas.

aplicam-se a partir de sua dimensão de peso uma vez que exprimem algo a ser cumprido na maior medida possível.

Entretanto, ressalta Áreas no entendimento de Dworkin não se deve dar ao juiz liberdade para criar o direito:

[...] é impossível se permitir ao juiz absoluta liberdade quanto à interpretação dos comandos legais. Aliás, a despeito de não se exigir uma coerência de princípio em todas as etapas da continuidade histórica da comunidade, não se pode negar a influência histórica a que o direito se submete e o conjunto de valores que com o passar do tempo se cria e se modifica no corpo social. O fato é que Dworkin inicia a explicação da sua teoria do direito como integridade afirmando que este deve ser visto como um conto em que vários autores escrevem partes diversas, dando a esse fenômeno o nome de “romance em cadeia.” Assim, partindo desse ponto de vista, ressalta que cada juiz ao aplicar a lei estaria escrevendo uma parte do romance desenvolvido, pois, quando dessa atividade, deveria interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente. Daí, afirmar-se que os juízes são igualmente autores e críticos. Em verdade, seria como se cada capítulo do romance fosse escrito por um juiz diverso e que pretendesse manter uma continuidade lógica da história, mas, ao mesmo tempo, pretendesse criar, a partir dos dados recebidos, um único romance que fosse o mais aprimorado possível. Esse seria o movimento contínuo do direito e em que todos o vissem como um conjunto coerente de normas. (ÁREAS, 2005)

Robert Alexy aponta que os princípios devem ser aplicados de forma ponderada. Os pós-positivistas, via de regra, afirmam que alguns princípios constitucionais, como da segurança, propriedade, bem-estar, dignidade devem ter preponderância na interpretação do direito pelos juízes.

Neste sentido acentua Júdice:

O objetivo de Robert Alexy com sua teoria sobre direitos fundamentais não é alcançar exatamente uma homogeneização de cada ordem jurídica fundamental. Seu objetivo, na verdade, é o de descobrir as estruturas dogmáticas e revelar os princípios e valores que se escondem atrás das codificações e da jurisprudência. Isto porque, em qualquer lugar que existam direitos fundamentais, colocam-se problemas semelhantes como, por exemplo, as diferenças estruturais entre os direitos sociais e os políticos. Neste caso, ele indaga: quem seria o titular desses direitos fundamentais? Poderiam ser restringidos? Qual deve ser a intensidade do controle da corte constitucional sobre o legislador? A teoria de Alexy procura dar resposta a essas indagações com pretensão de cientificidade. Para isso, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles. Para tanto, considera os princípios como um mundo de dever ser ideal, isto é, não diz como as coisas são, mas como se as deve pensar, com o objetivo de evitar contradições. Este entendimento assume papel decisivo em sua teoria já que os princípios são conceituados por ele como “mandados de otimização”, sendo que mandados (proibição e permissão) fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios são tratados já como uma categoria deontológica, e não axiológica ou antropológica. (JÚDICE, 2007)

O aumento da divergência entre as expectativas sociais e as soluções jurídicas não instaurou uma crise do discurso hermenêutico, uma vez que a chave da questão não se encontrava nas questões interpretativas, mas no próprio tratamento que o direito positivo atribuía aos fatos. Esta crise teve termo com a passagem do Estado liberal para o Estado social e a conseqüente instauração de um novo direito positivo, que ampliava a intervenção estatal em nome dos direitos fundamentais, de modo que as expectativas sociais passaram a se transformar em realidade.

Júdice registra entendimento de Alexy:

As regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível. No conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro. (JÚDICE, 2007)

Os juristas do pós-guerra, como se percebe, tentaram resolver a crise do positivismo jurídico com a única ferramenta de que dispunham: o discurso hermenêutico, uma vez que não lhes era possível modificar legislativamente o texto positivado do direito, restando-lhes, portanto, mudar as regras interpretativas através da alteração do sentido atribuído a esses textos.

Para Dworkin (2007) ao dizer que “os operadores do direito ao julgarem casos difíceis não se contentam em utilizar as regras escritas e aplicam ou se socorrem de padrões que atuam ou funcionam como princípios, políticas e outros tipos de padrões” distingue os conceitos de regras, princípios e políticas. Seu argumento é reforçado ainda quando trata de do caso emblemático *Riggs versus Palmer* ocorrido num tribunal em Nova Iorque.

Tratou-se da pretensão de recebimento pelo neto da herança do avô, sendo que este foi assassinado por aquele. Conforme decisão dada pelo Tribunal, apesar da inexistência de lei que vedasse ao neto se beneficiar da herança do avô (aplicação do positivismo jurídico), aplicou-se o princípio de que ninguém, para se beneficiar, pode se valer de seus próprios atos ilícitos (hermenêutica pós-positivista).

Ressalta Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (DWORKIN 2007, p. 42/43)

Neste caso, afirma Dworkin (2007), os princípios têm um conteúdo de abstração que as regras não dispõem, no sentido de que estas estipulam os fatos aplicáveis e daí a orientação de que elas se aplicam à partir de um conceito de validade, denominado tudo-ou-nada, enquanto aqueles possuem uma dimensão de peso, inexistentes nas regras.

Nesse parâmetro de regras e princípios, Alexy (2009) explica que a base argumentativa destes últimos distingue-os das primeiras, vez que estas prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização, aplicando-se, na máxima medida possível na realidade real e jurídica ou, por outra forma, a serem cumpridos em diferentes graus, enquanto as regras contêm ordens e mandamentos que devem ser cumpridos ou não.

Dessa forma, pode-se concluir que na pós-modernidade ocorre um giro lingüístico que vem alterar a hermenêutica positivista superada por uma interpretação jurídica voltada sobretudo para o realismo social, concebendo a legislação máxime as constituições, institutos mutáveis, refletindo dados da realidade existencial em busca de justiça social.

A hermenêutica pós-positivista tradicionalmente aplicada nos Estados Unidos e na Inglaterra é incipiente no Brasil, uma vez que o Poder Judiciário atrelado ainda à moralidade liberal moderna não se amoldou ao moralismo político pós-moderno de característica democrática-social.

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro, expressando mutabilidade, vem atenuando seu emudecimento no processo de transformação socioeconômico através de ações pragmáticas consubstanciadas numa prática judicial com fundamento principiológico constitucional, consistente no fato, explica Barroso (2009), de o juiz inspirar-se numa teoria de justiça para cumprir seu ofício de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

O constitucionalista mineiro Souza Cruz (2009), ao tratar dos direitos sociais versados na Constituição, lança luz sobre um importante aspecto do papel do Judiciário na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Relata que o STF não titubeou em cassar tais decisões, dadas ao arbítrio dos direitos sociais consagrados na Constituição ao julgar casos em que foi solapado de cidadãos o direito ao contraditório, por parte de associações de natureza privada, equiparando-as a entes de natureza pública.

Nesse sentido se posiciona:

A importância das decisões confirma a idéia habermasiana de uma equi-primordialidade entre a autonomia privada e a autonomia pública por uma razão muito simples: a defesa de um direito individual vai muito além da tutela

dos interesses das partes envolvidas, pois quando o direito de qualquer um de nós é violado toda a sociedade é aviltada com isso. (CRUZ, 2009, p.89)

Existe, portanto, dentro do Poder Judiciário, a idéia de que a tutela de um direito individual transcendente aos direitos do Estado ou do capitalismo e agindo dentro desse padrão, vai desenvolvendo-se uma prática judicial de primazia dos direitos fundamentais sobre os demais - uma hermenêutica constitucional legiferante, aberta a críticas, principalmente por parte dos demais Poderes do Estado, em face das determinações ao Poder Executivo e do aviltamento ao Poder Legislativo, mas muito importante para a parcela dos brasileiros que não dispõem de recursos financeiros para alcançar os recursos mais adequados para viver com sentimentos de bem-estar e paz social (direito à saúde, por exemplo).

A instrumentalização empírica da eficácia no texto constitucional brasileiro é uma realização e tentativa do Poder Judiciário de superar o positivismo jurídico, num esforço para garantir ainda, velhos direitos fundamentais e os novos direitos constitucionais, com fundamento em princípios instrumentalizados no texto constitucional.

Essa postura do Poder Judiciário é classificada pelo professor Barroso (2009, p. 351-352) como adequação desse centro de poder a uma nova hermenêutica constitucional superando uma postura histórica jusnaturalista e o fracasso político do positivismo.

Reconhece o doutrinador, que os princípios destacados nos textos constitucionais estão impregnados de normatividade e inseridos no ordenamento jurídico, estando, portanto, aptos a justificar sua aplicação na garantia dos direitos fundamentais.

Preleciona Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2005, p. 9)

Ao discorrer sobre a Constituição brasileira de 1988, Zaneti Júnior (2007) confirma a concretização de alteração de paradigma. Aponta a construção de uma democracia pluralista em oposição à democracia centralista, através de uma abertura participativa e do

reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Afirma ainda que, nesse novo paradigma, o Poder Judiciário passou a participar desse processo fundado na convergência das partes para obtenção da melhor solução jurídica.

Explica Krell (2002), com a contribuição de Ferraz Jr., que nessa sua nova função, o juiz foi assumindo uma postura pós-positivista, libertando-se das amarras da restrita legalidade inserida nos textos legais, exclusivamente retrospectiva, passando a ser responsável pelo êxito das finalidades políticas impostas nesse novo tempo.

Ressalta Agra (2008), que o Juiz torna-se o guardião dos direitos fundamentais, inclusive daqueles de natureza programática, inseridos na Constituição de 1988.

Nesse contexto se vislumbra que as decisões judiciais são fontes de direitos, unidas de poder estatal de cumprimento obrigatório. Hans Kelsen (2007, p.105), anota que “uma sentença judicial constitui a fonte para a obrigação especial de um indivíduo e a autorização correspondente de outro”. Além disso, acentua que: “A sentença judicial é uma norma jurídica individual, uma individualização ou concretização da norma geral ou abstrata, a continuação do processo de produção do direito do geral para o individual.” (KELSEN, 2007, p. 106)

Dessa sorte, o ativismo judicial consolida-se como um fenômeno pós-positivista compreendendo uma postura moral do direito voltada para a consumação da justiça social, instrumentalizando-se através das sentenças e acórdãos dos Tribunais, que supera a estrita legalidade das regras jurídicas e contempla através da racionalidade jurisdicional uma omissão legislativa ou do Poder Executivo, tornando efetivo o Estado Democrático de Direito.

Para Barroso (2005), o novo direito constitucional, também chamado de neconstitucionalismo, tem como marco histórico na Europa Continental o último pós-guerra, enquanto no Brasil o marco situa-se a partir da Constituição da República de 1988. Após esse evento, os direitos fundamentais e sociais vêm ganhando um novo alento através do ativismo judicial, de vez que a jurisprudência contempla com êxito, não raramente, casos de ações judiciais em busca da confirmação de direitos fundamentais inseridos na ordem principiológica jurídica, ainda não confirmados em leis ordinárias ou complementares.

De acordo com os jusdoutrinadores, a realização do Direito consubstancia-se basicamente em dois instantes basilares, e que constituem o Estado de Direito: o primeiro na elaboração da legislação e o segundo destinado à sua interpretação e aplicação.

Ensina Bobbio :

Na atividade relativa ao direito podemos distinguir dois momentos: o momento ativo ou criativo do direito e o momento teórico ou cognoscitivo do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na

legislação, o segundo na ciência jurídica ou (para usar um termo menos comprometedor) na jurisprudência. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando a sua aplicação. (BOBBIO, 2006, p.211)

Atendo-se ao momento cognoscitivo atual, ou à prática judicial contemporânea, de modo a apreender e verificar empiricamente a forma que o Tribunal Constitucional do Brasil está aplicando e vislumbrando o ativismo judicial, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo, como também é denominada essa nova prática hermenêutica pós-positivista, já é uma realidade institucionalizada.

Na busca da efetividade, o juiz de primeiro grau que no seu ofício está mais próximo da sociedade, tem destacadamente atuado de forma a prover direitos constitucionais, especialmente dos menos prósperos, consagrando o direito da igualdade assentado no termo “todos”. A saúde, por exemplo, objeto de nosso estudo, está inserida na Constituição de 1988 como um direito de “todos” e dever do Estado - art.196 da CR/88, que em um entendimento clássico significa que “todos” têm acesso a esse direito que será fornecido pelo Estado.

Contudo, a carência de investimentos levou à impraticabilidade da utilização do SUS (Sistema Único de Saúde, criado para atender ao art. 196 da CR/88) pelos brasileiros. Existe uma demanda reprimida e uma carência latente de equipamentos básicos, tecnologia moderna (para realização de exames de diagnóstico) e ausência de profissionais de saúde, acarretando a indisponibilidade de atendimento, estimulando a inconfiabilidade do Sistema e a sua conseqüente não-utilização por parte da população.

Em oposição a essa realidade, a iniciativa privada potencializa o descrédito do SUS ao construir um atendimento à saúde alternativo, acessível pela sociedade (parte dela), realizando a perspectiva de crescimento da demanda, enquanto o Estado, cada vez mais omissivo, afasta-se do setor através de uma política de desconstrução do atendimento estatal e incentivo ao setor privado, mediante a manutenção dos investimentos financeiros equivalente aos executados na última década do Século XX.

Como se constatou na verificação dos textos constitucionais a partir de 1824, somente em 1988 a saúde recebeu status de direito social, agregando-se ao rol de direitos do cidadão e constituindo, por conseguinte, como dever do Estado garanti-la e responsabilizar-se pela saúde dos brasileiros.

Conforme explicam Gandin et al. (2008) “a omissão e/ou ineficácia do Estado na prestação dessa assistência médico-farmacêutica-laboratorial deu azo ao fenômeno que vem sendo denominado judicialização da saúde”, que significa que após provocado pelo

jurisdicionado, o Poder Judiciário efetiva a prestação do atendimento à saúde mediante uma sentença judicial que obriga o Poder Executivo a fornecer à saúde pleiteada pelo demandante.

A grande questão que se apresenta é constatar se o Poder Judiciário poderia interferir de tal maneira junto ao Poder Executivo, dada a existência do poder discricionário que lhe garante distinguir e selecionar, com liberdade, a oportunidade e a conveniência de realizar o ato administrativo, e em qual momento, ou seja, o Poder Executivo pode alegar em sua defesa que aguarda o instante mais propício, ou que escolheu praticar outro ato, também importante para a sociedade, ao invés de praticar o ato administrativo reclamado judicialmente pelo indivíduo.

Verifica-se, portanto, que existe um confronto de regras constitucionais e princípios de natureza administrativa. Entrementes, empiricamente vê-se que o Poder Judiciário tem enfrentado esse dilema em favor do cidadão e do seu direito à saúde, visto que esse bem encontra-se elencado entre os essenciais e necessários à sobrevivência do ser humano e, portanto, abriga-se no princípio do mínimo existencial.

Doutra sorte, vê-se ainda que se verifica como se dá a interferência do Poder Judiciário em face da imprevisibilidade orçamentária, também denominada reserva do possível, para enfrentar as mazelas do ponto de vista do Poder Executivo de garantir o acesso universal e igualitário das ações de prevenção e saúde aos cidadãos brasileiros.

É que, segundo algumas regras de cunho constitucional, especificamente as elencadas nos incisos I, II e VI do artigo art. 167 da CF de 1988, são vedados o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual, bem como a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários e ainda a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou também de um órgão para outro sem prévia autorização do Poder Legislativo.

Ocorre que esse argumento foi destacado, mas descartado pelo Supremo Tribunal Federal conforme anotado por Gandin et al.:

Nesse sentido, vale destacar a importante decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, vejamos: '(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.' Portanto, como ficou demonstrado, "o simples argumento de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal". (GANDIN; BARIONE; SOUZA, 2008)

Como se demonstrou estreitamente ligada à judicialização da saúde está a questão do Princípio da Reserva do Possível, que faz contraponto ao Princípio do Mínimo Existencial, registrando-se que o segundo tem sempre levado relativa vantagem relativa em relação ao primeiro.

O conceito de mínimo existencial foi colhido no direito alemão conforme notícia Krell:

[...] a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um 'mínimo de existência' do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da 'ajuda social' (*Sozialhilfe*), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital'. (KRELL, 2002, p. 61)

O princípio do mínimo existencial, portanto, tem origem no da dignidade, do direito à vida e à integridade física, os quais devem ser garantidos pelo Estado, uma vez que este deve garantir direitos sociais mínimos ao ser humano. A contrário senso, o Princípio da Reserva do Possível aponta para a impossibilidade do Estado atender o indivíduo em detrimento de toda a sociedade bem como à necessidade de se dar cumprimento às metas públicas elencadas nas Leis Orçamentárias e, ainda, no Princípio da Responsabilidade Fiscal, que elenca uma série de posturas às quais deve-se ater a Administração, de modo a restringir a prestação de direitos sociais.

Acentua Gutschow

Com efeito, as Constituições são criadas, segundo a doutrina maciça, em última análise, exatamente para esse fim, qual seja, o de assegurar a dignidade da pessoa humana. Assim, nos termos do artigo 7º, IV, da CR, o mínimo existencial será o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Assim, através de metas prioritárias, o Estado deve conciliar o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. Caso reste comprovado que o Poder Público não tenha condições orçamentárias, não se poderá razoavelmente exigir, considerada a restrição material existente, a imediata efetivação do comando constitucional. Dessa forma, sob pena de se transformar em decisão despida de qualquer efeito concreto, caberá ao Poder Judiciário, mediante prova apresentada pelo Poder Público, investigar a real capacidade material de que existe disponibilidade orçamentária para o cumprimento, aferindo, portanto, se razoavelmente era possível a implementação do direito prestacional previsto na Lei Maior. (GUTSCHOW, 2008):

Conforme ainda aponta Gutschow (2008), deve ocorrer, portanto, uma ponderação de valores pelo Judiciário verificando o pedido do indivíduo diante da necessidade da garantia do direito constitucional (Mínimo Existencial) em confronto com o Princípio da Reserva do

Possível, que aponta para o esgotamento dos recursos estatais para consumação dos direitos individuais dos jurisdicionados.

Nesse aspecto, o juiz socorre-se da Teoria da Ponderação de Valores aperfeiçoada por Alexy, segundo a qual os princípios são mandatos de otimização que devem ser aplicados na medida do possível, sem perder de vista as lições de Dworkin (2007, p. 42/43) para quem “os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

Nesse passo, vê-se que a hermenêutica jurídica tem por escopo o estudo e a sistematização dos métodos aplicáveis para verificar o sentido das expressões do Direito. O ordenamento jurídico, formulado através de normas jurídicas - princípios e regras estabelecem padrões de comportamento sem tecer detalhes, de modo que, por vezes, os juízes se deparam com casos difíceis de ser interpretados à luz da hermenêutica tradicional.

Dentro da hermenêutica tradicional, existem os processos hermenêuticos e os importantes são denominados métodos filosófico, histórico e lógico; como tais, produzem resultados autônomos, que devem ser conectados a fim de se obter um melhor resultado interpretativo.

Existem também, conforme articulado por Guerra Filho (1995), os cânones interpretativos clássicos, que incidem nos processos hermenêuticos com a finalidade de delinear ações e opções do interprete. São seis os mais importantes: influência sociológica, efeitos dos resultados dos processos hermenêuticos, leitura dogmática, método voluntarista da Teoria Pura do Direito, observância dos preceitos implícitos e o princípio da proporcionalidade.

A hermenêutica tradicional, formulada à luz do racionalismo filosófico, tem como fundamento a lógica das proposições normativas compreendidas mediante o silogismo jurídico; sob este foco considera-se como justificação interna no sentido de que uma fundamentação jurídica deve ser coerente a partir de premissas jurídicas e factuais.

A hermenêutica discursiva, com origens na filosofia da linguagem, tem seu foco na fundamentação de premissas axiológicas utilizadas num julgamento (justificação externa), baseando-se em valores puramente de ordem constitucional

A hermenêutica jurídica é o modo pelo qual se atribui sentido à prática da interpretação do direito, numa tentativa de reduzir o sentido da atividade jurídica a um processo racional e metódico de aplicação de normas positivas a fatos concretos.

O objetivo da doutrina pós-positivista não foi o rompimento da segurança garantida por uma metodologia hermenêutica racional e científica, mas introduzir uma nova

metodologia, que fosse tão ou mais segura que a anterior e mais justa no sentido de se aplicar também na interpretação do Direito - padrões moralmente aceitos e comprometidos com o momento histórico da sociedade.

Acentua Áreas (2005):

A teoria da integridade, conforme demonstra Dworkin, por vislumbrar uma alternativa às propostas do convencionalismo e do pragmatismo, busca salientar a complexidade do direito, no sentido de que este deve ser compreendido por um complexo normativo capaz de, por si só, apontar soluções a qualquer caso submetido à uma apreciação jurídica. Como conseqüência, em verdade, a teoria da integridade caracteriza-se por permitir ao juiz que, mediante a interpretação de princípios à luz dos valores estabelecidos em sua comunidade, possa sempre visualizar respostas jurídicas aos casos sob sua tutela. O juiz, portanto, que aceita o direito como integridade está sempre apto a abandonar princípios já seguidos no passado, pois, ora, é justamente esse argumento que diferencia a tese de Dworkin do pragmatismo e do convencionalismo. Nesse diapasão, o direito como integridade estaria a consagrar que os juízos formulados no passado possam ser futuramente modificados, conforme a melhor interpretação a ser no presente seguida. É, portanto, em decorrência de tal conclusão que Dworkin equipara o direito a um romance em cadeia, como se cada aplicador do direito, mediante a melhor interpretação, pudesse escrever um novo capítulo da história. Assim, o aplicador do direito deveria estar sempre disposto a abandonar soluções jurídicas adotadas no passado para consagrar novas diretrizes jurídicas. (ÁREAS, 2005)

Cumprido salientar que o rompimento da hermenêutica vinculada à Escola da Exegese, apegada à literalidade dos textos legais não foi completa, mas mitigada mediante a atribuição de valores e pesos numa argumentação teleológica fundamentada em elementos extraídos das ciências sociais.

A Argumentação Jurídica originada dentro da doutrina pós-positivista buscou erguer uma proposta racional para questões judiciais importantes, às quais os cânones interpretativos não conseguiram responder adequadamente. A fundamentação nas sentenças é o elemento central que procura, no Discurso Racional, recursos de maior controle jurisdicional.

A idéia de que o respeito aos interesses sociais deveria prevalecer sobre a observância dos padrões da lógica tendia a afirmar que o jurista não deveria simplesmente descrever o direito como ele era, mas que ele tinha a função criativa de converter o direito positivo naquilo que ele deveria ser. De qualquer maneira, não é essa a perspectiva da interpretação, ou seja, esse modo de ver o Direito implica a crença de que o jurista, ao conhecer a sociedade, pode identificar os valores de justiça. Nada obstante, em uma sociedade diversificada não se pode dizer que uma norma é socialmente justa, pois não existe uma uniformidade de justiça.

Diante disso, verifica-se que o Poder Judiciário, cioso do confronto entre os Princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível tem sido bastante ponderado e

tímido às vezes, em sua 'judicialização da saúde', não verificando-se julgamentos ousados que determinem aos entes estatais a locação de grandes recursos financeiros como para construir hospitais e postos de saúde em locais de grande carência e necessidade.

Ao contrário, e muito ponderadamente, atendem-se apenas a situações emergenciais e pontuais, através da determinação ao Estado de fornecer medicamentos, realizar intervenções cirúrgicas, internações, colocar pessoal técnico especializado em hospitais, e que culmina por (1) não ter grande importância orçamentária para o Estado e (2) não impacta a melhora do atendimento em prol da sociedade, como se verifica nos seguintes julgados:

EMENTA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROLE E TRATAMENTO DE DISTÚRBIOS RESPIRATÓRIOS GRAVES. DIREITO A PRESTAÇÃO INTEGRAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. SENTENÇA MANTIDA. É assegurado ao cidadão, desprovido de recursos financeiros¹⁷, o direito a uma prestação integral dos serviços públicos de saúde, aí incluído o fornecimento de medicamentos para tratamento de doença grave, em obediência às garantias fundamentais, consagradas pela Constituição Federal. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS; APELAÇÃO CÍVEL: 0865174-26.2009.8.13.0112; Campo Belo; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Mauro Soares de Freitas; Julg. 17/02/2011; DIARIO DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS: 03/03/2011)"

EMENTA. 1. Adriano de Cupis, no merecidamente clássico / Diritti della Personalità, lecionou que a tutela complementar da vida, da integridade física e da saúde reclama a garantia dos meios econômicos e financeiros idôneos a prover os cuidados necessários à preservação ou reintegração desses bens da personalidade, e observou que o Estado se obriga a assegurar o fornecimento desses meios para tornar possível a gratuidade da cura dos necessitados. 2. "O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele" (RE 226.835 -STF -1ª Turma - Ministro limar Galvão). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO; APELAÇÃO: 0114205-05.2008.8.26.0053; Ac. 4948651; São Paulo; Décima Primeira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ricardo Dip; Julg. 31/01/2011; DIARIO JUSTIÇA ESTADO SÃO PAULO"

EMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao poder judiciário determinar a implementação pelo estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do poder executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; AI-AgR 734.487; PR; Segunda Turma; Relª Min. Ellen Gracie; Julg. 03/08/2010; DJE 20/08/2010; Pág. 56)

¹⁷ Se verifica neste julgado que o Magistrado aponta que o direito somente é concedido dado às dificuldades financeiras do cidadão.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 817829-2, DE PATO BRANCO - 1ª VARA CÍVEL
APELANTE : ESTADO DO PARANÁ APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO PARANÁ RELATORA : DESª REGINA AFONSO PORTES
APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTO - HIPOSSUFICIÊNCIA DO CIDADÃO - DEVER DO
ESTADO - NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO PROTOCOLO CLÍNICO
AFASTADA - INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL - CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM
FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO REFORMADA - ENUNCIADO Nº 2 DAS
CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
O direito social à saúde, estatuído no artigo 196, da Carta Magna, é imperativo,
incluindo-se neste dever o fornecimento gratuito de medicamento prescrito por
profissional médico, à pessoa hipossuficiente portadora de doença grave, desprovida
de recursos financeiros para custear o tratamento, sem comprometimento de seu
sustento próprio e de sua família, sob pena de colocar em risco sua vida.
DESPACHO DECISÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Estado
do Paraná, contra os termos da decisão de fls. 164/168, proferida nos autos de Ação
Civil Pública com Pedido de Tutela Antecipada e Multa Cominatória nº 834/2009,
que julgou procedente o pedido inicial, determinando que o ora Apelante forneça o
medicamento Etanercepte 50 mg ao paciente Ivan Gomes Machado, conforme
prescrição médica. Condenou o Estado do Paraná ao pagamento de custas
processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), a
serem recolhidos ao Fundo Especial do Ministério Público do Paraná. Em suas
razões recursais, às fls. 169/183, o Estado do Paraná sustenta que o medicamento
solicitado para o tratamento do paciente não é padronizado; que seu fornecimento é
de responsabilidade da União, não podendo tal obrigação ser atribuída ao Apelante;
que a aplicação do art. 196 da Constituição Federal deve estar em consonância com
as demais regras ditadas pela Política Nacional de Medicamentos; que não se pode
exigir que o Poder Público custeie tratamentos sem eficácia científica comprovada;
que não é viável dar interpretação tão ampla à Constituição Federal, sem levar em
conta os programas de medicamentos de responsabilidade do Ministério da Saúde,
dos Estados e dos Municípios; que não é cabível o pagamento de honorários
advocatícios de sucumbência. Contrarrazões às fls. 185/188. Parecer da Procuradoria
Geral de Justiça, às fls. 200/211, pelo desprovemento do recurso de apelação. É o
relatório. DECIDO O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou Ação Civil
Pública em face do Estado do Paraná, no interesse de Ivan Gomes Machado, para
obtenção do medicamento Etanercepte 50mg. A Magistrada singular, ao sentenciar,
julgou procedente o pedido inicial e determinou o fornecimento do medicamento
requerido. Irresignado com os termos da sentença, o Estado do Paraná interpôs o
presente recurso. A saúde da população é dever do Estado e garantia do cidadão,
devido esse proporcionar o suficiente para o seu bem estar. Assim, utilizando-se
como fundamento o Princípio da Dignidade Humana, nenhum cidadão poderá sofrer
qualquer ato que atente contra a sua saúde. O Apelado alegou e comprovou ser
portador de artrite psoriática (CID M 07.0), apresentando quadro de psoríase vulgar
grave (CID L 40.0) com acometimento das articulações, sendo necessário para seu
tratamento o medicamento Etanercepte 50mg. A Constituição Federal em seu artigo
196 determina que: "A saúde é um 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 e igualitário a ações e serviços para sua
promoção, proteção e recuperação." Portanto, os argumentos trazidos aos autos pelo
apelante, na tentativa de fundamentar o desamparo do direito do paciente, não têm o
condão de ofuscar o direito por ele perseguido, qual seja, o direito à saúde Já decidiu
este e. Tribunal de Justiça neste sentido: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME
NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTO. RECUSA AO FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL À SOBREVIVÊNCIA DO PACIENTE. OFENSA
AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, CONSAGRADO NO ARTIGO 196
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO. OBSERVÂNCIA DE
POLÍTICAS PÚBLICAS QUE NÃO CONSTITUI ÔBICE AO FORNECIMENTO
DO FÁRMACO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.

APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO. É dever do Estado em todos os seus níveis de Administração velar pelo atendimento ao direito à saúde daqueles que, sem condições financeiras, necessitam do fornecimento de medicamentos e suprimentos alimentares que permitam assegurar seu direito fundamental à sobrevivência digna. (TRIBUNAL JUSTIÇA PARANÁ - 4ª C. Cível - AC 0797424-9 - Campo Mourão - Rel.: Des. Abraham Lincoln Calixto - Unânime - J. 13.09.2011)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO À PESSOA IDOSA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS ECONÔMICOS. "DIABETES MELLITUS" (CID 10 E-11). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU. APELO DO MUNICÍPIO RÉU. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REJEITADA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS FÁRMACOS DEVIDAMENTE COMPROVADA POR MÉDICO ESPECIALISTA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO PELO MUNICÍPIO QUE SE MOSTRA ABUSIVA E ILEGAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO NOS ARTS. 6º E 196. ALEGADA VIOLAÇÃO AO "PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES". INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA "TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL" QUANDO SE TRATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREPONDERÂNCIA DO "PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA" SOBRE O "PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR". DEMAIS ARGUMENTOS RECURSAIS INCONSISTENTES. 1)- APELAÇÃO DESPROVIDA. 2)- SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO. I Evidenciada a resistência do réu à pretensão do autor, bem como a necessidade do provimento jurisdicional para fornecimento dos medicamentos postulados, está presente o interesse processual. II Ao acolher o pedido de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado (gênero) à pessoa carente e portadora de doença grave, o Poder Judiciário está simplesmente tornando efetiva a norma constitucional do art. 196 que foi desrespeitada pelo próprio ente público. (TRIBUNAL JUSTIÇA PARANÁ - 5ª C. Cível - ACR 0800297-9 - Foro Regional de São José dos Pinhais da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Rogério Ribas - Unânime - J. 30.08.2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SAÚDE. REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DEVER DO ESTADO. MEDICAMENTOS PRESCRITOS POR PROFISSIONAL MÉDICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA E DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA CUSTEAR O TRATAMENTO. NEGATIVA INJUSTIFICADA DE FORNECIMENTO DOS REMÉDIOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE CONFIGURADO. PRECEDENTES DA CORTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TRIBUNAL JUSTIÇA PARANÁ - 4ª C. Cível em Com. Int. - MS 0736453-8 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Guido Döbeli - Unânime - J. 16.08.2011) Não há que se falar em aplicação abusiva do art. 196 da Constituição Federal. A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros. No presente caso, o não fornecimento do medicamento poderia agravar substancialmente o quadro clínico do paciente. Ademais, os autos estão instruídos com documentos que demonstram a necessidade de tal medicação, sendo desnecessária a dilação probatória, já que o médico atestou a doença do paciente (fls. 32). Assim não pode ser

acolhidos o argumento do Apelante, no sentido de que não é possível o fornecimento do medicamento, pelo fato do mesmo não estar submetido ao protocolo clínico. Cumpre asseverar que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desprezar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. De fato, não pode o Poder Público privar-lhe do medicamento, sob pena de ferir-se comando da Carta Magna, de que o Estado deve assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde. O Poder Judiciário ao conceder o medicamento pleiteado a cidadão hipossuficiente está apenas assegurando o direito à vida, seguindo o que dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Tal garantia abrange o direito do cidadão ao recebimento de medicamentos, inclusive de forma gratuita, desde que prescritos por profissional médico público ou privado, à pessoa portadora de doença grave, desprovida de recursos financeiros para custear o tratamento, sem o comprometimento de seu sustento próprio e de sua família, sob pena de colocar em risco sua própria vida. Pondero ainda que, geralmente, não se comprova a eficácia de medicamentos, antes que seja feito o tratamento com eles, porque o organismo de cada paciente responde diferentemente a um mesmo medicamento. Cada paciente possui um histórico clínico diferente do outro, conseqüentemente aqueles que não têm respostas positivas ao tratamento pré-fixado pelo Ministério da Saúde, não podem ficar excluídos do acesso ao outro, que pode levar à cura da doença, só porque o paciente não se enquadra à condição clínica que enseja a dispensação de tal medicamento. [...]. DECISÃO Desta forma, por estar manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal, dou provimento parcial ao recurso de apelação cível, com base no artigo 557, caput e §1º-A do Código de Processo Civil. Intimem-se. Curitiba, 23 de setembro de 2011. Desª REGINA AFONSO PORTES Relatora 1 "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso" (Decisão: 4.817829-2 (Decisão Monocrática) Relator: Regina Afonso Portes Fonte: DJ: 723 Data Publicação: 28/09/2011 Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível Data Julgamento: 26/09/2011

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. REJEIÇÃO DE RIM TRANSPLANTADO. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. 1. Consignado pelo acórdão recorrido que o Estado do Rio de Janeiro fora compelido, por decisão judicial, a fornecer ao recorrido a medicação necessária para evitar a rejeição do rim transplantado, restou inequívoca a sua legitimidade ad causam passiva para a ação indenizatória, porquanto, sponte sua estagnou o fornecimento a que restara obrigado judicialmente, ocasionando o ilícito in foco. 2. Destarte, instado a cumprir a decisão judicial, a sua omissão configurou inequívoca responsabilidade em face da rejeição do órgão transplantado, ante a ausência do medicamento. 3. Deveras, restou assente na instância local que: "A saúde pública é um serviço de competência comum a todas as esferas da Federação e para a sua melhor execução foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual o Hospital Universitário Pedro Ernesto é participante. A alegação de que o referido hospital possui personalidade jurídica distinta da do Estado, não afasta legitimidade do Embargante, uma vez que aquele atua como longa manus deste na distribuição da saúde. Além disto, o que se discute neste feito é a responsabilidade pelo não fornecimento de medicamento necessário para evitar a rejeição de órgão transplantado, obrigação única e exclusiva do ente público e não do Hospital Pedro Ernesto." 4. Outrossim, "o laudo pericial de fls. 541 usque 544 é conclusivo quanto ao nexo de causalidade entre a suspensão no fornecimento da medicação imunossupressora e a perda do rim transplantado." 5. Desta sorte, "não há como se amparar a tese de que o dano decorreu exclusivamente dos riscos da

complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação 'sandimmum' e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão" (fls. 696) 6. Assentando o aresto recorrido o nexa de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO.7. Recurso Especial desprovido.(SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA, 1ª. Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX REsp 686208 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0112790-9 Rel. (1122) DJ 01/07/2005 p. 414 LEXSTJ vol. 192 p. 177

EMENTA: FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO - CIRURGIA - DEVER DO ESTADO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - O usuário do SUS tem direito a atendimento que possibilite o seu tratamento de forma adequada, ou se estará ferindo o direito à vida, além dos princípios da isonomia e da igualdade de condições. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. Processo: 1.0223.06.200099-5/001(1) Rel. Des.(a) WANDER MAROTTA, p. 04/03/2008)AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - OBESIDADE MÓRBIDA - PRESTAÇÃO GRATUITA PELO PODER PÚBLICO - DEVER CONSTITUCIONAL, CONJUNTO E SOLIDÁRIO DE TODOS OS ENTES - DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA - SENTENÇA MANTIDA. 1. A todos os cidadãos é garantido o direito à saúde - direito fundamental indissociável do direito à vida - sendo dever do Estado, com atuação conjunta e solidária das esferas institucionais da organização federativa, efetivar políticas socioeconômicas para sua promoção, proteção e recuperação. A proteção à saúde, que implica na garantia de dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento, integra os objetivos prioritários do Estado. Inteligência dos arts. 5º, caput, 6º, e 196 e seguintes, da CF/88. 2. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da CF/88 - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. Processo: 1.0105.06.197641-8/001(1) Rel. Des.(a) NEPOMUCENO SILVA, p. 05/12/2008)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REEXAME NECESSÁRIO - PACIENTE PORTADORA DE OTITE MÉDIA - NECESSIDADE DE CIRURGIA URGENTE - DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA - DEVER CONSTITUCIONAL, CONJUNTO E SOLIDÁRIO, DE TODOS OS ENTES - SENTENÇA CONFIRMADA. Assegura-se à portadora de doença grave e crônica o direito constitucional ao tratamento médico-hospitalar, mediante o fornecimento de medicamentos necessários e cirurgia, às expensas do SUS, pois não tem condições financeiras para arcar com tais despesas. A todos os cidadãos é garantido o direito à saúde - direito fundamental indissociável do direito à vida - sendo dever do Estado, com atuação conjunta e solidária das esferas institucionais da organização federativa, efetivar políticas socioeconômicas para sua promoção, proteção e recuperação. A proteção à saúde, que implica na garantia de dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento, integra os objetivos prioritários do Estado. Inteligência da CF, arts. 5º, caput, 6º, e 196. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. processo: 1.0686.06.182722-2/001(1) Rel. Des.(a) NEPOMUCENO SILVA, p. 13/12/2007)

ACÇÃO ORDINÁRIA - CIRURGIA PARA A DESOBSTRUÇÃO DAS NARINAS, COM POSTERIOR ACOMPANHAMENTO MÉDICO - FORNECIMENTO GRATUITO PELO PODER PÚBLICO - DEVER CONSTITUCIONAL, CONJUNTO E SOLIDÁRIO DE TODOS OS ENTES - DIREITO À SAÚDE INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA - SENTENÇA CONFIRMADA, NO REEXAME NECESSÁRIO. Assegura-se ao doente, portador de doença, mormente se desprovido de recursos financeiros, o direito constitucional ao tratamento, mediante fornecimento gratuito das prescrições médicas, dever que se impõe ao Poder Público. A todos os cidadãos é garantido o direito à saúde - direito fundamental indissociável do direito à vida - sendo dever do Estado, com atuação conjunta e solidária das esferas institucionais da organização federativa, efetivar políticas socioeconômicas para sua promoção, proteção e recuperação. A proteção à saúde, que implica na garantia de dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento, integra os objetivos prioritários do Estado de Minas Gerais, em competência concorrente com a União e os Municípios. Inteligência dos artigos 5º, caput, 6º, e 196, da Constituição Federal (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. processo: 1.0512.06.037946-2/001(1) Rel. Des.(a) NEPOMUCENO SILVA. P. 03/02/2009)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO À SAÚDE - REALIZAÇÃO DE EXAME - NECESSIDADE DO DIAGNÓSTICO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO - CONCESSÃO. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, inclusive com a realização do exame necessário ao diagnóstico da moléstia de que padece a parte, conforme laudo apresentado pelo médico que assiste a autora, constituindo violação da ordem constitucional, a negativa do Estado para o tratamento de pacientes necessitados. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. processo: 1.0000.09.505582-8/000(1). Rel. Des.(a) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, p. 05/07/2010)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PORTADORA DE PSORÍASE. INDICAÇÃO DE MEDICAMENTO BIOLÓGICO. FORNECIMENTO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE APENAS PARA PORTADORES DE 'ARTRITE REUMATÓIDE', MEDIANTE ADOÇÃO DE CRITÉRIOS E CONDICIONANTES. CUSTO ELEVADO AOS COFRES PÚBLICOS. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEDICAMENTOS FORNECIDOS PELO SUS AOS PORTADORES DE PSORÍASE. AUSÊNCIA DE PROVA DA UTILIZAÇÃO OU DA INEFICIÊNCIA DOS REMÉDIOS OFERECIDOS PELO SUS. INVIABILIDADE DA NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA NO 'WRIT'. ORDEM DENEGADA. Não se pode ter como aperfeiçoada a exigida "prova pré-constituída" de que a impetrante possui incontestável direito líquido e certo de receber do Poder Público, por prazo indeterminado, o medicamento biológico pleiteado, qual seja, ENBREL(r) (Étanercepte) 25mg, de alto custo aos cofres públicos, ainda em fase experimental em relação aos portadores de 'Psoríase' - doença que acomete a impetrante, em contexto que revela limitações de recursos, se ela, impetrante, não demonstrou, suficientemente, a ineficácia dos medicamentos que podem ser adquiridos junto à rede pública de saúde para minimização dos efeitos da doença incurável que a acomete. Embora se trate de medicamento recentemente padronizado pelo Ministério da Saúde para compor o elenco de medicamentos de dispensação em caráter excepcional (Portaria MS/GM nº 2577/2006), seu fornecimento é oficialmente destinado apenas para o tratamento de portadores de 'Artrite Reumatóide', mediante a adoção de critérios e condicionantes justificáveis e extremamente rígidos. Os documentos que instruem a inicial do mandado de segurança, em sede do qual é vedada a dilação probatória, não são capazes de promover a convicção de que o pleiteado medicamento de elevado custo representa a única alternativa da impetrante em seu digno tratamento médico. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.07.456296-8/000 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - IMPETRANTE(S): MARIA MADALENA DOS SANTOS PAIVA - AUTORID COATORA: SECRETARIO ESTADO SAUDE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ARMANDO FREIRE, p. 24/01/2008)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA NEUROLÓGICA - DISCINESIA TARDIA - PRESCRIÇÃO MÉDICA - USO DA MEDICAÇÃO POR LONGO PERÍODO - DIREITO À SAÚDE - PREVALÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. Evidenciando-se que o paciente já se encontra no uso da medicação indicada, com satisfatória resposta terapêutica há cerca de um (1) ano, quando se deferiu a liminar, temerária a interrupção do fornecimento da medicação e do próprio tratamento. Tal entendimento/conclusão reforça a necessidade e a legalidade do atendimento da pretensão em defesa do direito da impetrante, com a manutenção da liminar e concessão da segurança, em definitivo, garantindo-se a eficácia do direito maior à saúde, que consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.06.215590-8/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE: JD 2 V FAZ COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): JOÃO MIGUEL LEITE - AUTORID COATORA: GERENTE ASSISTENCIA FARMACEUTICA SECRET ESTADUAL SAUDE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. GERALDO AUGUSTO

ACÓRDÃO. Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O VOGAL. Belo Horizonte, 27 de novembro de 2007. (TRIBUNAL JUSTIÇA MINAS GERAIS. processo: 1.0024.06.215590-8/002(1) p. 18/12/2007)

Verifica-se, portanto, que as intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas de garantia da promoção da saúde têm sido realizadas de forma sutil e ponderada, uma vez que, sem agir densamente em searas de importância econômica do Estado, aplica pontualmente medidas, de forma a assegurar aos cidadãos, que não dispõem de recursos para subsidiar tratamentos ou medicamentos as medidas necessárias para suprir a omissão constitucional de fornecer esse direito ao cidadão.

Na concepção pós-positivista, a moralidade se integra ao direito em busca de conformidade com o momento social. Dentro do Poder Judiciário, para dar efetividade ao projeto do Estado Democrático de Direito, aplica-se na concepção do Direito uma hermenêutica pós-positivista, denominada ativismo judicial.

O direito à saúde, tido como direito social de segunda geração consubstancia afinal direito fundamental à vida, sendo de percepção lógica a permeabilização dos direitos de primeira e segunda geração, visto que a saúde é componente essencial para a vida humana.

Nesse sentido, no que se tem denominado judicialização da saúde, o Poder Judiciário não tem se furtado a determinar, em obediência aos princípios fundamentais do direito a vida e a saúde, que o Poder Executivo forneça medicamentos nacionais e importados, realize exames para diagnóstico de doenças em laboratórios públicos ou privados e execute às suas expensas, todo tipo de intervenção terapêutica necessária ao cidadão. Enfim, determina

uma diversidade de atendimento à saúde, de modo a garantir os direitos fundamentais do ser humano.

Cita-se, por exemplo, o seguinte encaminhamento dado pelo Supremo Tribunal Federal através de notícia divulgada em sua página virtual na Internet (2010):

O Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial. O ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47.

Analisando os julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, verifica-se que este está, mediante uma nova postura, em prol de uma sociedade mais justa e de alcance mais plural, viabilizando, através da eficácia de suas decisões, a distribuição de justiça, independente de norma escrita, fazendo uma leitura hermenêutica além da letra do texto constitucional, com origem na moralidade e no conceito justiniano de justiça de “dar a cada um o que é seu”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem, ao longo de sua história, aprendeu que o acúmulo de riquezas garante uma dimensão de poder que altera as relações sociais e garante a sobrevivência de sua prole. Na aurora da humanidade, logo após o surgimento da família comunista, com a fixação das comunidades para cultivo de alimentos e pastoreio de animais, surgiu o conceito de propriedade. Com o enriquecimento dos pastores, esta singela figura, em virtude de suas posses, e portanto de sua riqueza, era mais importante que o lendário guerreiro e caçador.

As famílias eram matriarcais e viviam em grupos denominados comunistas, visto que mantinham um estilo de vida onde dividiam tudo: trabalho, alimentação e propriedade. Não existia casamento e no relacionamento sexual, as mulheres não guardavam um único parceiro e, por não haver relações monogâmicas tornava-se impossível distinguir os pais das crianças.

Esta situação se transformou, quando percebeu-se que os bens que pertenciam aos homens – pastores, guerreiros e caçadores, como armas, ferramentas, gado e propriedade, passaram a ter importância e, por conseguinte, valor econômico. Como os homens não reconheciam seus filhos consanguineamente, devido à inexistência de monogamia, seus bens eram transmitidos, por sucessão, para sua gens (parentes consangüíneos), no caso, irmãos, e os filhos de suas irmãs.

Para inverter esse processo de transmissão de bens, as mulheres passaram a manter relacionamentos monogâmicos, de modo que seus filhos passaram a herdar dos pais, passando as famílias a serem patriarcais.

A família comunista se perdeu no tempo e, ao passarem a ter bens próprios, os homens usavam as sobras em escambos, inicialmente esporádicos e posteriormente regulares, evoluindo deste estágio para a participação nos escambos dos atravessadores, também chamados comerciantes. Nascia a burguesia comerciante, que teria um papel fundamental no desenvolvimento político-social e econômico das futuras gerações.

A invenção da moeda trouxe facilitação e expansão para as transações comerciais levando ao enriquecimento da burguesia e do Rei. O estamento burguês da sociedade feudal ao se constituir como poder econômico amoldou a seu alvedrio a sociedade e os governos nacionais, desconstruindo e construindo sistemas políticos e econômicos na medida de seus próprios interesses.

O enriquecimento do Rei levou à formação dos Estados Nacionais e da forma absolutista de governar. Sem perder espaço neste sistema político, a burguesia comercial passou a ser mercantilista, dividindo com o Estado o papel de investimento em novas

indústrias e, promovendo a colonização de novos territórios, para garantir matérias-primas e o escoamento de produtos manufaturados. Nesta época, a questão da saúde não era questão de governo e, estava relegada ao assistencialismo filantrópico, exercido pelas instituições religiosas, que se aproveitavam da despreocupação estatal para se impor perante a população dos burgos e das cidades incipientes.

O constitucionalismo surgiu com a vontade da classe burguesa de participar das discussões políticas, das assembléias e dos parlamentos. A partir do constitucionalismo superou-se o absolutismo, implantando-se os Estados de Direito, e o liberalismo econômico, marcado pelo afastamento do Estado das atividades econômicas.

Os Estados de Direito, no período moderno, trouxeram consigo a preocupação dos governantes com melhores condições de saúde da sociedade, e em lugar dos enclausurados burgos feudais, surgiram os boulevards, garantindo-se através da ventilação abundante, a diminuição da insalubridade e, conseqüentemente das doenças que assolaram as populações na Idade Média.

Ocorre que o liberalismo econômico trouxe a despersonalização do ser humano, transformado numa peça de fábrica ou em uma máquina de matar (durante as duas grandes guerras mundiais), elevando ao ápice as demandas sociais das grandes massas que culminaram por suplantarem os modelos liberais de Estado, dando lugar aos governos de políticas socioeconômicas mais afinadas com a dignidade do ser humano.

Historicamente, a partir do desenvolvimento da sociedade e o surgimento do comércio, criou-se também o Estado para garantir o desenvolvimento da sociedade e a segurança da propriedade, percebendo-se, portanto, que desde o início, o capitalismo e os governos, estão envolvidos em uma perfeita simbiose, ordenada e ajustada, visto a necessidade mútua da existência tanto de um quanto de outro.

O Estado, como nada produz, para prover suas necessidades básicas, necessita arrecadar, de modo a ter o suficiente para gastar com bens e serviços de todo o gênero. Somente assim consegue fomentar atividades essenciais, como pagamento dos servidores públicos. Tarefas como manutenção da ordem, garantia da segurança das fronteiras e, construção e manutenção da infra-estrutura das cidades são consideradas atividades essenciais. Para enfrentar essas despesas o Estado faz a captação de recursos através da execução de uma política fiscal que permite arrecadar impostos dos indivíduos, que em troca recebem os serviços e préstimos estatais.

O Estado, como se verificou foi inventado e constituído pelo estamento burguês como meio de dar sustentação às ações comerciais e mercantis, apesar de, aparentemente, ter

como prioridade a missão de propiciar o bem comum. Dessa forma, não surpreende, as promíscuas relações dos governos com os donos do capital e seu favorecimento em detrimento da sociedade.

Com a necessidade de superação do modelo econômico liberal, a classe burguesa afastou-se das ações econômicas de ponta, permitindo ao Estado retomá-las e implantar a infra-estrutura necessária, nos grandes centros urbanos, a partir da segunda metade do século XX, para a virada do Estado Moderno. O Estado Social amenizou a tragédia humana vivenciada na revolução industrial e nas duas grandes guerras, minimizando as condições desumanas das pessoas nos grandes centros urbanos.

No Estado social brasileiro, a preocupação com a saúde ocorreu de forma moderada, prevalecendo para a grande massa popular o atendimento filantrópico prestado por instituições religiosas, como as Santas Casas, e o atendimento pelo Estado através do INAMPS, para os trabalhadores que possuíam carteira de trabalho assinada e contribuía para o Sistema de Previdência Social.

No segundo-pós-guerra-fria as transformações ocorridas na economia, como o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, o fim dos monopólios naturais, o esgotamento dos recursos estatais, dado principalmente o elevado custo de investimento em projetos de infraestrutura em setores de energia, telecomunicações, petrolíferos, dentre outros, bem como a erosão das políticas públicas, empurraram o Estado para atuação na economia, reposicionando-o como regulador do sistema econômico nacional.

No Brasil, a partir da segunda dos anos oitenta, ocorreram as transformações políticas prestes a devolver a democracia ao País, finalizando em 1988, quando se completou a transição constitucional com a promulgação da Constituição da República, instituindo-se o Estado Democrático de Direito, destinado, a assegurar o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores principais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse paradigma, em que o País finca raízes, o problema da efetivação dos direitos fundamentais, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas, de cumprimento duvidoso, apresenta-se de forma contundente, sinalizando que diploma constitucional atua apenas como um alibi para os agentes políticos, sendo meramente simbólico.

A ineficácia de direitos fundamentais para diversos grupos sociais, formadores da sociedade plural, corrobora a conceituação do pluralismo assente no Estado Democrático de Direito também como simbólico, visto que, numa dimensão realista existencial, as

disposições constitucionais programáticas não alcançam todas as camadas sociais, resultando ineficaz a normatividade programática finalística que emerge dos dispositivos e princípios da Constituição.

Promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 1988, em seus artigos 196 e 198, a Constituição Federal garante a todos, acesso universal e igualitário às ações e serviços, fornecidos pelo Estado, através de um Sistema Único de Saúde, de promoção, recuperação e prevenção de doenças e outros agravos. O direito à saúde, considerado constitucionalmente como direito social, é o mais relevante deles, valendo por vezes, mais que a própria vida (direito fundamental), uma vez que, sem saúde, a vida torna-se indigna, torna-se mesmo insuportável pelo tormento da dor, das chagas e pelo desprezo ou piedade das pessoas.

Para materializar a obrigação consistente nos artigos 196 e 198 da Constituição de 1988, mediante políticas públicas, o acesso universal e igualitário a todos de serviços e ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, implantou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que se mostra ineficaz na medida de sua precariedade, por proposital indisponibilidade de recursos humanos e materiais, necessários para assegurar a programática universalização da saúde.

A formação de Consórcios Intermunicipais de Saúde minimiza a falência do SUS, como instituição pública capaz de promover ações de saúde neste país-continente, e somente unindo forças diminui-se a carência de serviços nessa área.

Dessa forma, por mais carente que possa ser um município no aspecto financeiro, a reunião de forças potencializa suas possibilidades administrativas, permitindo disponibilizar um atendimento público de saúde capaz de suprir as necessidades dos indivíduos de sua comunidade, fazendo com que um caudaloso manancial de recursos financeiros, antes direcionado para um seleto grupo dos donos da saúde privada e seus agentes financeiros, sejam redirecionados para atividades produtivas, em diversas regiões do país, fomentando o desenvolvimento econômico e social visto que os recursos, antes acumulados em pouquíssimas mãos, são diluídos e distribuídos sob formas variadas por toda sociedade.

Apesar de projetar-se como um empreendimento luminoso, os Consórcios, sozinhos, não são suficientes para reverter o caminho pavimentado pelas políticas governamentais de investimentos públicos no sistema de saúde, que estrategicamente, remete para a iniciativa privada grande parte da sociedade, em busca de eficiência e eficácia no atendimento.

Viu-se que o Estado mantém-se financeiramente devido ao recebimento de impostos pagos pelos contribuintes brasileiros. A Constituição estabelece as normas de convivência entre o Estado e os indivíduos, e, ao dispor que o Estado deve prover ações e serviços de

saúde, significa dizer que o Estado torna-se inadimplente junto à sociedade que paga por algo que não recebe.

Constatado na pesquisa que o indivíduo para promover e recuperar sua saúde tem que manter com a iniciativa privada um contrato de prestação de serviços particulares de saúde, paga-se, portanto, duas vezes pela mesma atividade.

Em pesquisa da Universidade de São Paulo (divulgada pela Agência Brasil em 2008), mostrada nesse trabalho, constatou-se que o Estado simplesmente ausentou-se e não investe em saúde pública brasileira, permanecendo com os custos “per capita” nos níveis despendidos no início da década de 1990.

Percebe-se, pelo estudo desenvolvido pela USP, que o enriquecimento do Brasil não significa mais investimentos nos direitos sociais preconizados na Constituição da República. Nos últimos 15 anos, apesar de o Brasil ter dominado a inflação e aumentado seu crescimento econômico, alterando sua condição de devedor para credor do Fundo Monetário Internacional, não redimensionou suas políticas públicas para a efetivação das metas constitucionais de bem estar da sociedade. O Estado, conclui-se não têm olhos para a melhoria dos direitos sociais, que são atrofiados propositadamente para permitir o avanço do capital privado para setores importantes da economia nacional.

Portanto, o país estagnou os investimentos em saúde pública e de forma explícita consolida sua política de precarização dos serviços de saúde para transferir ao setor privado o atendimento à saúde da população, frustrando-se de cumprir seu dever constitucional consolidado no art. 196 e 198 da Constituição da República de 1988.

Assim, a igualdade, pontuada pelos filósofos iluministas, perpetuada na última Assembléia Constituinte brasileira, é meramente simbólica visto que o Estado não disponibiliza recursos suficientes para cumprir com seu dever constitucional. O princípio da igualdade representa, portanto, nada mais que um simbolismo, dada sua patente ineficácia, exceto quando timidamente intervém o Poder Judiciário que através do “ativismo judicial”, para efetivar o Estado Democrático de Direito, garantindo o acesso de centenas de pessoas a preceitos constitucionais fundamentais e sociais consagrados no texto constitucional de 1988.

Este fenômeno, denominado também de judicialização da política, tem minimizado, por exemplo, o problema de inúmeras de pessoas, incapazes financeiramente de suportar os custos de um tratamento de saúde prolongado ou perene, devido à absoluta incapacidade do Estado de provê-las com os direitos que lhe são assegurados na Constituição.

Nada obstante, numa reflexão sobre o “ativismo judicial” torna-se evidente que diante da omissão estatal, o Poder Judiciário tende a efetivar o Estado Democrático de

Direito. Todavia, contra esse processo de consolidação constitucional, o Estado defende-se argumentando obediência à Lei Orçamentária e à Lei de Responsabilidade Fiscal, inspirado no Princípio da Reserva do Possível, pela qual declara ciência da necessidade de se disponibilizar direitos para os cidadãos, mas face à impossibilidade material de fazê-lo, transfere para outra oportunidade a concessão dos direitos reclamados.

Por seu turno, o cidadão apresenta-se como credor de um direito agregado ao Princípio do Mínimo Existencial, o qual, sem sua fruição, culmina por permitir a perda de toda dignidade da pessoa humana. Considera-se a vida como o maior dos bens que o homem possui, e que não é possível mantê-la digna e prazerosa se ela não é saudável. Uma vida afetada por doenças, dores e toda espécie de males que impeçam uma existência serena e com bem-estar não tem nenhum sentido.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 preconiza que os Poderes da República – Legislativo, Executivo e o Judiciário são harmônicos e independentes entre si, mas apesar disso, não se percebe ofensa a tal princípio quando juiz que, julgando a demanda posta, determina ao Poder Executivo que garanta ao demandante, seu direito à saúde, bem essencial à vida humana, preferida a qualquer outro direito, quer derivado da Lei Orçamentária, quer da Lei de Responsabilidade Fiscal e, ainda, em face do Princípio da Reserva do Possível.

Desse modo, não existe nos auditórios judiciais pátrios a formação de um Estado despótico, autoritário e absolutista pela interferência de um poder estatal (judiciário) na esfera de atuação de outro (executivo), porque há insuficiência das políticas públicas de saúde, garantidoras do Direito à Saúde, de modo que propiciar o acesso universal e igualitário das ações e serviços de saúde aos brasileiros como preconizado pelos constituintes de 1988, não passa de manter a ordem e a justiça no Estado de Direito brasileiro.

A judicialização da saúde alcança indistintamente a todos que acessam à justiça e, mais especialmente, as pessoas carentes que não dispõem de meios e recursos próprios para buscar, junto à iniciativa privada, acesso aos meios de promoção de sua saúde.

A judicialização da saúde que se insere na relação do Poder Judiciário com o direito constitucional da saúde, é benéfica e necessária para a pessoa. Não fere o Princípio da separação de poderes e encontra-se ajustada, quer no preconizado pacto social que deu origem à formação das sociedades quer no contemporâneo paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a igualdade, a vida e a saúde formam os pilares fundamentais de uma sociedade pluralista.

A atuação do Poder Judiciário através do ativismo judicial confere a possibilidade de acesso a diversos direitos fundamentais por parte das pessoas, uma vez que foi verificado que

uma das formas de se obter a eficácia desses direitos, denominados de segunda, terceira e até de quarta geração, é por meio da citada interferência judicial.

A efetividade de tais direitos foi construída através de um processo de inquieta indignação e de conquista social. Descortina-se, nessa ação de busca pelos direitos, um processo silencioso de luta sem quartel entre o poder econômico, representado, de um lado, pelo grande capital e, de outro, a sociedade, escudada no Estado Democrático de Direito.

Em face da ganância dos detentores do poder político e do poder econômico, mesmo tangida por elevados tributos, baixos salários e carestia de bens e serviços, a sociedade é levada a procurar a iniciativa privada para enfrentar o problema do atendimento à saúde.

Parei aqui Este absurdo no cotidiano dos brasileiros sem identificação imediata impede o investimento em outras atividades econômicas de um montante fenomenal de recursos que investe no atendimento à saúde. Atividades econômicas variadas, e desconstruindo o desenvolvimento econômico e social do País, em face das amarras impostas pela ineficácia e, na procura pela solução desta demanda, não se busca as raízes do problema para a partir da natureza jurídica, de maneira racional, enfrentar e superar a dificuldade no atendimento à saúde que tiraniza a sociedade brasileira.

Pode-se dizer que a sociedade deixa de estatal prendem e direcionam as moedas para outros cofres,

O papel dos profissionais do direito se sobressai nessa perspectiva, fazendo-se presente o ativismo judicial como uma arma de guerra, como uma alavanca jurídica de enfrentamento do Poder Econômico e da ineficácia estatal.

No mundo contemporâneo, onde florescem novos direitos, tecnologias e no qual se descortina um futuro promissor para a humanidade, velhos direitos incorporados a textos constitucionais não passam de direitos simbólicos porque não são materializados na prática social cotidiana.

Nesse sentido, a intervenção judicial, através do ativismo Judicial tem atenuado a ineficácia da ação estatal em diversos campos, especialmente na área da saúde, garantindo o acesso de inúmeras pessoas a tratamentos terapêuticos, iminentes aos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988.

Persiste a necessidade de alteração radical dos objetivos políticos, direcionando maiores recursos financeiros para investimentos na assistência à saúde pública, permitindo a ampliação da retomada de desenvolvimento econômico e social, iniciada e exemplificada pelos Consórcios, democratizando a assistência, de modo que todos possam usufruir de

saúde independentemente de sua condição social e econômica, consagrando como realidade o texto da Constituição Cidadã.

Conclui-se, assim, este estudo com a demonstração de que as políticas públicas de promoção de saúde, em virtude dos parcos investimentos, são nefastas para os brasileiros que terminam por contribuir indevidamente por um serviço que não recebem, em virtude da cabal e completa falência do atendimento em instituições públicas de saúde, propositadamente precarizadas, obrigando-os a migrar para planos de assistência à saúde de natureza privada, (parcela apenas) em busca vida digna através da eficácia de atendimento à saúde, em um processo contínuo de privatização da saúde, demonstrando que permanecem vivos no Estado Democrático de Direito, ainda agora, depois de séculos, os motivos que levaram à construção e criação do Estado - a proteção da propriedade, a sustentabilidade do capital e da empresa privada.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Social Justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de, TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALAGOAS. Secretaria de Estado da Saúde. **Cartilha - Pacto pela saúde** -possibilidade ou realidade. 13 nov. 2007.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1976.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Dayse Coelho. Herbert Hart *versus* Ronald Dworkin: existe discricionariedade para o magistrado na solução dos casos não disciplinados no arcabouço normativo? **Boletim Jurídico**, 25 jul. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=331>. Acesso em: 10 jul. 2010.

APEL, Karl-Otto; OLIVEIRA, Manfredo Araújo de; MOREIRA, Luiz. **Com Habermas contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARÊAS, Paulo André Morales. Um estudo comparativo entre a doutrina de Dworkin e a súmula de efeitos vinculantes: Emenda Constitucional n. 45, Brasil: 2005. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, ano 6, n. 6, p.569 – 587, jun. 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE GRUPO. **Perfil dos Planos de Saúde Privados Brasileiros**. Disponível em: <http://www.fio.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=163>. Acesso em: 23 dez. 2011.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **A origem do dinheiro**.. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ORIGEMOEDA>>. Acesso em: 3 out. 2010.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.778, 20 ago.2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>>. Acesso em: 07 set. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Cajur**, Teresina, a. 1, n. 6, 28 out. 2005. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>. Acesso em: 19 mar.2010.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 19 mar. 2010 .

BOAS FILHO, Orlando Villas. **O problema da constitucionalização simbólica**. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2010

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42.

BRANDÃO, Cláudia; COSTA, Lais. **Critérios para análise de investimentos em saúde**. Distrito Federal:Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934.195 p.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1981

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005

BRASIL. Ministério da Saúde. Centro Cultural da Saúde. **Revista da Vacina**. Disponível em: <<http://www.ccs.saude.gov.br/revolta/revolta2.html>>. Acesso em: 22/12/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Entendendo o SUS**. 2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BREGUNCI, Thiago Henrique Barouch. **A política de financiamento e gasto público na educação básica brasileira**. 2009. 230 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte

CAMINHA (1500) **A Carta, de Pero Vaz de Caminha**. Carta a El Rei D. Manuel, Dominus: São Paulo, 1963. Disponível em: <http://www.interacaovirtual.com/books/a_carta.pdf>. Acesso em: 07 set. 2010.

CAMPOS, Heber Carlos de. O Pluralismo do Pós-Modernismo. **Fides Reformata**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 5-28, 1997

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, n. 3, p.476, maio 1999.

CARVALHO, Gilson. **O Financiamento Federal da Saúde**. Disponível em: <http://www.conasems.org.br/files/EC29_ESTADO_ARTE_gilson.pdf>.

CLARK, Giovani. **O mito da regulação e a sua pandemia**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23728/o-mito-da-regulacao-e-a-sua-pandemia>>. Acesso em: 07 dez. 2009.

CLARK, Giovani. **O Município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado: a regulação e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista Lusíada -Economia & Empresa**. Lisboa, n^o 9, p.9-30, 2009.

CLARK, Giovani. Os aumentos abusivos dos serviços públicos privatizados. **Jus Naviganti**, Teresina, ano 8, n.72, 13 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4310/os-aumentos-abusivos-das-tarifas-dos-servicos-publicos-privatizados>>. Acesso em: 01 out. 2010.

CLARK, Giovani. Política Econômica e Estado. **Estudos Avançados**, v.22, n.62, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142008000100014&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 out. 2010.

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. Do Direito ao desenvolvimento. **Jus Naviganti**, Teresina, ano 9, n.521, 10 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6038&p=2>>. Acesso em: 24 set. 2008.

CONSTITUCIONALISMO: Histórico e ciclos constitucionais. Pontos do MPF: Grupo I - Direito Constitucional E Direitos Humanos. 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://pontosdompf.forumeiros.com/t2-constitucionalismo-historico-e-ciclos-constitucionais>>. Acesso em: 26. dez. 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Discurso Científico na Modernidade: O conceito de paradigma é aplicável ao Direito?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 79-123.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Ed. Método. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução: Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, [200-?].

EPICURO. **Pensamentos.** 2^a.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Coleção A obra prima de cada autor).

ESTUDO mostra que investimentos em saúde no país são os mesmos de 15 anos atrás. **No minuto.com**, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.nominuto.com/noticias/brasil/estudo-mostra-que-investimentos-em-saude-no-pais-sao-os-mesmos-de-15-anos-atras/13202/>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder** : formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DE ODONTOLOGIA. **Planos de Saúde.** Disponível em: <http://www.fio.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=163>. Acesso em: 29 ago. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. **A evolução do direito constitucional.** Letras Jurídicas, 06/2010. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.blogspot.com/2010/06/do-constitucionalismo-ao.html>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Aulas de teoria do estado** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Fundamentos do direito. **Revista Jurídica Lemi**, Rio de Janeiro, n^o. 13, ano 11, p. 131, out. 1978

FONSECA, Marco Adriano Ramos. **Uma análise de sua evolução histórico-legislativa e das inovações decorrentes do Decreto nº 5.450/2005**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8531>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

FRANÇA, Leonel, padre. **Noções de história da filosofia**. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão**. 1789.

FREITAS, Douglas Beckhauser. E-procurement governamental e o fim das antigas formas de licitações: A licitação eletrônica como meio de transparência, agilidade e redução de gastos nas aquisições governamentais. **Jus Naviganti**, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9189/e-procurement-governamental-e-o-fim-das-antigas-formas-de-licitacoes>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

FUNDAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO ECONÔMICO. **Novo dicionário de direito econômico**. Coordenação desta atualização: Floriano de Lima Nascimento, Giovani Clark: organização: Ricardo Antônio Lucas Camargo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. A hora de brilhar: direitos fundamentais na trilha da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 263-276.

GANDIN, João Agnaldo Donizeti, BARIONE, Samantha Ferreira, SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. **Jus Vigilantibus**, 19 de março de 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32344>>. Acesso em: 6 mar. 2011.

GASPARETTO JÚNIOR, Antônio. **As causas do golpe militar de 1964**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/causas-do-golpe-militar-de-1964>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

GIORDANO, Carolina Celestino. As concepções médicas do século XVIII a a atuação da Administração sobre a higiene pública nas cidades no início do século XIX. **Cadernos PPG-AU/UFBA**, v. 7, n. 1, p.31-44, 2008. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/ppgau/article/viewFile/3555/2619>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

GONTIJO, Luis Carlos, Pluralismo existente no âmbito da democracia brasileira. **Jus Naviganti**, Teresina, ano 15, n. 2416, 11 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14339>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo. Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUTSCHOW, Bruno Alexandre. A reserva do possível: breve apanhado. **Clubjus**, Brasília, 9.abr. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.17103>>. Acesso em: 6 mar. 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOFFE, Otfried. **O que é a Justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Ed. PUC Rio Grande do Sul, 2003.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Trad. Waltensir Dutra. Guanabara: Editora Rio de Janeiro, 1986. 313 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: um Panorama da Saúde no Brasil: acesso e utilização dos serviços, condições de saúde e fatores de risco e proteção à saúde em 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/panorama_saude_brasil_2003_2008/PNAD_2008_saude.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2011.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. **Consultor Jurídico**, 2 mar. 2007 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 20 mar. 2010

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução à problemática científica do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre. Ed. Sergio Antonio Fabris. 2002.

KRONEMBERGER, Thais Soares, MALTA, Márcio. **Considerações sobre a questão do estado em Maquiavel e em Hobbes**. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/39/maltakronemberger_39.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2011.

LÉPORE, Paulo Eduardo. **A função social da propriedade**. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_14.pdf>. Acesso em: 7 set. 2010.

LIMA, George Marmelstein. A teoria dos direitos fundamentais. In: LIMA, George Marmelstein. **Direitos Fundamentais: Retrospectiva 2007 – Perspectivas 2008**. Cap. 1. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/01/14/capitulo-1-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 26 out. 2011

LUHMAN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MAIORIA das famílias vive com menos de um salário mínimo, diz IBGE: Uma em cada sete residências tem renda per capita de até 1/4 de salário mínimo **Agência Estado**, São Paulo, 30 abr. 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/maioria-das-familias-vive-com-menos-de-um-salario-minimo-diz-ibge-20110430.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MARQUES, Maria Manuel Leitão et. al., **Concorrência e Regulação** - A Relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial, Vol. 6, Direito Público e Regulação, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Os paradigmas do Estado de Direito**: o Estado Liberal, o Estado Social (Socialista) e o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc>>. Acesso em: 01 out. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29; ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, E.V. **Os grandes dilemas do SUS**. Salvador: Casa de Qualidade, 2001 (Saúde Coletiva, n, 04, Tomo 1).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède ET de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc; tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. **Interface**, Natal, v. 1, n. 1, p. 11-24, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24954200/1-Do-Estado-Liberal-Para-o-Neoliberal>>. Acesso em: 01 out. 2010.

PODER público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o plenário do STF. Notícias STF, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, n. 3, dez. 1997. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1712-1778. **Do contrato social**: ensaio sobre a origem das línguas: discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Lourdes Santos Machado. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito da Saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

SILVA, Davi José de Souza da, e FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. A Moralidade Política na prática judicial em Dworkin. Trabalho apresentado ao XVI Congresso Nacional do CONPEDI, grupo de trabalho Filosofia e Teoria do Direito. Belo Horizonte, nov. 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA, Luciana et al. **Incentivos em Consórcios Intermunicipais de Saúde**: Uma abordagem de teoria dos contratos. Brasília: Universidade de Brasília. Departamento de Economia, 2002.(Série Textos para Discussão. Texto nº 246).

VIEGAS, Weverson. A soberania do discurso político. **Jus Naviganti**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4098/a-soberania-do-discurso-juridico>>. Acesso em: 7 set. 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.