

O Direito à Saúde e o Papel do Judiciário para a Sua Efetividade no Brasil

Darcísio Corrêa¹

Cristiane Quadrado Massafra²

Resumo

Considerando a evolução dos direitos de cidadania no mundo e no Brasil, procurou-se situar o direito à saúde como um direito fundamental, constitucional, que se vincula de uma forma mais ampla ao acesso à justiça. Trata-se do acesso à justiça não somente como acesso aos tribunais, de qualquer sorte indispensável, mas como acesso a uma sociedade justa. Defende-se que a conquista ativa da efetividade dos direitos fundamentais por parte dos cidadãos possa se dar, embora dependa também de outros fatores, a partir do papel transformador do Poder Judiciário, como parte de um Estado democrático-participativo. Para tanto, acredita-se ser necessária a implementação de mudanças no Poder Judiciário e de ajustes no Direito Processual, adequando-o às novas conquistas sociais, tornando-o mais democrático, participativo e consentâneo à concretização do direito substancial.

Palavras-chave: Cidadania, direito à saúde, acesso à Justiça, Poder Judiciário, Direito Processual Civil, Estado democrático-participativo.

Abstract

Considering the evolution of the citizenship rights in the world and in Brazil, it has been tried to conceive the right to the health as a fundamental, constitutional right, linked in a wider way to the access to justice. It is the access to justice not only as indispensable access to the tribunals, but as access to a just society. It is defended that the active conquest of the effectiveness of the fundamental rights on the part of the citizens can be given, although it also depends on other factors, starting from the active role of the Judiciary Power, as part of a democratic-participative State. Taking these facts into account, it is believed to be necessary the implementation of changes in the Judiciary Power and of fittings in the processual right, adapting it to the new social conquests, turning it more democratic, participative and coherent with the materialization of the substantial right.

Keywords: Citizenship, right to the health, access to Justice, Judiciary Power, Civil Processual Right, democratic-participative State.

¹ Professor do Departamento de Estudos Jurídicos da Unijui, Doutor em Direito do Estado pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina –, Coordenador geral do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania (dcorrea@unijui.tche.br).

² Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania da Unijui, Especialista em Direito Processual Civil pelo Departamento de Estudos Jurídicos da Unijui (massafra@unijui.tche.br).

INTRODUÇÃO

Dentro do projeto maior de uma pesquisa voltada à questão da cidadania brasileira, o presente texto tem por objetivo focalizar o papel do Judiciário no que diz respeito à efetividade do direito à saúde no Brasil. Como contraponto ao senso comum, segundo o qual a saúde é entendida apenas como a ausência de doenças, utilizou-se, nesta pesquisa, um conceito mais amplo, ao privilegiar a análise do direito à saúde como um processo, constantemente retomado, de construção da cidadania, tendo como referência central a qualidade de vida dos cidadãos, processo no qual assume sempre maior relevância a atuação do Poder Judiciário.

Primeiramente o texto analisa o direito à saúde como um direito fundamental, a partir da evolução da noção de cidadania moderna e dos direitos humanos no âmbito mundial. Privilegia-se uma abordagem histórica, de forma a demonstrar que a cidadania é uma questão política, inacabada, cuja construção depende das conquistas sociais e das circunstâncias que a contextualizam.

Num segundo momento a análise volta-se à questão do direito à saúde no Brasil, mostrando que sua evolução, bem como a dos demais direitos sociais, esteve mais vinculada a práticas paternalistas e a circunstâncias políticas não-democráticas. Nesse contexto insere-se o papel do Poder Judiciário como fator necessário, embora não suficiente, para a efetivação do direito à saúde num Estado democrático-participativo.

Trata-se de vincular o direito à saúde aos canais jurídicos que lhe conferem operacionalidade enquanto acesso à justiça, visto como acesso aos tribunais, mas, sobretudo, como acesso aos espaços públicos de uma vida digna numa sociedade que se constitua eticamente como justa. Surge, com isso, a Jurisdição como elemento de inclusão e de participação social, a exigir aperfeiçoamento constante e significativas mudanças no *modus agendi* dos operadores jurídicos em geral, tendo como norte a justiça social e, como meio específico, uma hermenêutica voltada à

concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, em substituição a formalismos que, muitas vezes, sobrepõem-se aos reais interesses dos excluídos da cidadania.

Cidadania e Direitos Fundamentais

Para uma adequada conceituação de cidadania faz-se necessária uma abordagem histórica que a contextualize. Antes de constituir-se na história um fundamento teórico enfatizando a primazia dos indivíduos sobre as instituições políticas, concepção que possibilitou, na época moderna, a emergência do discurso dos direitos do homem, prevalecia o discurso do dever, numa organização social reconhecidamente estratificada e excludente.

Para Bobbio (1992), a figura deôntica originária no mundo moral é o dever e não o direito, tendo o poder político no Príncipe seu *ethos* fundante. O indivíduo, nestas circunstâncias, é considerado um objeto do poder, ou, na melhor das hipóteses, um sujeito passivo. À época da mitologia grega, por volta dos séculos VII e VI a.C., a cidadania, entendida como a qualidade de participar de uma comunidade política e de nela construir espaços comuns de vida digna, era substituída por “um fatalismo atrelado aos espíritos superiores, dos quais as forças políticas dominantes se confessavam intérpretes” (Corrêa, 2002, p. 36).

Uma concepção excludente e discriminatória de cidadania perdeu nas teses da Antiguidade clássica, com destaque para Platão e Aristóteles. Tanto a platônica abstração do mundo das idéias quanto a teoria aristotélica alicerçada numa causa final, segundo a qual a sorte dos destinos humanos vinha determinada pela natureza física e social, prestavam-se ideologicamente para a demarcação das diferenças sociais, legitimando o modo de produção escravista como um dado posto pela fatalidade natural. Democracia e cidadania, sim, mas sob o controle dos reis-filósofos ou da aristocracia dominante. Aliás, o medieval marco teórico

da escolástica apenas atualizou, sob uma roupagem religiosa, a matriz excludente de uma *polis* elitizada, reservada aos senhores feudais e a uma hierarquia eclesiástica auto-instituída como a única e autêntica intérprete dos desígnios divinos. Trata-se de uma cidadania regulada por dogmas religiosos ao invés de sustentada pela conquista de direitos a partir da própria condição humana (Corrêa, 2002).

A transição paradigmática da qual exsurgiu uma nova concepção de sociedade, não mais sustentada numa desigualdade posta como natural pelos sistemas sociais pré-modernos, deu-se no bojo das idéias iluministas, cujo arcabouço jurídico-político assumiu as formas do contratualismo dos séculos XVII e XVIII. Contra a dominação das maiorias populares pelas elites da aristocracia até então reinante ergueu-se o brado da igualdade formal dos indivíduos, postos como anteriores e superiores às próprias instituições políticas. Paulatinamente foram sendo consolidados os fundamentos do Estado-nação moderno. O voluntarismo e o subjetivismo foram as novas premissas fundantes do contrato social, em substituição aos pressupostos cosmológico-naturalistas do modelo aristotélico, nitidamente organicista.

A partir da instituição de um Estado de Direito legitimado pelo consenso de indivíduos considerados livres e iguais, criaram-se as condições históricas para um discurso que passa a enfatizar os direitos em oposição ao absolutismo dos deveres. O emergente sistema capitalista sustentou os institutos jurídico-políticos de que necessitava para a implantação de uma economia de mercado nos pilares do liberalismo individualista. Figuras como sujeito de direito, autonomia de vontade, igualdade formal perante a lei e contrato tornaram-se indispensáveis para que os sujeitos econômicos pudessem transformar-se juridicamente em proprietários privados de mercadorias.

Por outro lado, apesar dessa apropriação capitalista dos valores humanistas da modernidade, não se pode negar a relevância de um discurso que permite a universalização dos direitos de cidadania no campo

das relações de poder. Segundo Bobbio, “é com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. [...] No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos” (1992, p. 61).

A cidadania moderna caracteriza-se, assim, por uma igualdade fundamental atribuída aos seres humanos enquanto participantes de uma comunidade política. Nas palavras de Marshall, “a cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*” (1967, p. 76).

A igualdade formal garantida em lei, no entanto, esbarra, em termos de sua materialização, nas contradições do sistema capitalista, o que faz com que a construção dos espaços públicos de cidadania caracterize um processo conflitivo, pelo embate das forças de classe e dos demais poderes sociais organizados. No contexto dos antagonismos do sistema, cidadania significa acesso igualitário aos espaços públicos, vistos como condições efetivas de solidariedade humana, o que deve ser construído pela comunidade política num sistema de flagrantes desigualdades materiais. Nesse contexto de exclusão estruturalmente constituída pela liberdade de mercado cabe aos movimentos sociais balizar sempre novos marcos na luta pela dignidade humana. Direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, bem como direitos coletivos de solidariedade constituem alternâncias históricas no processo de efetivação da cidadania.

Gera estranheza o fato de que, ao longo dos séculos XVIII e XIX, os direitos fundamentais, também denominados liberdades públicas constitucionalmente reconhecidas, não incluíam a cidadania econômica, ou seja, direitos ligados à questão das relações materiais de existência. As promessas da racionalidade moderna, embutidas na regulação jurídica das relações sociais e apropriadas de forma excludente pelas classes

politicamente dominantes no Estado liberal-burguês, apenas no início do século XX, a partir do keynesiano Estado-providência, alcançaram *status* constitucional, institucionalizando os conflitos decorrentes da relação capital-trabalho.

Essa passagem de um Estado mínimo, alheio às intempéries do mercado e exclusivamente preocupado com a preservação da *pax* burguesa, para um Estado intervencionista assumindo novas responsabilidades sociais, deu-se, por um lado, como mecanismo de reconstrução ideológica das próprias condições de sobrevivência do sistema. Por outro, resultou da crescente pressão dos movimentos reivindicatórios e revolucionários das classes trabalhadoras, motivadas pelos ideais socialistas emergentes à época. Concessões burguesas e conquistas dos trabalhadores teceram a dialética dos novos direitos de cidadania no século XX.

De qualquer forma, mesmo que as concessões sociais tenham sido tendencialmente periféricas e não comprometedoras do sistema capitalista, houve um grande avanço do Estado de Bem-estar com as idéias keynesianas de pleno emprego nos “anos dourados”, posteriores à Segunda Guerra Mundial, porque havia um contexto político e econômico favorável para tal. Do ponto de vista econômico, havia o interesse da classe capitalista em oferecer concessões, devido à implantação do sistema fordista de produção, que, conforme Gounet (2002), aumentou consideravelmente a oferta de trabalho e precisava oferecer vantagens aos trabalhadores para que se submetessem ao intenso ritmo exigido nas esteiras de produção fordistas. Já do ponto de vista político, conceder benefícios aos trabalhadores era uma forma de fazer frente ao alastramento do socialismo.

Destaque-se que os direitos sociais, entre os quais consta o direito à saúde, são menos suscetíveis de aplicação imediata, uma vez que a luta pela igualdade fundamental esbarra na lógica da acumulação capitalista. A crise do Estado capitalista contemporâneo reside justamente no fato de lhe ser conferido o papel de intervir nas relações sociais apenas de

forma parcial ou superficial, a fim de amenizar os conflitos e não para transformá-los em sua essência. Mantém, dessa forma, as condições funcionais da economia capitalista, sem lhe ser permitido assumir o comando da mesma.

Para Santos, “[...] as infinitas promessas e possibilidades de libertação individual e coletiva contidas na modernidade ocidental foram drasticamente reduzidas no momento em que a trajetória da modernidade se enredou no desenvolvimento do capitalismo” (2000, p. 181). A humanidade vive, por isso, na contingência de uma crise de paradigmas dos ideais da modernidade entre o fenômeno da globalização e do enfraquecimento do poder dos Estados-nação contemporâneos. A atual fase de transição paradigmática traz consigo, portanto, o grande desafio de se buscar uma redefinição de sua função social.

O Direito à Saúde como Direito Fundamental³ no Brasil

Com a substituição do Estado liberal-individualista pelo intervencionismo do Estado de Bem-estar, a saúde passou a ser vista numa dimensão mais preventiva, ou promotora, do que curativa, conforme expresso no preâmbulo da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, em 26 de julho de 1946: a saúde vista não apenas como simples ausência de doenças, mas como um completo bem-estar físico, mental e social, conceito este só introduzido no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

³ Há autores que diferenciam o significado das expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, reservando a estes últimos o *status* de positivação constitucional. Para nós essa diferenciação semântica não tem relevância teórica, uma vez que diversos direitos constitucionalmente afirmados têm caráter apenas programático (exigências éticas) e, por outro lado, desde que se reconheçam os direitos humanos como históricos, não tem sentido afirmá-los como direitos não-constitucionalizados.

A *qualidade de vida* passa a ser o critério de avaliação das sociedades ou regimes políticos, mais ou menos democráticos, pois a universalização da cidadania exige, como padrão ético-político, uma vida digna para todos os cidadãos. Esse critério confunde-se, sintomaticamente, com o conceito de saúde, aqui ressignificado como *promoção* das condições básicas de bem-estar e de qualidade de vida, extensíveis a todos os cidadãos.

O direito à saúde integra, portanto, o conceito de qualidade de vida, vinculando-se estreitamente aos direitos à paz, ao desenvolvimento e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enfim, às condições básicas do bem-estar humano, incluindo variáveis educativas, culturais e psicológico-sociais. Exemplificando, Amartya Sen percebe o desenvolvimento como “expansão de liberdades substantivas”:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais (2000, p. 18).

Já Kliksberg aborda a mesma questão com dados estatísticos:

Quase 60% das mortes dos 20% mais pobres da população mundial são causadas por doenças transmissíveis, pela desnutrição e pela mortalidade materna e perinatal. Essa cifra poderia ser reduzida se os pobres tivessem acesso à saúde preventiva e curativa e a uma nutrição adequada. Nos 20% mais ricos da população mundial, estas causas de morte apenas geram 8% das mortes, a maioria delas decorrem de doenças não-transmissíveis (cardíacas, câncer e outras) [...] Quase a metade das crianças que morrem em países pobres, morrem devido à diarreia e doenças respiratórias, exacerbadas pela poluição (2001, p. 74).

Apesar de alguns avanços obtidos com as Constituições do Império e da República, e em virtude da ausência de movimentos sociais significativos, a cidadania brasileira foi profundamente limitada pela dominação das oligarquias, de caráter paternalista e autoritário⁴. Os direitos sociais, introduzidos na era Vargas a partir da década de 30, foram outorgados de forma antidemocrática, com o claro intuito de bloquear as reivindicações sociais mediante a adoção de “medidas populistas, pelas quais o Estado se apresentava como pai, como tutor da sociedade, provendo o que julgava ser indispensável ao cidadão” (Bertolli Filho, 2000, p. 30). Uma relativa cidadania econômica foi concedida, mas à custa da supressão dos direitos políticos e da fragilização dos direitos civis, até então reconhecidos. Instaurou-se, pois, a cidadania tutelada, regulada de forma excludente em favor apenas das profissões reconhecidas pela lei. O controle da vida sindical é um dos principais exemplos do caráter desmobilizador e despolitizador das políticas de governo da época, embora não se possa negar que “o período de 1930 a 1945 foi a era dos direitos sociais. Nele foi implantado o grosso da legislação trabalhista e

⁴ O termo “paciente”, atribuído aos indivíduos a quem eram prestados serviços de saúde, insere-se possivelmente nessa história do assistencialismo e do paternalismo, que implica a passividade e a resignação dos cidadãos ao precário atendimento. O direito à saúde, nestas circunstâncias, utilizado muitas vezes com fins eleitoreiros pela classe política, é tido como uma *benesse* concedida pelo poder público aos cidadãos, que não figuram como legítimos portadores de um direito social.

previdenciária. O que veio depois foi aperfeiçoamento, racionalização e extensão da legislação a número maior de trabalhadores” (Carvalho, 2002, p. 123-124).

Os períodos subseqüentes oscilaram entre regimes liberais, de cunho conservador, e regimes autoritários, com destaque para o Golpe Militar de 1964, com a supressão dos direitos civis e políticos e um combate sem tréguas aos movimentos sociais que lutavam por reformas de base. Apesar do crescimento acelerado, conhecido como “milagre econômico”, vinculado à entrada do capital estrangeiro no país e à modernização da estrutura produtiva nacional, acentuou-se a distância entre a parcela privilegiada da população e a grande maioria, inviabilizando, pela descontinuidade democrática, a universalização do acesso pleno ao direito de cidadania (Pochmann, 1995, p. 18). Segundo Luca, “os dados a respeito da saúde, mortalidade infantil, educação, infra-estrutura urbana, habitação e distribuição de renda indicam que, apesar dos índices favoráveis do Produto Interno Bruto (aumento médio de 10% entre 1968 e 1973), aprofundou-se ainda mais a desigualdade social e a concentração de riqueza no país” (2003, p. 484).

Estranhamente, a ordem de surgimento dos direitos de cidadania, descrita por Marshall, foi invertida no Brasil. Nas palavras de Carvalho,

[...] aqui vieram primeiro os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular [...] Na seqüência inglesa, havia uma lógica que reforçava a convicção democrática. As liberdades civis vieram primeiro, garantidas por um Judiciário cada vez mais independente do Executivo. Com base no exercício das liberdades, expandiram-se os direitos políticos consolidados pelos partidos e pelo Legislativo. Finalmente, pela ação dos partidos e do Congresso, votaram-se os direitos sociais, postos em prática pelo Executivo (2002, p. 219-220).

Ao se analisar a trajetória do direito à saúde no Brasil percebe-se que ele nasceu vinculado aos demais direitos de seguridade social, existindo de forma autônoma como direito fundamental constitucional apenas a partir do advento da Constituição Federal de 1988 (Pilau Sobrinho, 2003). Com o Estado social de Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 preocupou-se apenas com a assistência médica e sanitária dos trabalhadores, ao passo que a Constituição do Estado Novo (1937) mostrava-se omissa quanto ao direito à saúde.

Já o texto constitucional de 1967 estabeleceu a competência da União para a execução dos planos nacionais de saúde e de educação, bem como dos planos regionais de desenvolvimento, sendo que a Emenda Constitucional de 1969 determinou que nenhum serviço de assistência ou benefício compreendido na Previdência Social seria criado, majorado ou estendido sem a respectiva fonte de custeio. Significa dizer que nenhum texto constitucional tratou o direito à saúde como integrante do pacto social antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Cohn (2002) acena para a tensão existente entre a saúde pública, mais voltada às ações de caráter coletivo de prevenção, e a assistência médica individual, no início filantrópica, passando depois a previdenciária e, por último, prestada pela rede pública. É o confronto entre os enfoques preventivo e curativo. Instituiu-se uma divisão de responsabilidades no que tange ao direito à saúde do brasileiro: ao Estado ficaram reservadas as medidas coletivas, especialmente o controle das endemias, pelo fato de estas poderem configurar um obstáculo às atividades econômicas agroexportadoras, ao passo que a assistência médica individual ficou a cargo do seguro social, financiado pelo sistema contributivo. Daí a concepção de saúde que se tornou arraigada no país, não como um direito do cidadão e dever do Estado, mas como uma assistência médica pertinente à esfera privada e à qual se tem acesso somente pela contribuição.

A dicotomia entre a atenção médica curativa e medidas de caráter preventivo é referendada e aprofundada pela Lei 6.229/75, a qual estabeleceu a separação entre o serviço médico individual, a partir daí prestado também pelo Ministério da Saúde, e aquele a cargo da Previdência Social, que comprava os serviços privados e foi o grande responsável pelo aporte financeiro que possibilitou o crescimento e a capitalização do setor privado de saúde, num evidente processo de privatização da esfera pública, com o conseqüente sucateamento da rede pública.

Outra divisão agravou o acesso à saúde no Brasil quando o Ministério da Previdência e Assistência Social foi encarregado do atendimento à população diferenciada, inserida no mercado de trabalho, prestando a assistência médica como um direito contratual, compulsório e contributivo, enquanto o Ministério da Saúde prestava uma assistência médica pública e filantrópica, destinada aos carentes e excluídos do setor formal da economia. Como conseqüência, as políticas de saúde no Brasil, concebidas e implementadas de forma fortemente centralizada pelo Executivo, sempre refletiram um acesso desigual e estigmatizante aos serviços de saúde.

Como decorrência do processo de privatização da esfera pública da saúde, passou a prevalecer a lógica do lucro e da capitalização dos investimentos no setor, com a distribuição desigual dos equipamentos nas diferentes regiões brasileiras e um modelo de alta densidade tecnológica, reservando ao setor público os atos mais complexos, de maior custo e menor rentabilidade e que, por isso, não interessam ao setor privado.

Na mesma linha situa-se a análise de Luca (2003) ao comentar que a centralização dos serviços de saúde durante a ditadura militar, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), embora houvesse representado um avanço em termos de cidadania, uniformizando o atendimento a todas as categorias profissionais, efetivou-se com

base na contratação de hospitais privados, comprometendo a equidade no atendimento, pois garantia atendimento diferenciado aos trabalhadores de melhor padrão salarial.

Coube à Constituição Federal de 1988 valorizar, com maior abrangência, o direito à saúde como um dos mais importantes direitos sociais, previsto no *caput* do art. 5º e enfaticamente reafirmado no art. 196: “A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Essa disposição constitucional de universalização do atendimento à saúde, no entanto, não exclui a possibilidade da assistência de saúde por parte da iniciativa privada, que se encontra regulamentada pelas Leis 8.080/90, 8.653/93 e 9.434/97, além da criação do Sistema Único de Saúde.

Em razão dessa privatização de serviços públicos essenciais, o Relatório “A Saúde no Brasil”, da Representação da Opas/OMS⁵, evidencia o contraste entre a maioria dos brasileiros (cerca de 75% da população), carentes de recursos, que dependem dos serviços públicos, e uma minoria privilegiada, com possibilidade de acesso ao atendimento privado e às tecnologias sofisticadas nesta área. Esse descompasso entre a previsão constitucional de acesso, formal e generalizado, à saúde como um direito fundamental, e a desigualdade material decorrente das desigualdades estruturais do sistema desnuda, de forma acintosa, os déficits de cidadania das maiorias pobres, desprovidas das mínimas condições sanitárias e ambientais, indispensáveis para a redução dos altos índices de mortalidade infantil que atormentam a América Latina. Nesse processo de construção de espaços dignos de vida tornados comuns, até que ponto somos de fato um Estado Democrático de Direito, em que a saúde

⁵ A SAÚDE NO BRASIL. Organização Pan-Americana de Saúde. Opas/OMS – Escritório de Representação no Brasil. Novembro/1998. 48 p. Disponível em: <<http://www.opas.org.br>>. Acesso em: 03 nov. 2001.

é prescrita como direito fundamental constitucional? A interrogação remete à questão do papel do Poder Judiciário no processo de efetivação do acesso à justiça, mais especificamente, do compromisso social das instâncias judiciárias no concernente à efetivação do direito à saúde, que passaremos a analisar.

A Função do Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde no Brasil

A função do Poder Judiciário, nessa tarefa, é extremamente relevante e complexa, uma vez que no Brasil o processo de efetivação, pelos órgãos jurisdicionais, dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988 depende, em regra, de fatores externos a este poder, o que dificulta sua solução, podendo-se destacar os fatores econômicos, culturais e educacionais, entre estes a formação dos próprios juristas. A questão dos custos é um dos exemplos mais claros. No caso de se proporem políticas que implementem serviços jurídicos de prevenção e aconselhamento, elas esbarram em poderosos desestímulos do governo no que se refere a investimentos sociais. À medida que cresce a consciência dos cidadãos quanto às possibilidades da concretização de seus direitos, mediante um maior acesso à informação, crescem na mesma proporção as demandas por maiores investimentos públicos, aumentando os litígios em que o Estado entra como pólo passivo das ações.

Dessa forma, o acesso a uma assistência jurídica e a uma prestação jurisdicional que efetivamente garantisse a concretização dos direitos fundamentais constitucionais da sociedade em sua amplitude, colocaria o Estado em xeque quanto ao desempenho de suas atuais funções em relação a esses direitos, pois aumentaria consideravelmente os custos, não só os relativos à prestação jurisdicional ampliada, mas também aqueles associados ao investimento social a que seria obrigado, agravando a já excessiva demanda por acesso ao Judiciário.

Embora a solução para os problemas sociais não possa se resumir à atuação do Judiciário e, como já mencionado, dependa da conquista de uma sociedade justa, ou do acesso à justiça em uma concepção mais ampla, não se pode desconsiderar o fato de que a jurisdição e o processo podem ser vistos como instrumentos de pressão para a atuação eficaz das demais funções estatais na concretização das políticas públicas.

A despeito da existência de um sistema jurídico a legitimar o atual Estado de Direito, o Brasil continua ocupando a 69ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano, apesar de estar entre as dez maiores economias mundiais. De forma geral, o Brasil vem negligenciando os investimentos em programas sociais, negando eficácia aos dispositivos constitucionais, razão pela qual urge uma revisão acerca dos fins do Direito, da jurisdição e dos mecanismos processuais à disposição da população. Na opinião de Paula,

ao Estado não cabe apenas um programa de ação e legislação sobre política social; cabe, sobretudo, a eficácia desses programas. Por isso, ante a falha do Poder Executivo (ausência de ação) e a falha do Poder Legislativo (ausência de legislação), resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no artigo 3º da CF (2002, p. 62).

Se a legitimidade dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo reside num processo democrático-eletivo de acesso aos cargos públicos, a legitimidade dos integrantes do Poder Judiciário, cuja investidura legal nos cargos dá-se mediante concurso público, concentra-se muito mais na efetiva realização dos fins estipulados no art. 3º da Constituição Federal. Pela mesma razão, vai perdendo consistência o pretense princípio jurídico segundo o qual o Judiciário só pode agir quando diretamente acionado por terceiros, e isso em nome da isenção processual e da independência dos Poderes. O direito de acesso à justiça, numa sociedade profundamente dilacerada por desigualdades e discriminações,

minações ilimitadas, não pode permitir que o Judiciário se dê o luxo de acomodar-se nos meandros das formalidades processuais enquanto a cidadania passa ao largo.

As condições fundamentais de vida, das quais são excluídas significativas parcelas da população brasileira, não podem ser negadas em nome da neutralidade e da inércia processuais. Cabe ao Judiciário a função precípua de zelar, de forma eficiente e dinâmica, pela constante materialização/reconstrução do pacto social constitucionalmente formulado no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Paula enfatiza que “o art. 3º da CF, é norma programática de eficácia plena visto que, por ser norma diretiva de toda a estrutura constitucional e atividade estatal no plano infra-constitucional e que envolve os três poderes, seus efeitos são efetivos à medida que passa a influenciar a atividade do Estado” (p. 59).

O referido autor defende que, no caso de mora do Poder Executivo em realizar programas sociais estabelecidos em orçamento, estaria configurada uma obrigação de fazer não adimplida, passível de execução forçada pelo Poder Judiciário, o que o autorizaria a transferir verba pública pertencente ao programa social não implementado, a fim de se fazer cumprir a obrigação e evitar danos ao direito social da coletividade. De qualquer sorte, se as políticas sociais necessárias não forem implementadas pelo Executivo, de forma suficiente ou satisfatória, ao cidadão ainda resta a possibilidade de utilizar os tradicionais instrumentos legais disponíveis para a garantia do seus direitos fundamentais.

No tocante ao direito à saúde, Schwartz (2001) cita, por exemplo, a possibilidade de buscar o Judiciário por meio do Mandado de Segurança individual ou coletivo, como no caso da garantia de acesso dos familiares ao paciente internado em instituição hospitalar fora do horário de visitas, acesso ao resultado de exames laboratoriais e dados do prontuário (caso em que também pode ser usado o *habeas data*) e fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis garantidos por lei, do *habeas corpus* quando, por exemplo, um hospital não permite a saída do paciente

com alta porque não pagou as despesas, ou do Mandado de Injunção Individual ou Coletivo quando houver falta de regulamentação legal que torne inviável o exercício do direito à saúde.

Infelizmente o instituto do Mandado de Injunção – uma das mais significativas inovações trazidas pela Constituição de 1988 – foi esvaziado, na prática, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a decisão neste tipo de ação é meramente declaratória, retirando por completo o caráter satisfativo do Mandado de Injunção, ou seja, de suprir a lacuna pela falta de regulamentação na situação concreta de implementação de algum direito fundamental do cidadão.

No que tange, mais especificamente, ao direito à saúde, este passa a ser visto cada vez mais como um direito transindividual, e Rocha (1999) adverte que, se for necessário fazer uso de qualquer ação coletiva destinada à defesa de interesses transindividuais, a demanda deverá receber o tratamento das normas processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, utilizando-se, só de forma subsidiária, os ortodoxos institutos previstos no Código de Processo Civil.

Ressalte-se que no processo de efetivação das cláusulas substantivas de nossa Constituição, aqui denominado acesso à justiça, no qual o Poder Judiciário tem papel destacado, embora não exclusivo, não se pode deixar de mencionar a importante atribuição institucional do Ministério Público como fiscal e promotor do cumprimento das leis. Talvez uma atuação menos intensa desses órgãos, funcionalmente voltados para a consecução da cidadania, deva-se ao fato, apontado por Murilo de Carvalho (2002), de que há, no Brasil, a particularidade de uma demasiada valorização do Poder Executivo pela população, devido a sua freqüente atitude paternalista em relação aos direitos sociais, o que favorece a negociação direta com o governo, enfraquecendo a mediação da representação política e dos órgãos jurisdicionais.

Aliás, grande parte do déficit brasileiro de cidadania deve-se justamente à ausência, na trajetória sociopolítica do país, de uma democracia mais participativa. Nessa direção Bonavides posiciona-se por um modelo de constitucionalismo mais democrático, mais aberto, mais legítimo, que defende, para o futuro dos países periféricos, como o

único modelo capaz de pôr cobro ao ludíbrio do poder popular, sempre objeto das alienações e descumprimento de sua vontade por outra vontade que, ocupando e dominando as Casas representativas, posto que derivadas daquela, invariavelmente o tem negado, destroçado ou atraído. Tal acontece em virtude do processo de distorção e falseamento daquela vontade desde as suas nascentes. Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral pública e apodrecem aquilo que, até agora, o *status quo* fez passar por democracia e representação (2001, p. 25-26).

Para este autor, o modelo de democracia representativa dos países da América Latina demonstra um baixíssimo grau de legitimidade participativa e assinala uma separação brutal entre o povo e as instituições de governo, numa forma de organização em que aquele, como ente político, é tomado como objeto e não como sujeito. É preciso, segundo ele, transcender a obscura noção da separação dos poderes, passando a se falar em uma separação funcional apenas, com ênfase no eixo axiológico, tomado como princípio cardinal de unidade da Constituição.

Segundo este princípio, há uma unidade de princípios e valores invioláveis na Constituição, que traduzem sua unidade espiritual e a ela conferem legitimidade. Em outras palavras, vista sob o ponto de vista material, a Constituição tem um fim que já não é tão-somente a segurança jurídica formal, mas a justiça substancial, material, uma justiça que se

distribui na sociedade de forma igualitária e “incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais” (Bonavides, 2001, p. 28), caracterizando um efetivo acesso à justiça social.

A democracia participativa, contudo, conforme Passos (1988), não pede a exclusão do sistema representativo parlamentar, nem a eliminação dos partidos políticos, mas a institucionalização de instâncias de participação mais próximas do cidadão. Com a descentralização da atividade administrativa a sociedade poderá exercer um controle mais efetivo tanto do poder político quanto do econômico, visto que o mercado também é uma atividade humana que requer controle.

Esse novo processo de valorização da cidadania participativa deruba o mito da neutralidade do juiz, graças à exigência de uma magistratura mais comprometida e socialmente controlada, com a conseqüente superação das excessivas formalidades processuais e de uma rígida e estéril separação dos poderes de Estado, historicamente construída sobre a lógica liberal-individualista do sistema de freios e contrapesos.

Não basta, portanto, a existência de instrumentos processuais disponíveis para a concretização dos direitos fundamentais elencados pela Constituição. É preciso, conforme Bonavides (2001), adotar uma nova hermenêutica, que empregue princípios interpretativos desconhecidos à hermenêutica clássica, voltados para a ponderação de valores que expressem o “espírito” uno da Constituição, como o princípio da proporcionalidade, caracterizando a adoção de um constitucionalismo de luta e resistência diante das forças globais e neoliberais que tentam corroer a liberdade, as finanças e os direitos dos povos periféricos.

A cidadania, entendida como um processo de construção de sempre novos e mais dignos espaços de vida, requer uma Constituição aberta, cujo norte seja a democracia participativa, vista como o meio mais adequado para a materialização da justiça social, especialmente em países periféricos como o Brasil. Bonavides (2001) ressalta a necessidade de um comprometimento político dos operadores jurídicos com a de-

mocracia participativa, garantindo, por meio do afazer hermenêutico, um juízo interpretativo voltado para as substanciais necessidades das partes no processo. A superação de formalismos, estereótipos e outros mecanismos de caráter ideológico está a exigir novas posturas metodológicas, calcadas muito mais no diálogo e na capacidade de ouvir do que na prepotência do julgamento. Nessa hipótese, a decantada segurança jurídica, antes exclusivamente ancorada nos formalismos processuais, passa a buscar sua consistência nos valores da cidadania.

No que tange à questão da saúde no Brasil, é esclarecedor o comentário de Couto Filho ao referir-se às recentes epidemias de dengue, vistas por ele como um verdadeiro ataque desferido contra o cidadão brasileiro:

[...] o Estado não foi prudente na preparação da defesa preventiva e vidas humanas já pagaram por esta negligência. Cogita-se aqui de sobreviver num estado de emergência, e não de se provar uma decisão de equilíbrio num conflito de interesses, visando a paz social. [...] Enquanto se vai discutir o sexo dos anjos, os cidadãos brasileiros morrerão sem cuidado, e, no Brasil, somos 36 milhões de privilegiados que gozam de planos de seguro-saúde e 134 milhões que vivem do SUS, portanto, falar em novos direitos, cidadania e justiça, direitos difusos ou sociais e não assumir suas próprias obrigações é negar a própria existência do Estado. Usar o tempo em intermináveis discussões preliminares poderá levar ao enterro do próprio debatedor, bastando que receba ele a visita de um mosquito (2002, p. 30).

O aludido aponta a necessidade de se avançar a noção de acesso à Justiça, pois os movimentos sociais evoluíram para novas formas, a exigirem que os ideais de liberdade e de igualdade sejam levados também para o plano fático da vida. Urge, pois, priorizar uma concepção social do processo, em que o mais importante já não seja a forma legal ou o estrito cumprimento da lei, mas a garantia concreta dos direitos e da dignidade humana. Trata-se de enfatizar o social e o coletivo, sobrepondo-os aos interesses meramente individualistas ou assistencialistas.

Para a objetivação desse redimensionamento são valorizados os princípios informativos do processo, em especial os da isonomia, da instrumentalidade e da efetividade, além do escopo político, cada vez mais caracterizado como instrumento de democracia participativa. O princípio formativo político, também chamado participativo, é de extrema importância, pois “aguça o caráter instrumental do direito processual e coloca-o como elo de ligação entre a população e a satisfação de seus direitos” (Portanova, 2001, p. 31-32). Por este princípio, mediante o processo, o cidadão pode participar das decisões do Estado e realizar o seu direito. Hodiernamente, em termos de uma democracia participativa, não se concebe mais um Estado centralizador, fundamentado em concepções individualistas. Segundo o mesmo autor, trata-se de perceber o processo como instrumento de cidadania:

com o processo mais voltado para o material do que para o formal, mais preocupado com o social do que com o individual, é indispensável que o processo se volte também no sentido de abrir as portas efetivamente aos cidadãos para que afinal participem desse momento. Nessa situação, o juiz deve estar consciente da necessidade de propiciar, pelo menos, uma certa igualização das partes (p. 34).

Com base no tradicional princípio jurídico da isonomia ou da paridade, pode-se afirmar que não basta a igualdade formal perante a lei, é preciso a igualdade material perante o Direito, ou seja, condições concretas de cumprimento de deveres e exercício de direitos, motivo pelo qual “o processo civil tem pautado sua orientação no sentido de ser instrumento igualizador do debate judiciário na busca do atendimento do direito substancial, que é a sua finalidade última” (p. 40).

Nery Júnior (2000) questiona, contudo, a eficácia do princípio da isonomia a partir do próprio processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com certeza pouco democrático. Efetivamente, embora haja a indicação dos nomes pelo Executivo, a aprovação da escolha é prerrogativa do Senado, conforme prevê o parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal.

É difícil, convenhamos, encontrar uma razão lógica e, mesmo, democrática nesse dispositivo constitucional. Por que aos senadores, representantes dos Estados e do Distrito Federal, e não aos deputados federais, legitimados como representantes do povo, a atribuição de tal incumbência? Ademais, verifica-se a total ausência de participação direta da sociedade civil neste processo, além do fato de que os critérios de notável saber jurídico e reputação ilibada, exigidos pela Constituição Federal como requisitos para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, são vagos e subjetivos, desconhecendo-se a forma como são aferidos.

Nessas condições torna-se fragilizada a eficácia do processo enquanto instrumento democrático-participativo da cidadania. Exemplificando: se o Executivo não implementa as políticas de saúde, a que está obrigado pela Constituição, e se o Supremo Tribunal Federal, cujos membros são nomeados pelo próprio Presidente da República, tendencialmente não decide contra os interesses do Poder Executivo, o cidadão fica à mercê de arranjos jurídico-políticos que podem comprometer a garantia de seus direitos no contexto das contradições criadas pela produção capitalista.

O processo deve estar apto a possibilitar a proteção dos cidadãos no duro jogo do mercado, especialmente nos casos concretos relacionados ao direito à saúde, quando a fragilidade humana está mais visível. Com efeito, as enormes somas de investimentos privados destinadas à saúde parecem indicar que esta é de fato uma atividade rentável e de grande interesse econômico, pois, apesar dos altos valores envolvidos, atende a uma diminuta parcela da população, conforme se conclui dos dados retirados do Relatório “A Saúde no Brasil”, da Representação da Opas/OMS, sobre a aquisição de insumos para a saúde, como os medicamentos:

o Brasil está entre os dez maiores mercados consumidores de medicamentos, com uma participação da ordem de 1,5% a 2,0% do volume mundial. O faturamento bruto do mercado interno foi de 9,7

bilhões de dólares em 1995, representando crescimento de 15% sobre o ano anterior. A indústria farmacêutica gerou 47.100 empregos diretos em 1996, com investimentos globais de 200 milhões de dólares no mesmo ano. Esse setor é constituído por cerca de 480 empresas, entre produtores de medicamentos, indústrias químiofarmacêuticas e importadores. Há aproximadamente 45 mil farmácias e 5.200 produtos, com 9.200 apresentações. O estrato da população brasileira com renda superior a dez salários mínimos, que representa 15% do total, gera 48% do gasto em medicamentos, com o consumo médio anual de 193 dólares per capita. O estrato com renda entre 4 a 10 salários mínimos corresponde a 34% da população e gera 36% do gasto, com o consumo médio anual de 64 dólares per capita. Os 51% restantes da população, que possuem renda entre 0 e 4 salários mínimos, geram 16% do gasto e consomem, em média anual, 19 dólares per capita (1998, p. 42-43).

São muitos, portanto, os motivos que tornam a questão da efetividade do direito à saúde no Brasil um problema dos mais complexos. A legitimidade de uma reforma do Judiciário reside justamente nesta busca por um maior acesso à Justiça, embora, para muitos, tal reforma deva visar primeiramente à agilização das demandas do grande capital transnacional. É preciso ter consciência de que direitos fundamentais, como os da vida e da saúde, quando sonogados ou mesmo negados, não conseguem ser reparados posteriormente.

Não obstante a tese de inclusão social por meio de uma ação efetiva do Poder Judiciário e de mudanças no processo civil, no caso da defesa dos direitos transindividuais, entre eles o da saúde, é preciso atentar para o fato de que a efetividade somente é possível quando os ideais da justiça social forem assimilados pela sociedade como um todo. Sendo assim, a concretização do direito à saúde não depende unicamente do Judiciário, mas, também, da vontade política, do estabelecimento de um modelo de desenvolvimento que privilegie o bem-estar humano ao invés do capital, dos investimentos que garantam o respeito à Constituição e tornem realidade os direitos fundamentais nela insculpidos. A luta pelo

acesso a uma sociedade mais justa mediante a ampliação do acesso à justiça dos tribunais constitui-se, contudo, significativo meio de pressão democrática para que as políticas necessárias sejam implementadas.

Por fim, se, enquanto direito fundamental, tomarmos o conceito de saúde como qualidade de vida, perceberemos que esse direito, por indispensável para o bem-estar, além de importante fim social, passa a ser também um meio para a construção de uma sociedade mais justa.

Conclusão

O direito à saúde, se considerada a longa trajetória histórica da humanidade, é um direito recém-nascido, que ainda reclama sua efetividade. O direito à saúde, embora não tão recente no âmbito do Direito mundial, no Brasil só foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Historicamente esse importante direito de cidadania foi marcado por um percurso político e econômico peculiar, no qual foi preponderantemente entendido como uma concessão do poder público, tornando o cidadão mero receptor passivo, dificultando a tomada de consciência para a sua participação na conquista ativa de seus direitos. A efetivação do direito à saúde no Brasil depende, sem dúvida, de uma participação popular mais intensa, a partir da qual pode ser definitivamente superada a mentalidade assistencialista – para não dizer eleitoreira – ainda fortemente presente em muitos de nossos governantes.

Quanto aos órgãos públicos, é possível vislumbrar que o Poder Judiciário, embora não seja o único responsável, pode transformar-se em espaço democrático de participação, no qual o cidadão brasileiro encontre condições de viabilizar a materialização de seus direitos substanciais, com destaque para o direito à saúde, pelas suas características específicas de ser um direito tão intimamente ligado à vida. O acesso do cidadão à justiça dos tribunais é um dos meios indispensáveis para a garantia de acesso a uma sociedade mais justa. É essa a razão fundamental para uma

reformulação ética das instâncias jurisdicionais, tendo como parâmetro um Estado democrático-participativo, solidariamente construído como espaço público de todos os cidadãos.

Referências

A SAÚDE no Brasil. Organização Pan-Americana de Saúde. Opas/OMS – Escritório de Representação no Brasil. Novembro/1998. 48 p. Disponível em: <<http://www.opas.org.br>>. Acesso em: 03 nov. 2001.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COHN, Amélia et al. *A saúde como direito e como serviço*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania*. Reflexões histórico-políticas. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira. Dengue o fato jurídico. Responsabilidade Civil do Estado. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 124, p. 29-31, mar. 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo: na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 2002.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela; Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2001.

LUCA, Tânia Regina de. Direitos sociais no Brasil. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2000.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF, 2003.

POCHMANN, Márcio. *Políticas do trabalho e de garantia de renda no capitalismo em mudança*. São Paulo: LTR, 1995.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1. p. 119-188.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.