

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LUCIANO MENI GONÇALVES

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE:  
DO BIOPODER ÀS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE SAÚDE  
COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA  
DELIBERATIVA

POUSO ALEGRE

2012

LUCIANO MENI GONÇALVES

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE:  
DO BIPODER ÀS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DA  
DEMOCRACIA DELIBERATIVA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data de Aprovação \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia  
Orientador  
FDSM

---

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes  
FDSM

---

Prof. Dr. Delton Ricardo Soares Meirelles  
UFF

Pouso Alegre- MG  
2012

Dedico este trabalho a Deus, por ser a maior fonte de luz e inspiração que eu poderia ter, e aos meus pais, Aldo e Angela, por todo auxílio ao longo desta longa jornada.

*Há de chegar o dia em que, numa grande convenção, onde os destinos da humanidade estiverem em jogo, e o dinheiro e o mercado triunfarem sobre todas as 'razões', algum dos presentes chegará à brilhante conclusão de que a solução será "Amar ao próximo como a si mesmo". Ante a perplexidade de todos, ouvir-se-á o comentário: "mas, isso já foi dito por alguém!".*

Eddie Vedder

## RESUMO

MENI GONÇALVES, Luciano. O Direito Fundamental Social à Saúde: Do Biopoder às Audiências Públicas de Saúde como instrumento da Democracia Deliberativa. 2012.xxxf. Dissertação (Mestrado em Constitucionalismo e Democracia) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre. 2012.

O presente trabalho, inserido na linha de pesquisa “efetividade dos direitos fundamentais-sociais”, tem como objeto o direito social à saúde. Primeiramente, o presente estudo visa abordar o surgimento da medicina social, demonstrando a aplicação do conceito foucaultiano de biopolítica e do biopoder na Europa e no Brasil. Em um segundo momento, analisamos a legislação nacional, pactos internacionais e programas nacionais que preveem o direito social à saúde, examinando, também, as prováveis causas que impediram e ainda impedem a consolidação de um Sistema Único de Saúde que ofereça prestações médicas e farmacêuticas a todos os indivíduos que delas necessitam em prol de um mínimo existencial digno. Por fim, tendo em vista as disparidades socioculturais e até mesmo de diagnósticos clínicos nas diversas regiões do Brasil, abordamos a necessidade da participação dos cidadãos no sistema social político através das audiências públicas de saúde, utilizando como marco teórico o filósofo Jürgen Habermas em sua teoria discursiva. Deste modo, surge a possibilidade de uma análise sistêmica da saúde pública nacional, permitindo a legitimação das políticas públicas de saúde através da democracia deliberativa, afastando ou minimizando os efeitos dos mecanismos seletivos e de controle do biopoder.

Palavras-chave: Direito fundamental social à saúde. Biopoder. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Reserva do Possível. Audiências Públicas de saúde.

## ABSTRACT

MENI GONÇALVES, Luciano. The Fundamental Social Right to Health: From Biopower to the Health Public Audiences as an instrument of the Deliberative Democracy. 2012.xxxf. Dissertation (Master's Degree in Constitutionalism and Democracy) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Post-Graduation Program in Law, Pouso Alegre. 2012.

The present research, inserted into the search line “fundamental social rights effectiveness”, aims the social right to health. Firstly, it aims to approach the appearance of social medicine, demonstrating the application of Foucault’s concept of biopolitics and biopower in Europe and Brazil. After that, we analyze the national legislation, international agreements and national programs that provide the social right to health, analyzing, as well, the potential causes that prevented and still prevents the consolidation of a health system that provides medical and pharmaceutical services to all in need in favor of a decent existential minimum. Finally, considering the social and cultural disparities and even from clinical diagnosis all over Brazil, we approach the need for citizens to participate in the social and politic system through health public audiences, using as a theoretical background the philosopher Jürgen Habermas in his discursive theory. Thus, it arises the possibility of a systemic analysis of national public health, allowing the legitimacy of the health public policies through the deliberative democracy, departing or minimizing any effects of selective mechanisms and from biopower control.

Keywords: Fundamental social right to health. Biopower. Human being dignity. Existential minimum. Reserve of possible. Health Public Audiences.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	-Artigo.
CF	-Constituição Federal.
ONU	- Organização das Nações Unidas.
CAP's	- Caixas de Aposentadorias e Pensões.
CFM	- Conselho Federal de Medicina.
CNS	- Conselho Nacional de Saúde.
CRM	- Conselho Regional de Medicina.
INPS	- Instituto Nacional de Previdência Social.
CPMF	- Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira.
SUS	- Sistema Único de Saúde.
RENAME	- Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária.
IAP's	- Institutos de Aposentadoria e Pensão.
STF	- Supremo Tribunal Federal.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. O BIOPODER E O SURGIMENTO DA MEDICINA SOCIAL</b> .....	16
1.1. A Biopolítica e o Biopoder: O poder político sobre a vida .....	16
1.2. O Nascimento da Medicina Social na Europa. ....	17
<b>2. O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS</b> .....	24
2.1. O Direito à Saúde na Constituição de 1934. ....	26
2.2. O Direito à Saúde na Constituição de 1946. ....	29
2.3. O Direito à Saúde na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 .....	30
2.4. O Direito Fundamental Social à Saúde na Constituição de 1988 – A Constituição Cidadã...	32
<b>3. O DIREITO À SAÚDE NO PLANO INTERNACIONAL</b> .....	37
3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos .....	37
3.2. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais .....	39
3.3. Pacto de São José da Costa Rica.....	42
3.4. Protocolo de São Salvador.....	42
3.5. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH.....	45
<b>4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE</b> .....	47
4.1. Princípios e Diretrizes do SUS .....	47
4.2. As possíveis razões que obstam a efetivação dos princípios do SUS.....	49
4.2.1. O enfraquecimento do Movimento Sanitarista .....	50
4.2.2. O problema referente ao financiamento do SUS .....	52
4.2.3. O descaso institucional da saúde pública no Brasil .....	57
<b>5. A SAÚDE SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	63
5.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à saúde .....	63
5.2. O direito ao Mínimo Existencial de prestações de saúde .....	71
5.2.1. O Mínimo Existencial no plano infraconstitucional. ....	75
5.3. A Reserva do Possível .....	78

5.4. A jurisprudência pátria majoritária acerca do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível referente a prestações de saúde.....	80
<b>6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA PROPOSTA POR HABERMAS.....</b>	<b>86</b>
6.1. O conceito de Audiência Pública e sua previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.....	86
6.2. Audiência Pública nº 4: As conclusões oriundas da Audiência Pública de Saúde realizada no âmbito do STF .....	89
6.3. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas .....	99
6.4. A Divergência Epistemológica entre Foucault e Habermas acerca do discurso.....	104
6.5. A aplicação de Audiências Públicas em nível regional, conforme a teoria discursiva de Habermas, visando a legitimação das políticas públicas e como instrumento que atua contra os mecanismos do biopoder .....	107
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista a grande problemática social que envolve a concessão do direito a prestações de saúde no Brasil, este tema, de grande complexidade e notória importância social, será o objeto principal do presente trabalho. O objetivo geral deste estudo se limita a investigar a evolução do direito à saúde no Brasil, propondo, ao fim, meios que permitam uma democracia participativa, nos moldes propostos por Jürgen Habermas, através das audiências públicas regionais de saúde, onde o povo pode exercer efetivamente seu poder democrático de opinião, orientando as políticas públicas de saúde.

A Constituição Federal de 1988 representou um novo paradigma constitucional, rompendo com as ordens constitucionais anteriores ao garantir diversos direitos sociais não antes previstos ou não previstos de forma universal. Em seu Preâmbulo, a Constituição de 1988 manifestou a intenção de instituir um Estado Democrático, que garanta o exercício desses direitos sociais. Entretanto, por mais que o ordenamento constitucional e infraconstitucional pátrio assegure o direito à saúde como direito fundamental universal, é perceptível que, na prática, o Sistema Único de Saúde não logra êxito em atender todos os indivíduos que dele necessitam, evidenciando um lastimável cenário de padecimento público, descreditando uma garantia constitucional de eficácia plena e comprometendo a cidadania e a dignidade dos cidadãos.

A crise de legitimação das políticas públicas de saúde no Brasil é um grave fator de desestabilização democrática. Assim, ainda que o direito à saúde seja atualmente consagrado como direito fundamental social, o presente estudo pretende abordar como o Poder Público age ordinariamente com descaso em face aos cidadãos hipossuficientes, de conhecimento sanitário leigo, moradores das regiões periféricas.

No primeiro capítulo, utilizando as lições de Foucault, será abordada a biopolítica, o biopoder e o nascimento da medicina social na Europa, analisando as formas que o biopoder atuava, servindo de instrumento para o domínio e gestão da vida e da saúde dos indivíduos.

No segundo capítulo, visando analisar o histórico do direito à saúde no Brasil, levando em consideração o marco social da Constituição de 1934, será analisada a previsão desse direito nas principais Constituições a partir desta.

Com o surgimento do Estado Social, a partir da Constituição de 1934, o

Estado mudou sua feição abstencionista para uma postura intervencionista. Contudo, como será averiguado, antes da Constituição de 1988, a prestação de serviços médicos de qualidade era conferida tão somente aos trabalhadores inseridos formalmente no mercado de trabalho, discriminando o trabalhador informal e os desempregados. Desta forma, será abordado a forma que isto ocorria e como este parâmetro se alterou após anos de luta pelo movimento sanitário até a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, que gerou, como consequência, a instituição do Sistema Único de Saúde na Constituição de 1988.

Levando em consideração a pouca utilização dos diplomas internacionais pelos operadores do Direito no Brasil, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso a equivalência de emendas constitucionais, no terceiro capítulo serão estudados os mais relevantes Pactos e Declarações Internacionais que dispõem sobre o direito à saúde, justamente como defesa da normatividade destes e, pois, de sua obrigatoriedade para os poderes públicos.

Tendo em vista que não há como conciliar a democracia com injustiças sociais, também no terceiro capítulo do presente estudo será abordado o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Originado na Convenção de Viena em 1993, tendo como propósito orientar as Constituições dos Estados membros das Nações Unidas ao compromisso com os Direitos Humanos, reconhecendo o cenário de exclusão social, assumindo o compromisso com a promoção dos direitos do homem e objetivando a proteção dos excluídos e desamparados, no ano de 1996 o Brasil se tornou um dos primeiros a aderir ao projeto, encontrando-se, nos dias atuais, na terceira versão do programa.

Criado pela Constituição de 1988 após diversos anos de movimentos sociais, o Sistema Único de Saúde será abordado no quarto capítulo, apresentando as possíveis razões que obstam a efetivação de seus princípios, vertendo, como consequência, a uma saúde pública deficitária. Neste mesmo capítulo, será analisado o enfraquecimento dos movimentos sociais que lutaram em prol de uma saúde pública assegurada a todos; a problemática em relação financiamento do SUS e as críticas a Emenda Constitucional 29/2011 e o descaso institucionalizado que permeia as instituições de saúde pública. A resignação do Poder Público no que tange a prestação de serviços médicos e farmacêuticos à classe pobre e miserável, negligenciando ou prestando de forma inferior aos padrões mínimos de qualidade, demonstrando indícios de um biopoder que

remanesce na sociedade atual, atingindo a dignidade do cidadão, que se sente alijado do próprio sistema que deveria lhe socorrer quando dele necessitasse.

Desta forma, tendo em vista que a Constituição vigente prevê, no inciso III do art. 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não se pode desconsiderar que a falta de um mínimo digno de prestações de saúde atinge diretamente este fundamento e direito do homem, que se assenta como núcleo básico e orientador de todo ordenamento jurídico pátrio como princípio base e padrão de valoração que orienta a interpretação de todo o sistema constitucional<sup>1</sup>, se alterando no tempo e no espaço, sofrendo influências da história e da cultura de cada povo, assim como por questões políticas e ideológicas.

Assim, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, no quinto capítulo será estudada a teoria do mínimo existencial e a reserva do possível, transcrevendo diversos julgados que demonstram o posicionamento majoritário dos tribunais acerca deste tema.

Considerando o fato de o Brasil ser um país de dimensões continentais, possuidor de enormes disparidades sociais e regionais, é certo o povo de que cada local demanda necessidades diferentes em relação à saúde. Assim, para que haja uma legitimidade democrática no contexto de multiculturalismo pátrio, a opinião do cidadão comum deve ser relevada, procurando identificar suas reais necessidades para a construção de uma saúde pública adequada.

Neste esteio, o último capítulo analisará como as audiências públicas de saúde podem representar um instrumento da democracia deliberativa, tornando possível a participação e colaboração do cidadão comum nas políticas públicas de saúde. Será abordada a Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que teve como tema a saúde pública, e suas principais contribuições para a melhoria do Sistema Único de Saúde.

Utilizando como marco teórico o filósofo alemão Jürgen Habermas em sua teoria discursiva, pretende-se desenvolver um resgate do poder do povo através da democracia participativa aplicada nas audiências públicas de saúde em nível local, permitindo uma política inclusiva que, através das opiniões dos cidadãos, possibilite a conscientização do Poder Público e um planejamento factível das políticas públicas de saúde no Brasil, atendendo, desta forma, as exigências de legitimidade presentes na concepção de Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*, p. 53-70, In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

Desta forma, será investigado como a teoria discursiva pode apresentar meios que afastem os mecanismos seletivos do biopoder, permitindo a visibilidade do cidadão antes esquecido ou invisível aos olhos do poder público.

Habermas compreende o Direito como meio de integração social através de discursos de justificação e aplicação. Desta forma, o entendimento discursivo entre os governantes e governados pode servir de recurso para o aprimoramento das políticas públicas de saúde, prevalecendo a força do melhor argumento.<sup>2</sup> Além disso, possibilidade de participação nos debates incentiva o cidadão a proteger seus interesses e suas opiniões, proporcionando a integração entre representantes e representados, alargando o foro tradicional da política.

O presente estudo utiliza a elaboração teoria de Foucault acerca da biopolítica, propondo, através da teoria discursiva e da democracia deliberativa concebida por Habermas, medidas que reequilibrem os institutos da participação e da representação a partir da validação da vontade do povo mediante o discurso, valorizando o poder democrático local de modo a efetivar uma democracia social que atua contra os efeitos do biopoder.<sup>3</sup>

Enfrentando a celeuma que envolve o embate entre tecnocracia (*experts*) em face da democracia (cidadão leigo), será analisado como a opinião dos cidadãos comuns é frequentemente negligenciada ou ignorada pelos especialistas na área da saúde, contribuindo para a manutenção da situação precária em que a saúde pública se encontra.

Relevando a concepção subjetiva dos cidadãos comuns, o conhecimento do leigo na área da saúde também deve ser considerado, pois é este conhecimento que propõe o desafio político para que as autoridades desempenhem seu papel de modo acertado.

A compreensão de Habermas a respeito de uma democracia deliberativa demonstra como o poder comunicativo se transforma em poder administrativo, e da formação do poder comunicativo, deixando claro ao poder público das necessidades dos cidadãos locais e direcionando o uso daquele poder administrativo para determinados problemas específicos de cada área.

O presente trabalho se justifica pelo fato de que a realização do direito fundamental à saúde não deve depender exclusivamente da atividade estatal, mas também da sociedade que

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: Entre facticidade e a validade. 2.ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>3</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 73.

forma sua vontade democraticamente. Assim, a cidadania ativa deve ser parâmetro para a formação das diretrizes do poder público.

Desta forma, fundamentado na teoria habermasiana, o povo pode deixar de ser um simples expectador de seu destino para efetivamente participar, através da aplicação da teoria discursiva nas audiências públicas, das decisões referentes à saúde pública, dando início a ações coordenadas que forem fruto de um consenso, tendo por fim a resolução de problemas referentes à saúde pública no Brasil, identificando-os e propondo diretrizes efetivas.

Por fim, tais questões serão analisadas utilizando o método pragmático discursivo, a fim de melhor compreender como o biopoder atuou e ainda atua no segmento hipossuficiente da sociedade, e como a teoria discursiva, aplicada nas audiências públicas de saúde, realizadas em nível local, podem servir como instrumento que valoriza todos os cidadãos, permitindo que sejam enxergados pelo poder público, possibilitando um debate com igualdade de oportunidade de participação, onde seus anseios são relevados.

Ninguém melhor do que os próprios cidadãos, utilizando o poder comunicativo, para esclarecer os aspectos deficitários da saúde na região em que residem e em seus respectivos mundos da vida, desempenhando um papel ativo na construção da saúde que necessitam.

## **1. O BIOPODER E O SURGIMENTO DA MEDICINA SOCIAL.**

Uma boa saúde pode ser definida como o regular funcionamento do organismo de um indivíduo. Um corpo saudável é um corpo isento de agravos ou moléstias, de funcionamento fisiológico normal, apto para exercer atividades cotidianas. Conforme será abordado neste primeiro capítulo, historicamente, houve um tempo em que uma população saudável era almejada pelo Estado para aumentar a força laboral produtiva e, por consequência, majorar a produção, potencializando o sistema econômico e a contribuição com o erário, dinamizando a máquina estatal. Visando este objetivo, bem distante da concepção atual de valorização social e do próprio ser humano, o Estado primava pela boa saúde de seu povo.

### **1.1. A Biopolítica e o Biopoder: O poder político sobre a vida.**

Na obra intitulada *História da Sexualidade*, Foucault cria a acepção do que intitula de biopoder e biopolítica, engendrando suas técnicas de exercício. Conforme será abordado nos próximos capítulos deste trabalho, se constata que indícios deste biopoder e biopolítica, através de seus instrumentos de seleção e dominação, existiram e, inclusive, remanescem no Estado brasileiro.

Foucault<sup>4</sup> dispõe que o poder político sobre a vida se desenvolveu a partir do século XVII em duas formas, a primeira delas assumia o corpo como uma máquina, tendo como objetivo seu adestramento e a ampliação de sua força em virtude de sua adequação ao sistema econômico e de controle, já a segunda forma, elaborada posteriormente, em meados do século XVIII, focou no corpo-espécie como suporte dos processos biológicos. Ao invés de uma forma superar a outra, elas se interligam, reunindo uma na outra com o passar dos séculos. Conforme descreve Foucault<sup>5</sup>:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no

---

<sup>4</sup>FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade. I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 131.

<sup>5</sup> Ibid.

crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população.

A biopolítica regulamentava a sociedade através do biopoder, que adotava técnicas referentes à gestão da vida da população, administrando os corpos dos indivíduos com a finalidade de aumentar sua força produtiva e adequá-los aos meios de produção. O biopoder se volta para o desempenho do corpo, tratando de organizar, majorar a vida dos indivíduos, visando a subjugação do povo.<sup>6</sup>

Assim, há uma transformação em relação à forma que o poder era interpretado pelo soberano, que antes exercia o direito de causar a morte de seus súditos ou, simplesmente, deixá-los viver<sup>7</sup>. A partir do surgimento da biopolítica, este parâmetro se alterou, visando a administração dos corpos e manejo da vida, invertendo a relação para o “fazer viver e deixar morrer” conforme o desejo estatal.<sup>8</sup> Logo, as práticas políticas e observações econômicas começam a centrar-se nos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração, iniciando-se um período de diversas técnicas que objetivavam o controle das populações. Inicia-se, assim, a era de um biopoder.

## 1.2. O Nascimento da Medicina Social na Europa.

Também Foucault, em sua outra obra intitulada “Microfísica do Poder”, faz uma abordagem histórica do nascimento da medicina social e sobre a política de saúde no século XVIII, inferindo uma interessante reflexão acerca da suposição de que com o advento do capitalismo houve uma transição da medicina coletiva para uma medicina privada.<sup>9</sup> Desconstruindo esta ideia, o autor se posiciona de modo diverso, dispondo que, com o desenvolver do capitalismo, entre o fim do século XVIII e início do século XIX, socializou-se o

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade. I: A vontade de saber. Op. Cit.* p. 131 e 133.

<sup>7</sup> Ibid, p. 128.

<sup>8</sup> Ibid. p. 130 e 131.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p.47.

corpo enquanto força laboral produtiva. Assim, o biopoder exercido pelo Estado foi elemento imprescindível para o desenvolvimento do capitalismo, pois, a partir deste, tornou-se possível o domínio dos indivíduos nos aparelhos de produção, adequando os fenômenos do acúmulo de homens ao capital, da população à economia. Tais técnicas atuaram como elemento de hierarquização social, assegurando as relações de domínio.<sup>10</sup> Foucault aduz:<sup>11</sup>

Minha hipótese é que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário; que o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.

Entre o século XVI e XVII, os países do continente europeu se preocuparam com as condições de saúde da sua população sob um enfoque político, econômico e científico, típico do período mercantilista. Baseado na teoria econômica e prática política de controle de fluxos financeiros, a política mercantilista visava a majoração da produção, a quantidade de população ativa e produtiva, possibilitando o aumento de entrada de moeda, assegurando o custeio do exército e, por conseguinte, a força de um Estado em relação aos outros.<sup>12</sup>

Foucault afirma que a medicina social derivou-se em três modelos: a medicina do Estado, a medicina urbana e, por fim, a medicina da força do trabalho.

A medicina do Estado consolidou-se no início do século XVIII, notadamente na Alemanha.<sup>13</sup> Esta categoria de medicina enfocou no funcionamento geral do aparelho político, considerando o conhecimento que tem por objeto o Estado, desenvolvendo a prática médica empenhada na melhoria do nível de saúde coletivo.<sup>14</sup> Nesta conjectura, programas efetivos de melhoria da saúde da população foram delineados, inaugurando a política médica do Estado e a polícia médica.

A polícia médica, criada pela Alemanha e colocada em prática no final do século XVIII e início do século XIX, atuou muito além do que na simples observação da taxa de nascimento e

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade. I: A vontade de saber. Op. Cit.* p. 132-133.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder. Op.Cit.* p.48.

<sup>13</sup> Ibid. p. 47

<sup>14</sup> Ibid. p.49

mortalidade, analisando também epidemias e endemias de cidades e regiões variadas.<sup>15</sup> Levando em consideração que a medicina e o médico são os primeiros instrumentos da normalização da saúde, o Estado atuava controlando os programas de ensino médico. Tanto na Prússia quanto nos outros estados alemães, delegaram a um departamento especializado a função de centralizar as informações médicas, examinando as informações cedidas pelos médicos, analisando os tratamentos e transmitindo ordens. Operou-se, desta forma, uma subordinação da prática médica a um poder administrativo. O governo iniciou a nomeação de funcionários médicos responsáveis por determinadas regiões. Foucault instrui<sup>16</sup>:

E assim que um projeto adotado pela Prússia, no começo do século XIX, implica uma pirâmide de médicos, desde médicos de distritos que têm a responsabilidade de uma população entre seis e de mil habitantes, até oficiais médicos, responsáveis por uma região muito maior e uma população entre trinta e cinco, e cinquenta mil habitantes. Aparece, neste momento, o médico como administrador da saúde.

Esta organização médico estatal inaugura o modelo de medicina do Estado, onde a Alemanha propõe uma medicina coletivizada, estatizada e social.<sup>17</sup>

A segunda categoria de medicina social surgiu na França no fim do século XVIII. Diferentemente da medicina social estruturada no Estado pela Alemanha, a medicina social francesa foi elaborada a partir de uma concepção urbanizada, ou seja, com o desenvolvimento das estruturas urbanas. Isto pelo fato de que as cidades francesas eram caracterizadas por possuírem, além do poder estatal, poderes rivais internos detidos por leigos, pela igreja e por comunidades religiosas e corporações com autonomia própria.<sup>18</sup> Desta forma, a unificação do poder urbano era uma necessidade.

A população era cada vez mais numerosa. No centro de Paris eram jogados cadáveres das pessoas que não possuíam condições de pagar algum jazigo no cemitério. Foucault ilustra<sup>19</sup>:

Em todo caso, no espírito das pessoas da época, a infecção causada pelo cemitério era tão forte que, segundo elas, por causa da proximidade dos mortos, o leite talhava imediatamente, a água apodrecia, etc. Este pânico urbano é característico deste cuidado, desta inquietude político-sanitária que se forma à medida em que se desenvolve o tecido urbano.

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Op.Cit. p.49.

<sup>17</sup> Ibid. p.50.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Ibid. p.51.

Por consequência, surge a medicina urbana na segunda metade do século XVIII, se desenvolvendo notadamente na França. Esta medicina possuía basicamente três objetivos: I) Analisar os locais de grande amontoamento que fossem suscetíveis de provocar e difundir doenças no espaço urbano. II) Controle da circulação de elementos, basicamente ar e água. III) Organização dos elementos necessários à coletividade.<sup>20</sup> Este último objetivo tratava de analisar a disposição da distribuição de determinadas necessidades, visando evitar, por exemplo, que a água das fontes, adequada para consumo, se misturasse com a água de esgoto. Os inspetores tinham a missão de revistar todos os habitantes das cidades sob suas respectivas competências, praticando a desinfecção das casas através da queima de perfumes.

O poder político exercido pela medicina urbana francesa isolava os indivíduos, analisando cada um deles para averiguar seu estado de saúde, circunscrevendo a sociedade e controlando permanentemente a população.

A partir deste modelo, a medicina e a química encontraram sua relação. Fourcroy e Lavoisier, notáveis químicos do século XVIII, investiram seus conhecimentos e estudos a favor da medicina urbana francesa, dedicando-se ao problema do organismo por intermédio da análise e controle do ar urbano, inserindo na prática médica as ciências física e química. Sob a concepção de que o ar era um dos maiores fatores responsáveis pelo alastramento de doenças, o governo francês abriu longas avenidas no espaço urbano, destruindo as casas que ficavam no caminho e que impediam a circulação do ar. Em Paris, no ano de 1767, um arquiteto chamado Moureau sugeriu um plano diretor que estendia as margens do rio Sena, sob a fundamentação de que a água lavaria a cidade dos miasmas.<sup>21</sup>

Outra noção importante que se instituiu durante o desenvolvimento da medicina urbana foi a concepção de salubridade, representando grande importância para a medicina social. No fim do século XVIII a Assembleia Constituinte francesa criou comitês de salubridade dos departamentos e principais cidades. Foucault aborda acerca do aspecto social da salubridade<sup>22</sup>:

Salubridade não é a mesma coisa que saúde, e sim o estado das coisas, do meio e seus elementos constitutivos, que permitem a melhor saúde possível. Salubridade é a base material e social capaz de assegurar a melhor saúde possível dos indivíduos. E é correlativamente a ela que aparece a noção de higiene pública, técnica de controle e de modificação dos elementos materiais do meio que são suscetíveis de favorecer ou, ao contrário, prejudicar a saúde. Salubridade e insalubridade são o estado das coisas e do

---

<sup>20</sup> Ibid. p. 52-53.

<sup>21</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder. Op.Cit.* p.53.

<sup>22</sup> Ibid. p.55.

meio enquanto afetam a saúde; a higiene pública – no séc. XIX, a noção essencial da medicina social francesa – é o controle político-científico deste meio.

Conforme se pode depreender, a medicina urbana destaca-se pela cientificidade de suas análises realizadas e das práticas de controle da circulação das coisas ou dos elementos, essencialmente a água e o ar, representando relevante importância para o desenvolvimento da medicina científica do século XIX, introduzindo uma medicina coletiva e social em virtude da medicina urbana.<sup>23</sup>

A terceira direção da medicina social se deu na Inglaterra no início do século XIX. Neste modelo, a plebe representava um perigo a ser medicalizado, necessitando de um controle pelo Estado.<sup>24</sup>

A publicação da Lei dos Pobres, que estabelecia diretrizes legais que controlavam a saúde dos pobres e trabalhadores, inaugurou a medicina social inglesa. A partir do momento em que o pobre tem sua saúde controlada por meio de uma assistência e intervenção médica, tornando a classe pobre apta para o trabalho, majorando a produção interna e dinamizando o erário, e salvaguardaria as classes ricas do contágio das moléstias advindas dessas classes desprovidas.<sup>25</sup> Desta forma, estabeleceram a organização de um serviço autoritário, que visava não os cuidados médicos, mas o controle médico da população pobre.

As consequências médico-assistenciais que esta lei continha representou o início de um sistema que, posteriormente, foi complementado com a organização de departamentos de controle médico da população, que se iniciaram na Inglaterra em 1875, os chamado *health service* de *health officers*.

Estes sistemas possuíam seguintes funções: 1) controlar a vacinação, obrigando a população a se vacinar; 2) Organizar o registro das epidemias e doenças com potencial de se tornarem epidêmicas, compelindo os indivíduos a declararem suas doenças; 3) Identificação e eventual destruição de locais insalubres. Nas palavras de Foucault<sup>26</sup>:

Enquanto a Lei dos pobres comportava um serviço médico destinado ao pobre enquanto tal, o *health service* tem como característica não só atingir igualmente toda a população, como também ser constituído por médicos que dispensam cuidados médicos que não são

<sup>23</sup>FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Op.Cit. p.55.

<sup>24</sup> Ibid. p. 56.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

individuais, mas têm por objeto a população em geral, as medidas preventivas a serem tomadas e, como na medicina urbana francesa, as coisas, os locais, o espaço social, etc.

Assim, o *health service* representou um complemento à Lei dos pobres, atuando em um nível coletivo. Entretanto, o controle médico inglês, revestido de seu caráter fortemente autoritário, ensejou diversas reações opositoras da população pobre, que lutava contra a medicalização, reivindicando o direito à autonomia sobre seus próprios corpos e pelo direito de se curarem ou de morrerem como desejassem.

Dentre os três modelos descritos, o que prosperou de um modo geral foi o da medicina social inglesa, permitindo a interligação de três aspectos: a assistência médica aos pobres, o controle de saúde da força de trabalho e a investigação da saúde pública geral.

Por conseguinte, o sistema de medicina social inglês permitiu que três padrões inovadores coexistissem: uma medicina assistencial aos trabalhadores; uma medicina de cunho administrativo, encarregada pela vacinação, análise de epidemias, declaração de doenças e controle da saúde do pobre e, contrastando com a medicina administrativa, havia a medicina privada, reservada a quem tinha condições de pagá-la. Sob este modelo, diversos países da atualidade baseiam seus sistemas médicos, delimitando a medicina assistencial, administrativa e privada. Foucault<sup>27</sup> assevera:

Enquanto o sistema alemão de medicina do Estado era pouco flexível e a medicina urbana francesa era um projeto geral de controle sem instrumento preciso de poder, o sistema inglês possibilitava a organização de uma medicina com faces e formas de poder diferentes segundo se tratasse da medicina assistencial, administrativa e privada que permitiram, durante o final do século XIX e primeira metade do século XX, a existência de um esquadramento médico bastante complexo.

Percebe-se, portanto, que a medicina dos pobres, da força do trabalho, foi o último objetivo da medicina social. Primeiramente o Estado foi vislumbrado, em seguida a cidade, e, por fim, os pobres e trabalhadores representaram o propósito da medicalização, garantindo a força laboral desta classe e visando preservação da saúde da classe rica através do controle da saúde dos pobres.<sup>28</sup>

Conforme será abordado nos próximos tópicos, nota-se um enfoque pungente no Constitucionalismo brasileiro em relação à tutela do direito social à saúde especificamente

---

<sup>27</sup>FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Op.Cit. p. 57.

<sup>28</sup>Ibid. p.55.

voltado para os trabalhadores, semelhante ao modelo de medicina social aplicada na Inglaterra a partir do século XIX. O direito constitucional à assistência médica inicialmente era previsto tão somente a quem era formalmente considerado trabalhador, aparentando proscrever as outras classes deste direito social, reafirmando o processo histórico brasileiro de desigualdade. Como os ricos possuía condições de arcar com os gastos decorrentes da saúde privada, esta questão não representava uma ameaça para esta classe.

Tão somente com o advento da Constituição de 1988 ocorre um paradigma normativo social e o direito social à saúde é garantido a todo e qualquer indivíduo, ao menos formalmente.

## 2. O DIREITO SOCIAL À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Com o surgimento do Estado Social, o Estado alterou sua feição abstencionista para uma postura intervencionista, se importando com o bem-estar de toda sua população, oferecendo direitos sociais, inicialmente na área trabalhista e previdenciária e, posteriormente, incluindo o direito à saúde, à educação, dentre outros. Origina-se, assim, o discurso focado nos direitos sociais. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia<sup>29</sup> elucida:

As conseqüências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuidam de *sepultar* definitivamente o Estado Liberal e faz surgir uma nova fase no constitucionalismo, a do Estado Social, que implicou numa releitura do que até então se entendia por "liberdade, igualdade e propriedade" (como dissemos, uma releitura que reclama a materialização destes), e faz nascer o que tradicionalmente se denominam "direitos sociais".

Os direitos sociais são os direitos que têm por fim garantir aos indivíduos prestações de condições materiais para o pleno gozo e realização de todos seus outros direitos, efetivando-se, tradicionalmente, mediante uma atuação estatal positiva. São caracterizados por serem verdadeiras conquistas dos movimentos sociais ao longo da história.

Segundo José Afonso da Silva<sup>30</sup>, os direitos sociais são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos.

De modo semelhante, conforme as lições de Canotilho<sup>31</sup>, os direitos sociais possuem uma dimensão subjetiva, decorrente de sua aplicação como direitos fundamentais e da fixação de suas prestações, instituições e garantias indispensáveis à concretização dos direitos proclamados na Constituição, sendo taxativamente vedada qualquer tentativa de retrocesso social. Ou seja, a supressão dos direitos fundamentais sociais significaria um ato atentatório aos ditames

---

<sup>29</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito#ixzz1t6gQIO8C>>. Acessado em: 25/04/2012.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.p. 374.

constitucionais. Desta forma, como os direitos sociais são intangíveis e irredutíveis, qualquer lei ordinária ou emenda constitucional que pretenda abolir ou reduzir tais direitos, padecerão de vício de inconstitucionalidade.<sup>32</sup>

Em relação ao nosso tema, qual seja, o direito fundamental social à saúde, o primeiro esboço de uma Previdência Social que vislumbrou o direito à assistência médica no Brasil originou-se com a Lei Eloy Chaves, Decreto nº 4.682 de 1923, tutelando a saúde dos trabalhadores como força laboral ativa, criando as Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAPs.

Inicialmente as CAPs serviam apenas aos empregados de empresas ferroviárias, garantindo o direito destes e de seus dependentes à assistência médica e de medicamentos, além de aposentadoria e pensões.<sup>33</sup> Também neste período, as ações de saúde pública foram coligadas ao Ministério da Justiça em uma reestruturação desempenhada por Carlos Chagas. Assim, além do controle das epidemias e das endemias, o Estado ficou responsável pela inspeção de alimentos e domínio dos portos e fronteiras.<sup>34</sup>

Desta forma, no Brasil, a República Velha marca o princípio de uma saúde do trabalhador, acentuando-se no início da Era Vargas, momento em que, através do Decreto nº 19.402/1930, houve uma centralização das políticas públicas de saúde através da criação do Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública.

Já é possível perceber, a semelhança entre o direito social à saúde no Brasil nesta época com o modelo de medicina social da Inglaterra a partir do século XIX. Telma Menicucci<sup>35</sup> esclarece:

A origem da Previdência Social no país, na qual se inseriu a assistência médica, não foi o resultado da constituição prévia do sentimento de pertencimento a uma comunidade, mas como forma de o governo getulista buscar apoio de setores, até então excluídos do jogo político, pela via da corporativização das demandas dos trabalhadores.

Tendo em vista que a Constituição de 1934 representou verdadeiro marco histórico no constitucionalismo pátrio pelo fato de incluir significativa gama de direitos sociais nunca antes

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. Op. Cit. p. 56.

<sup>33</sup>BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Histórico da Previdência Social*. Disponível em: <[http://www1.previdencia.gov.br/pg\\_secundarias/previdencia\\_social\\_12\\_04-A.asp](http://www1.previdencia.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_04-A.asp)>. Acessado em 26/04/2012.

<sup>34</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. *Regulação médica das urgências*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. p.12.

<sup>35</sup>MENICUCCI, Telma. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: Atores, Processos e Trajetória*. 2003. 402f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.p.188.

previstos no ordenamento constitucional pátrio, serão analisadas, a partir desta Constituição, as outras Constituições brasileiras que, por vezes, incluíram o direito social à saúde e, outras vezes, excluíram este direito do texto constitucional.

### **2.1. O Direito à Saúde na Constituição de 1934.**

Historicamente, a Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a incorporar em seu texto os direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários, sendo considerada, por tal característica coletivista social, o modelo sul-americano da Constituição Alemã de Weimar (1919). Marco Aurélio Peri Guedes<sup>36</sup> corrobora:

A República de Weimar inaugurou uma fase inédita de estruturação constitucional do Estado alemão, com papel mais ativo no desenvolvimento social, na construção de uma sociedade com justiça social pela efetivação dos Direitos Sociais formalizados na Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919 – o *Sozialstaat* ou Estado Social de Direito. A ordem econômica e social criada pela nascente República alemã serviu de modelo para alguns Estados no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial. No Brasil, por exemplo, intenso foi o debate sobre as conquistas sociais e constitucionais de Weimar, tendo a Carta Magna de 1934 sofrido forte influência do recém-criado modelo social alemão [...] Esta Constituição brasileira praticamente assimilou os idealizados avanços da nova ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico-formal.

A Constituição de 1934 aderiu a uma atuação intervencionista do Estado na ordem econômica visando atender as necessidades da nação, abalando, desta forma, os ideais do liberalismo econômico. A existência digna era vislumbrada sob um enfoque de análise periódica do padrão de vida do povo, reconhecendo as disparidades econômicas e sociais entre as diversas regiões do Brasil, tendo em vista sua larga extensão.

O artigo 115 da Constituição de 1934 assim dispunha:

Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.  
Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.

---

<sup>36</sup> GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social – A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.82.

De forma semelhante à Constituição de Weimar (1919), na Constituição de 1934 os direitos sociais foram incorporados e elevados à categoria de direitos fundamentais, manifestando uma prestação positiva por parte do Estado, que passou a oferecer uma gama de prestações sociais. Assim, nessa Constituição os direitos de sociais foram incluídos e, por conseguinte, a feição de Estado Social é inaugurada.

Ainda que tenha sido a Constituição brasileira de menor duração, vigorando por apenas três anos, sendo abolida pelo golpe de 1937, a Constituição de 1934 representou grande avanço ao constitucionalismo pátrio, estabelecendo bases para o desenvolvimento social. Segundo Inocêncio Mártires Coelho, a característica predominante na Constituição de 1934 foi “seu caráter democrático, com certo colorido social, traduzido no esforço, que acabou se infrutífero, de conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo, no âmbito político”.<sup>37</sup>

A alínea “c”, do inciso XIX, do art. 5º da Constituição de 1934 regravava acerca da competência da União em fixar regras de assistência social. O inciso II do art. 10 estabelecia a responsabilidade dos Estados-membros de “cuidar da saúde e assistências públicas” e o inciso V do mesmo artigo vislumbrava o dever de “fiscalização à aplicação das leis sociais”.

O artigo 121 da Constituição de 1934 dispunha acerca do direito à saúde:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a este descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte.

Todavia, em seu artigo 121, §1º, alínea “h”, vislumbrou a garantia de assistência médica somente aos trabalhadores, demonstrando um evidente protecionismo em relação a estes em detrimento dos desempregados, dos empregados informais e dos que trabalhavam na zona rural do país.

---

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.158.

Jessé Souza<sup>38</sup> elucida sobre a prestação dos serviços médicos aos habitantes das zonas rurais nesta época:

Os habitantes das zonas rurais, por não trabalharem em regime regular e não contribuírem com as organizações de seguro médico-social, recebiam assistência dispersa de algumas instituições de caridade ou de serviços oficiais. Com essas medidas, o trabalhador formal é explicitamente recompensado pelos serviços de saúde de maior qualidade, pois contribui para a expansão do mercado. Estava, pois, delineada a distinção institucional que marcaria as ações de saúde no Brasil durante décadas.

Durante este período, se iniciou uma clara discrepância em relação às ações públicas de saúde no Brasil que perdurou durante longo tempo na história deste país. A prestação de uma assistência médica individual previdenciária através do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, era oferecida tão somente aos inseridos formalmente no mercado de trabalho. Já aos desempregados e aos trabalhadores informais, assistência médica cabia ao Ministério de Educação e Saúde Pública, que prestava serviços de saúde nitidamente inferiores.<sup>39</sup>

Desta forma, se pode concluir que a Constituição promulgada em 1934, apesar de instituir bases para o desenvolvimento social, não o estendeu de forma geral para toda população, tendo em vista que a saúde não era uma garantia do cidadão, mas sim do trabalhador, que foi privilegiado com o progresso das políticas médicas da época. Neste sentido, elucida Cláudio Bertolli Filho<sup>40</sup>:

A Constituição de 1934 incorporou algumas garantias ao operariado, tais como a assistência médica, a licença remunerada à gestante trabalhadora e a jornada de oito horas. Nos anos seguintes, outros benefícios como o salário mínimo, foram incluídos na legislação trabalhista, culminando com o estabelecimento em 1934 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). [...] Graças à política de saúde adotada por Vargas, o atendimento aos operários enfermos e seus dependentes expandiu-se.

Nota-se a aplicação de uma biopolítica neste período, semelhante aos moldes descritos por Foucault, onde o Estado controlava a saúde do trabalhador visando majorar sua força produtiva, aparentando não se importar com a saúde dos que não eram formalmente inseridos no mercado de trabalho.

<sup>38</sup> SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.p. 308.

<sup>39</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 308.

<sup>40</sup> BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001. p.34.

Como a Constituição de 1937 não inovou em relação ao direito social à saúde, serão analisadas as Constituições posteriores a esta.<sup>41</sup>

## 2.2. O Direito à Saúde na Constituição de 1946.

Com advento da Constituição de 1946 o regime democrático foi fortalecido. Iniciou-se uma sistematização constitucional da matéria previdenciária, surgindo, pela primeira vez, a expressão “Previdência Social”, substituindo a expressão “seguro social”<sup>42</sup>. O inciso XVI do art. 157 estabelecia a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. Entretanto, não houve significativa mudança no cenário da saúde pública no país. Os trabalhadores formalmente inseridos no mercado de trabalho continuavam a possuir privilégios sobre os desempregados, informais e trabalhadores rurais.

Os Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAP’s revelaram-se como a principal forma dos operários e seus dependentes obterem serviços médicos<sup>43</sup>. Desta forma, durante o segundo governo de Getúlio Vargas e no de Juscelino Kubitschek a estrutura dos IAPs foi expandida, mormente no âmbito hospitalar, época em que grande parte dos hospitais públicos brasileiros foram construídos.<sup>44</sup> Contudo, a maior parte da população continuava desamparada, sem ações estatais de saneamento e prevenção. A saúde, que deveria ser um dever do Estado, era tratada como uma caridade política.<sup>45</sup>

Com a eclosão da ditadura militar, ocorreu a tentativa de transformação dos parâmetros de assistência médico-previdenciária. O Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensões, centralizando a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)<sup>46</sup>. Porém, esta unificação não teve como conseqüência a tão desejada universalização dos serviços de saúde, pois, nas décadas de 60 e 70, ocorreu uma

---

<sup>41</sup>Luiz Roberto Barroso descreve a Constituição de 1937 como a Constituição que: [...] não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quando aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais. In: BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.23.

<sup>42</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2002. p.35

<sup>43</sup> BERTOLLI FILHO, Cláudio. *Op. Cit.* p. 43.

<sup>44</sup> *Ibid.* p.24.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 45.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 54 e 56.

crescente privatização da assistência médica. Grupos privados ofereciam serviços médicos que eram adquiridos pelo Estado. Conforme Jessé Souza dispõe, “[o] direito a serviços públicos de saúde continuava restrito aos trabalhadores formais que contribuía com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), deixando de fora os trabalhadores rurais e os urbanos informais.”<sup>47</sup>

Assim, nota-se que o esquema prestacional de saúde também não demonstrou avanços nesta época. Aos trabalhadores formais era conferido o direito a uma assistência médica satisfatória. Por outro lado, os desempregados, os trabalhadores rurais e os trabalhadores urbanos informais continuavam padecendo da falta de prestação de saúde.

### **2.3. O Direito à Saúde na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969.**

A Constituição de 1967 institucionalizou o regime militar, implantado no Brasil em 31 de março de 1964. Representando um retrocesso para o constitucionalismo pátrio, a Carta Magna de 1967 voltou a reduzir os direitos individuais, admitindo, inclusive, a possibilidade de suspensão desses direitos em caso de abuso, conforme regravava o art. 151<sup>48</sup>.

A carta constitucional de 1967 também não inovou em relação ao direito social à saúde. No inciso XIV, alínea D, art. 8º, consagrou a competência da União em “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”, entretanto, não conferiu a estes direitos a atribuição de direitos fundamentais. De igual forma, a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, também conhecida como Constituição de 1969 por alguns doutrinadores, também não trouxe inovações em relação aos direitos sociais.

Este período foi assinalado por uma hegemonia financeira das instituições previdenciárias e por uma burocracia técnica que agia em prol da mercantilização da saúde, que era tratada como um bem de consumo.<sup>49</sup>

Como consequência, a saúde pública restringiu-se a quem tinha condições econômicas de arcar com seus altos valores. A universalização do acesso à saúde era mera ilusão. O sistema de saúde brasileiro era representado por três parâmetros: o Estado, que atuava como um

<sup>47</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 308.

<sup>48</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1967. “Art. 151. Aquê que abusar dos direitos individuais previstos nos parágrafos 8º, 23,27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.”

<sup>49</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 308.

financiador por meio da Previdência Social; o setor privado nacional, como prestador de serviços médicos, e, por fim, o setor internacional, que atuava como fornecedor do aparato médico tecnológico e medicamentos.<sup>50</sup>

Neste período, o Estado delegou ao setor privado uma enorme parcela das ações de serviço de saúde dos contribuintes da Previdência. Assim, ocorreu uma relevante expansão do número de clínicas e hospitais particulares utilizando o dinheiro público oriundo da Previdência Social. Desta forma, durante as décadas de 60 e 70, assistiu-se o Estado como o principal comprador dos serviços de saúde de grupos privados. Como consequência, o Estado pouco desenvolveu sua capacidade para produção de serviços hospitalares, o que culminou em um quadro de dependência intensa do setor privado para produção e prestação de serviços hospitalares.<sup>51</sup>

Como a Previdência Social objetivava a proteção dos trabalhadores, o desempregado e o trabalhador sem carteira de trabalho continuavam desamparados, dependendo da complacência pública, realizada, em sua maior parte, pelas Santas Casas. Bertolli Filho<sup>52</sup> descreve:

A situação tornava-se ainda mais trágica para o operário que não tinha carteira de trabalho e que por isso não podia contribuir para a caixa de sua categoria profissional. Para esse trabalhador, restava o apelo à caridade pública. Era qualificado pela administração dos hospitais filantrópicos como indigente, triste rótulo para quem perdera a saúde e não tinha o dinheiro para pagar o tratamento.

Este período representou uma clara segmentação do sistema de saúde. A assistência médica era vinculada à Previdência Social, financiada com recursos oriundos das contribuições previdenciárias. Já as ações de saúde de caráter coletivo, destinadas ao cidadão sem emprego ou sem registro, eram financiadas pelos recursos orçamentários do Estado, na maior parte das vezes escassos. Jessé Souza<sup>53</sup> acrescenta:

Além disso, os serviços estatais de saúde pública eram caracterizados por um modelo de higienização da sociedade, tanto em termos de educação sanitária como da necessidade de controle de epidemias que poderiam acarretar prejuízos à economia do país. Esse tipo de serviço se destinava a moléstias consideradas como “doenças de pobre”, encobrendo apenas a atenção primária de saúde.[...] Consequentemente, para a ralé sempre se dispensava o menor cuidado.

<sup>50</sup> MENICCUTI, Telma. *Op. Cit.* p. 66-88.

<sup>51</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 309.

<sup>52</sup> BERTOLLI FILHO, Cláudio. *Op. Cit.* p.33.

<sup>53</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 309.

Na década de 80 ocorre a retirada dos militares do poder político e, após diversas alterações no cenário político e vários anos de reivindicações e protestos feitos pelo movimento sanitaria, ocorre em Brasília, em março de 1986, a convocação da VIII Conferência Nacional de Saúde, reunindo delegados, partidos políticos, trabalhadores da saúde, parlamentares, universidades, organizações não-governamentais, dentre outras instituições de relevante influência nacional. Este evento, de notável importância histórica e democrática, teve como resultado a estipulação de um consenso político acerca de três questões: A definição ampla de saúde; a saúde como dever do Estado e direito de cidadania e a criação de um Sistema Único de Saúde.<sup>54</sup> Jessé Souza<sup>55</sup> tece considerações acerca da VIII Conferência Nacional de Saúde:

A convocação da Oitava Conferência Nacional de Saúde, em 1986, é considerada o marco histórico mais importante no processo de constituição de uma plataforma e de estratégias a favor da democratização da saúde. Ali foram lançados os princípios da Reforma Sanitária e a aprovação da criação de um sistema único de saúde, que configurasse um novo arcabouço institucional, com a separação total da saúde e da previdência social. Dos postos do Executivo para a Assembleia Constituinte, grande parte das propostas do movimento sanitário foi debatida e aprovada através da Constituição de 1988. Ficavam então estabelecidos os princípios e diretrizes do SUS.

Na data de 20 de julho de 1987, através do Decreto nº 94.657, o Presidente José Sarney instituiu o programa de desenvolvimento do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde nos Estados -SUDs, concentrando os princípios da reforma sanitária em relação à universalização, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, democratização das instâncias gestoras, dentre outros.<sup>56</sup> Como resultado, a Assembleia Nacional Constituinte, após diversos debates sobre as diretrizes oriundas da VIII Conferência Nacional de Saúde, estabeleceu o Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>57</sup>

#### **2.4. O Direito Fundamental Social à Saúde na Constituição de 1988 – A Constituição Cidadã.**

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal de 1988 representou o maior avanço constitucionalismo pátrio da história, consagrando diversos direitos fundamentais

<sup>54</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Regulação médica das urgências*. Op. Cit. p.19.

<sup>55</sup> SOUZA, Jessé. Op. Cit. p. 309 e 310.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid.

jamais previstos ou não previstos de forma universal. Seguindo o exemplo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, da Constituição portuguesa, de 1976, e da Constituição espanhola, de 1978, a Constituição do Brasil de 1988 “outorgou significado especial aos direitos fundamentais”.<sup>58</sup>

Baseado na premissa de que um Estado Social é aquele que oferece efetivamente direitos sociais que vigorem a favor da dignidade do ser humano e atenda as necessidades sociais, na Constituição de 1988 os direitos sociais são promovidos a direitos fundamentais, de implementação imediata e observância obrigatória.

José Afonso da Silva orienta acerca da imprescindibilidade destes direitos, regrando que “[o]s direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”<sup>59</sup>

Assentado em premissas democráticas, o processo constituinte de 1987/1988 foi realizado de modo aberto e participativo, ao contrário das demais Constituições, impostas por déspotas ou elaboradas por intelectuais que desconsideravam a realidade do povo.<sup>60</sup>

Na solenidade de promulgação da Constituição de 1988, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães, declarou:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

(...)

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Da mesma enfática maneira, o preâmbulo da Constituição de 1988 vislumbrou claramente a tendência social de caráter democrático exercido pela Assembleia Constituinte, sendo disposto:

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999. p.35-36.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo:Malheiros, 2002.p.50.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.Cit.* p.203-204.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Rompendo com instituições autoritárias do passado, frutos do regime militar, e visando a construção de um novo Estado, que se empenhasse a favor da justiça social e das liberdades democráticas, a Constituição de 1988 preconizou os direitos fundamentais como seu núcleo essencial. Os direitos sociais, antes colocados em segundo plano, foram conferidos a todos, compreendendo prestações positivas de responsabilidade do Estado em prol dos menos favorecidos. Enfim, uma Constituição brasileira que representou todo seu povo.

Conforme Peter Häberle leciona: “[a] Constituição não é o conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.”<sup>61</sup>

Os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos foram consolidados no texto constitucional como cláusulas pétreas, consoante o art. 60, §4º, passando a compor um núcleo material intangível da Constituição.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 destaca-se por ter sido o que mais assegurou a participação popular mediante o recebimento de elevado número de propostas enviadas pelo povo. Logo, é a Constituição que representa maior legitimidade popular.<sup>62</sup>

O direito à saúde conferido a todos sequer era considerado um direito fundamental social antes da Constituição de 1988. O princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviço de saúde fora incluído no âmbito da seguridade, ostentando o *status* de direito fundamental, sendo referenciado pelo art. 6º e art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Dispõe o artigo. 6º da Constituição, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 64/2010, que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Já o artigo 196 assegura que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução

<sup>61</sup> HÄBERLE, Peter. *Teoría de La Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000. p.34.

<sup>62</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. *Op. Cit.* p. 54.

do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Desta forma, diversos indivíduos que se encontravam desamparados em relação aos direitos referentes à saúde pública antes da Constituição de 1988, encontraram nesta Constituição o amparo e previsão legal para requerê-los. Vale ressaltar que, de igual forma, o direito à vida dos indivíduos traduz-se também no fato de que todos os seres humanos devem receber tratamento digno, de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente da situação econômica do indivíduo, sob pena de não haver valor a determinação do texto constitucional.<sup>63</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988, assim como com a criação do Sistema Único de Saúde, o direito à saúde foi reformulado, atribuindo ao Estado não só o dever de recuperar a saúde de seus cidadãos quando estes contraírem doenças, mas também o dever de prevenir o alastramento de moléstias, envidando esforços para que se concretizem as medidas governamentais que visem à boa gestão da saúde pública em favor de uma prestação positiva adequada de saúde.

Como se pode perceber, diferentemente das outras Constituições, na Constituição de 1988 não houve uma predileção ao trabalhador em detrimento dos outros cidadãos. Muito antes, pelo contrário, o direito à saúde foi conferido a todos, sem quaisquer distinções, aparentando afastar, ao menos formalmente, os instrumentos do biopoder.

Conforme visto, antes da publicação da Constituição de 1988, a força do trabalho era um dos pontos que distinguia quem possuía a tutela estatal referente ao direito a prestações de serviços de saúde de quem não tinha o direito de fruir destas prestações, ficando à margem do Estado.

Nota-se que, antes da Constituição de 1988, o esquadramento do sistema de políticas públicas de saúde chamava a atenção pelo fato de atuar como um instrumento seletivo de controle da saúde da população. Se por um lado demonstrava atenção à saúde dos trabalhadores, por outro demonstrava abnegação com os que não eram considerados formalmente trabalhadores, revelando uma notável semelhança com a medicina da força do trabalho inglesa, medicalizando o trabalhador visando seu “crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em

---

<sup>63</sup>Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros. p.307.

sistemas de controles eficazes e econômicos.”<sup>64</sup>, e atuando através dos instrumentos do biopoder, controlando e selecionando os indivíduos.

---

<sup>64</sup> FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A vontade do Saber. *Op. Cit.* p. 151.

### 3. O DIREITO À SAÚDE NO PLANO INTERNACIONAL.

Não bastassem as disposições constitucionais sobre a saúde, há que se ver também que o Brasil se submete, no plano internacional, a uma série de compromissos relativos a esse direito social. Consoante ao disposto na Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que deu nova redação ao §3º do art. 5º da Constituição Federal, os Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desta forma, as Declarações e Pactos internacionais sobre direitos humanos aderidos pelo Brasil revestem-se de real vigor normativo constitucional. Flávia Piovesan<sup>65</sup> aduz:

A Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. [...] Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata. [...] A Constituição de 1988 celebra, desse modo, a reinvenção do marco jurídico-normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais e econômicos.

A partir da Constituição Federal de 1988 diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. No âmbito dos direitos sociais e econômicos, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1992 e o Protocolo de São Salvador em matéria de direitos econômicos sociais e culturais em 1996.<sup>66</sup>

Nos presente capítulo serão abordados os principais Tratados e Convenções Internacionais que regem acerca do direito social à saúde e que foram chancelados pelo Estado brasileiro.

#### 3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948<sup>67</sup>, foi

---

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. Op. Cit. p. 53 e 57.

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. Op. Cit. p. 57.

<sup>67</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acessado em 28/04/2012.

recepcionada pela Constituição de 1988, introduzindo a compreensão contemporânea dos direitos humanos.

A população mundial ainda se ressentia dos efeitos devastadores causados pela Segunda Guerra Mundial, encerrada em 1945. Em decorrência deste sentimento generalizado de comoção e da necessidade de se encontrar uma forma de manter a paz entre os países, criaram a Organização das Nações Unidas (ONU) com o intuito de não mais permitir que atrocidades como as que ocorreram na guerra se repetissem.<sup>68</sup> Desta forma a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos teve como objetivo edificar a promessa de respeito à espécie humana na comunidade internacional.

De notável importância histórica, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu também como fonte de inspiração para a elaboração de diversos outros diplomas de direitos humanos. Em seu preâmbulo a referida Declaração reafirma a necessidade da proteção e reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, possuidores de direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial.

O art. 3º da Declaração dispõe acerca do direito à vida conferido a todos os seres humanos versando, no art. 25, I<sup>69</sup>, o direito a um padrão de vida que garanta, tanto ao indivíduo quanto a sua família, saúde e cuidados médicos.

No art. 22 deste diploma assegura a realização dos direitos sociais, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, mediante o esforço nacional, através da cooperação internacional, por meio de acordos com organizações, e com os recursos disponíveis de cada Estado. Neste artigo é possível observar uma menção à limitação do recursos erário de cada Estado, remetendo a questão da “reserva do possível” como limite à concretização dos direitos estatais prestacionais, tema este que será abordado no quinto capítulo do presente trabalho.

Ainda que essa Declaração não seja dotada de força jurídica para obrigar os Estados que a recepcionaram, representa extraordinária importância para uma conscientização acerca da

---

<sup>68</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *A história da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>. Acessado em 28/04/2012.

<sup>69</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. *Op. Cit.* “**Art. 25. I.** Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

promoção e proteção dos direitos humanos, consolidando, ainda que formalmente, o respeito a estes direitos.

Contudo, por mais que seja declarado o direito de todas as pessoas possuírem um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e cuidados médicos, lamentavelmente esta não a realidade que se constata em nível mundial e brasileiro, devendo, tanto o Estado quanto as comunidades internacionais, envidar esforços que permitam o desenvolvimento dos direitos sociais.

### **3.2. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.**

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, tendo sido aprovado em sua integralidade pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor na data de 24 de abril de 1992. Esse Pacto especifica e particulariza a Declaração Universal de 1948 no que tange àqueles direitos.

Em relação ao direito social à saúde, o art. 11.1 dispõe que os Estados signatários do Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida adequado para si e para sua família. Conseqüentemente, este direito compreende também o direito a uma assistência médica progressiva.

Os itens do artigo 12 dispõem especificamente acerca do direito social à saúde.

1. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão ser adotadas pelos Estados Signatários do Pacto a fim de assegurar a plena efetividade deste direito, figurarão as necessárias para:a) A redução da mortalidade infantil e do índice de natimortos, bem como o desenvolvimento sadio das crianças;
- b) O aprimoramento em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outro tipo, e a luta contra elas.
- d) A criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.

Este Pacto atesta o reconhecimento, por parte dos Estados signatários, de medidas que assegurem o direito à saúde, prevenindo as doenças e tratando dos enfermos, garantindo, desta forma, o direito de toda pessoa desfrutar do mais alto nível de assistência médica.

Atinente ao presente tema, cientes de que a saúde é questão de proeminente importância, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, no Comentário Geral nº 14<sup>70</sup>, abordou especificamente acerca do conteúdo normativo do art.12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No primeiro item do comentário, o Comitê dispõe que a saúde é um direito humano fundamental elementar, imprescindível para o exercício de todos outros direitos, e que a realização deste direito pode ser alcançada através de elaboração de políticas de saúde ou através da implementação de programas de saúde desenvolvidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ou através da adoção de instrumentos jurídicos específicos.

O Item 4 do Comentário Geral nº 14 define o direito à saúde previsto no art. 12.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dispondo que este direito abarca uma ampla gama de fatores sócio-econômicos que são necessários para que uma vida seja considerada realmente saudável. Estes fatores compreendem a alimentação, nutrição, habitação, acesso à água segura e potável, saneamento adequado, condições seguras e salubres de trabalho e, por fim, um ambiente saudável de vida.

Os elementos essenciais inter-relacionados concernentes ao direito à saúde são regradados pelo item 12 do Comentário Geral 14, sendo eles: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade.

O elemento “disponibilidade” se reporta à questão do funcionamento da saúde pública, centros de saúde, bens, programas e serviços à disposição e em quantidade suficiente para servir os indivíduos. Tal elemento abrange instalações sanitárias adequadas, medicamentos essenciais, fornecimento de água potável e profissionais da área da saúde devidamente treinados.

A “acessibilidade” se refere à importância do acesso irrestrito aos bens e serviços de saúde, sem quaisquer tipos de discriminação; a acessibilidade econômica, principalmente para aqueles que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas médicas; ao acesso a informações claras e precisas sobre tratamentos e moléstias, permitindo a escolha consciente do

---

<sup>70</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n ° 14*. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)> Acesso em: 02/05/2012.

indivíduo; e, por fim, acessibilidade física dos serviços, bens e unidades de saúde para as minorias, sejam os idosos, indígenas, deficientes, crianças, dentre outras.

A “aceitabilidade” é o elemento que se refere à ética médica, dispondo que os profissionais da área da saúde devem respeitar a cultura dos diversos tipos de comunidades atentando-se às necessidades de gênero e ciclo de vida das pessoas.

Por fim, o elemento “qualidade” se relaciona ao fato de que as unidades de saúde, bens e serviços médicos devem ser cientificamente e clinicamente apropriadas, demandando qualificação profissional, equipamentos hospitalares adequados, água potável e saneamento satisfatório.

O Item 37 rege que os Estados devem desempenhar medidas positivas que viabilizem a manutenção e a restauração da saúde da população, promovendo e favorecendo resultados positivos.

Neste mesmo documento, no art. 33 impõe do dever dos Estados de respeitar, proteger e cumprir o direito prestacional à saúde dos indivíduos, adotando medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e promocionais para a realização plena do direito à saúde.

Tendo em vista a existência da desigualdade econômica e social entre os Estados, nem todos podem cumprir prontamente todos os elementos e comandos regeados pelo Item 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja interpretação do conteúdo normativo deu-se pelo referido Comentário Geral nº 14 da Organização das Nações Unidas, conforme visto. Desta forma, visando à superação dos diversos obstáculos enfrentados pelos Estados, estes comandos se tornam de cumprimento progressivo. Contudo, o Estado jamais pode olvidar da relevância deste imperativo e preterir o cumprimento de seus encargos. Assim, os Estados-parte têm a obrigação de enviar relatórios periódicos sobre o cumprimento desse Tratado, demonstrando a efetivação progressiva dos direitos ali tutelados.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Flávia Piovesan<sup>71</sup> assevera acerca do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esclarecendo que “[s]e os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade – os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.175.

### 3.3. Pacto de São José da Costa Rica.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, pelo fato de ter sido realizada nesta cidade na data de 22 de novembro de 1969, foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Esta Convenção teve por objetivo a consolidação, pelos Estados Americanos signatários, das instituições democráticas, de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos.

Em seu preâmbulo, reiterando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispôs que um ser humano só pode ser considerado livre, “isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais [...]”<sup>72</sup>.

Além de ter criado a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica dispôs acerca do dever que toda pessoa tem a comunidade e a humanidade.

Em seu Capítulo II, artigo 4º, reafirmou o direito à vida. Entretanto, tal direito foi disposto somente como um dever negativo do Estado de não privar a vida de seus cidadãos de forma arbitrária, não sendo versado de forma que garanta sua concretização mediante estratégias a serem adotadas pelos Estados, apenas mencionando que tal direito deve ser protegido, mas não prevendo como deve ser realizado.

### 3.4. Protocolo de São Salvador.

Promulgado no Brasil através do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador, por ter sido firmado nesta cidade, foi concebido em 17 de novembro de 1988.

Neste diploma, o propósito de consolidar, dentro das instituições democráticas do continente americano, a liberdade pessoal e justiça social, tendo por base o reconhecimento, tutela e promoção permanente da dignidade da pessoa humana, foi reafirmado. De modo a complementar o que fora tratado no Pacto de São José da Costa Rica, o Protocolo de São

---

<sup>72</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Protocolo de São Salvador*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em: 06/07/2012.

Salvador demonstrou maior atenção à importância do direito à saúde, abordando-o de uma forma mais ampla.

O artigo 10 do Pacto versa especificamente acerca do direito à saúde, estabelecendo, no Item 1, que toda pessoa tem direito a fruir do mais alto nível de saúde e bem estar físico, mental e social. O item 2 do artigo 10, dispõe que os Estados signatários devem reconhecer a saúde como um bem público, adotando as seguintes providências<sup>73</sup>:

- a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias das da comunidade;
- b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O artigo 9, que tem como título o “Direito à Previdência social”, regra em seu item 1 que toda pessoa tem direito a gozar de uma Previdência Social que proteja das debilidades ocasionadas pela senilidade e da impossibilidade, física ou mental, de obter meios de se alcançar uma vida digna e decorosa. Já o item 2 dispõe que, quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá o atendimento médico e a subvenção ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional.<sup>74</sup>

Tendo em vista que uma boa saúde também depende de uma nutrição adequada, o artigo 12 declara o direito a uma alimentação apropriada que assegure o desenvolvimento físico, emocional e intelectual dos seres humanos.

Da mesma forma que ocorre com o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 19 de dezembro de 1966, nem todos os Estados americanos podem efetivar de plano as obrigações decorrentes do Pacto de São Salvador. Entretanto, as providências e

<sup>73</sup>COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protocolo de São Salvador*. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)>. Acessado em: 06/05/2012.

<sup>74</sup> Relevante destacar que Jean Jacques Rousseau, um dos principais filósofos iluministas, em seu livro “Discurso sobre a origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, escrito em meados de 1.755, já demonstrava atenção ao dever de cuidado da saúde dos idosos, tendo em vista as debilidades naturais decorrentes da senilidade, citando: “Entre os velhos, que se movimentam pouco e pouco transpiram, a necessidade de alimentos diminui com a faculdade dos prover; e, como sua a vida selvagem afaste deles a gota e o reumatismo, sendo a velhice de todos os males o que menos os socorros humanos podem atenuar, extinguem-se enfim, sem se perceber que cessam de existir, e quase sem que eles mesmos o perceba.[...] os remédios que a medicina nos fornece são insuficientes para os males que temos [...]”. In: ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Tradução Alex Martins. Martin Claret: São Paulo, 2009. p. 38.

medidas que visam atender tais obrigações devem ser assumidas pelos Estados signatários com ímpeto de cumpri-las de forma progressiva, garantindo um mínimo que assegure a dignidade de todos os indivíduos.

Uma questão que deve ser ressaltada é a pouca consideração dada aos Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos pelos profissionais do direito, como se estes instrumentos, uma vez ratificados pelo Brasil, não se revestissem da força normativa de Emenda Constitucional. Flávia Piovesan<sup>75</sup> corrobora tal assertiva:

As decisões judiciais estudadas, seja na área da saúde ou da educação, não mencionam os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, nem tampouco as observações gerais dos Comitês da ONU. O silêncio quanto à incorporação dos parâmetros protetivos mínimos da ordem internacional revela tanto o desconhecimento do Poder Judiciário a respeito da matéria e sua vocação refratária ao direito internacional como também a não utilização de tais instrumentos internacionais de direitos humanos pelos próprios litigantes.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, despontou vislumbrando a importância da preservação dos interesses básicos dos homens não de modo meramente simbólico. Entretanto, a aparente desconsideração destes instrumentos pelo judiciário e sua incipiente utilização pelos próprios litigantes tem como consequência uma jurisprudência distante do ideal proposto por tais normas. Ainda Flávia Piovesan<sup>76</sup>:

Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um *locus* de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o poder emancipatório e transformador que o direito pode ter.

Desta forma, mediante a utilização e aplicação dos diplomas internacionais de direitos humanos pela sociedade civil e pelos operadores do direito nas contendas judiciais, torna-se possível a harmonização entre a legislação nacional e os tratados internacionais, permitindo que o Estado brasileiro caminhe em consonância com os ideais dignificados pelos direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

---

<sup>75</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos:...* Op.Cit, p. 67.

<sup>76</sup> Ibid. p. 69.

### **3.5. Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH.**

Visando assegurar o cumprimento dos Direitos Humanos no Brasil, na data de 13 de maio de 1996, através do Decreto nº 1.904, o governo federal instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH<sup>77</sup>, sob a coordenação do Ministério da Justiça e com a participação e apoio dos órgãos da Administração Pública Federal.

Tendo em vista que não há como se admitir uma conciliação entre a democracia e as injustiças sociais, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH reconhece o panorama de exclusão e as violações dos direitos humanos que ocorrem no cenário brasileiro, assumindo o compromisso com a promoção destes direitos e tendo como objetivo a proteção dos excluídos e desamparados.

A gênese deste programa ocorreu no ano de 1993, quando foi realizada uma convenção em Viena com o propósito de orientar as Constituições dos Estados membros das Nações Unidas à Programas Nacionais de Direitos Humanos. O Brasil foi um dos primeiros países que iniciou a concretização deste projeto. No ano de 1996 foi concebida a primeira versão nacional deste programa. Já na segunda versão, elaborada em 2002, os direitos sociais e econômicos foram incluídos, vislumbrando o direito à educação, à moradia e à saúde. Elaboradas a partir de ampla consulta à sociedade, mediante sugestões, críticas, debates e seminários, as ações propostas objetivam evitar a banalização da morte, compreendendo, nestas, as mortes decorrentes da precariedade dos serviços de saúde pública.

Os direitos dos indivíduos de serem tratados com respeito e dignidade pelos agentes do Estado, sem quaisquer discriminações, tendo seus direitos efetivamente cumpridos e respeitados, garantem a existência digna e fortalecem a democracia e o Estado de Direito.

O Programa Nacional de Direitos Humanos demonstra também a afirmação do governo brasileiro com os compromissos firmados no plano internacional em relação aos direitos humanos e sociais e seu compromisso com a população brasileira, identificando os obstáculos à promoção desses direitos, elegendo prioridades e apresentando propostas concretas de caráter administrativo, legislativo e político-cultural que materializem um equacionamento dos

---

<sup>77</sup> Cf. Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, do Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1904.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1904.htm)>. Acessado em 06/05/2012.

problemas mais graves. A terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, é a que atualmente vigora.

Enquanto as versões anteriores arrolavam ações programáticas em áreas de governo, a terceira versão, de forma diferente, foi elaborada a partir de seis eixos orientadores que são: I: Interação democrática entre Estado e sociedade civil; II: Desenvolvimento e Direitos Humanos; III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades; IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência; V: Educação e Cultura em Direitos Humanos; VI: Direito à Memória e à Verdade. Inseridas em cada eixo, há diversas diretrizes que aderem à lógica de interdependência dos direitos.

Em relação ao objeto principal do presente trabalho, qual seja, o direito fundamental social à saúde, é imperioso apontar que, na diretriz 7, do Eixo Orientador III, o objetivo estratégico IV dispõe especificamente sobre a ampliação do acesso universal ao sistema de saúde de qualidade.

Dentre diversas ações programáticas, a terceira versão demonstrou o propósito do governo de expandir e consolidar os programas de serviços essenciais de saúde e atendimento domiciliar para pessoas de baixa renda, enfocando na prevenção, diagnóstico prévio das enfermidades e deficiências, apoiando, de maneira especial, as pessoas idosas, os indígenas, os negros, as comunidades quilombolas, as pessoas com deficiências, a população carente de lar, a população gay, os bissexuais, as lésbicas, as crianças e adolescentes, as mulheres, os pescadores artesanais e a população de baixa renda.

Além destas ações programáticas, que denotam um louvável desígnio estatal de salvaguardar a população menos favorecida e mais discriminada, preveem também a criação de programas de pesquisa sobre tratamentos alternativos no sistema de saúde; o aperfeiçoamento do programa de saúde para adolescentes à educação sexual e reprodutiva; a ampliação de políticas de saúde pré, neo e pós-natal; a realização de campanhas de diagnóstico precoce e tratamento às pessoas portadoras do vírus da AIDS, evitando assim o agravamento da doença e prevenindo sua disseminação.

## 4. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

Criado pela Constituição de 1988 e regulamentado pela lei 8.080/90 e pela lei 8.142/90, o Sistema Único de Saúde – SUS é um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo<sup>78</sup>, sendo composto pelo conjunto de serviços e ações de saúde prestada por órgãos e instituições públicas das esferas federal, estaduais e municipais e, de forma complementar, pela iniciativa privada que se vincule ao SUS.

Enquanto a lei 8.080/90 dispõe acerca das condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, visando também uma organização e o funcionamento dos serviços médicos, a lei 8.142/90, de notável importância democrática, prevê a participação da sociedade na gestão do Sistema Único de Saúde e também sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

O SUS foi criado tendo como objetivo oferecer um tratamento igualitário a todos os brasileiros, cuidando e promovendo ações de saúde para toda população, constituindo um projeto social que se concretiza por meio de um sistema público de saúde que se conduz através de diversos princípios e diretrizes que serão a seguir expostos.

### 4.1. Princípios e Diretrizes do SUS.

Com base no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde é organizado de acordo as seguintes diretrizes: descentralização; atendimento integral e, por fim, a participação da comunidade. Com base nestas diretrizes, a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90, estabeleceu, em seu artigo 7º, os princípios e diretrizes para o desenvolvimento das ações e serviços públicos de saúde, que são:

- I) Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos níveis de assistência;
- II) Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III) Preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV) Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

---

<sup>78</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal da Saúde*. Disponível em <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id\\_area=1395](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395)>. Acessado em: 10/05/2012.

- V) Direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI) Divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII) Utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e orientação programática;
- VIII) Participação da comunidade;
- IX) Descentralização política-administrativa, com direção única em cada esfera de governo;
  - a) Ênfase na descentralização dos serviços para os municípios.
  - b) Regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X) Integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI) Conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII) Capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII) Organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Este extenso conjunto de princípios e diretrizes aparenta o ideal da saúde pública desejada por todos os cidadãos. Conforme a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde<sup>79</sup>, estabelecida pela Portaria n.º 2.203/96 do Ministério da Saúde, os princípios da “universalidade, integralidade e da equidade” são concebidos como princípios ideológicos ou doutrinários, enquanto os princípios da “descentralização, regionalização e da hierarquização” são admitidos como princípios organizacionais.

Em relação ao princípio ideológico da Universalidade, este abarca a saúde como um direito de todos, tal como é garantido pela Constituição Federal, onde se depreende que o Estado tem a obrigação de satisfazer esta garantia, provendo saúde a todos os indivíduos localizados no território brasileiro.<sup>80</sup>

O princípio da Integralidade prevê que a atenção à saúde inclui tanto os meios curativos quanto os meios preventivos das moléstias que possam vir a acometer os cidadãos, disponibilizando uma prestação contínua de ações, tendo como objetivo a promoção, proteção, cura e reabilitação dos indivíduos e da coletividade.

Já o princípio da Equidade dispõe acerca da igualdade de oportunidades em utilizar o sistema de saúde pública, afastando quaisquer privilégios de algumas classes em detrimento de outras. Jessé Souza<sup>81</sup> complementa, pautando-se pela concepção aristotélica da igualdade, que a

<sup>79</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde: Portaria n.º 2.203/96*. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm> >. Acessado em 10/05/2012.

<sup>80</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 310.

<sup>81</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 310.

equidade “busca priorizar a oferta de ações e serviços aos segmentos da população que enfrentam maiores riscos de adoecimento e morte devido a questões de desigualdades sociais que implicam desvantagens de renda, bens e serviços”.

O direito à informação, também previsto como um dos princípios basilares do SUS, assegura aos usuários a conscientização acerca de sua saúde, dos tratamentos adequados, da medicação e posologia, da prevenção e dos riscos relativos à saúde coletiva. Assim, cabe aos profissionais e gestores das instituições de saúde o dever de garantir o acesso a informações claras e precisas, tanto aos enfermos, visando à cura, quanto aos indivíduos saudáveis, visando à prevenção.

Contudo, como será abordado, tais princípios ideológicos demonstram-se como ideologias distantes ao percebermos como o Sistema Único de Saúde atua na prática, contrariando seus próprios preceitos básicos e desrespeitando, por diversas vezes e de modo flagrante, o direito à saúde.

#### **4.2. As possíveis razões que obstam a efetivação dos princípios do SUS .**

Apesar dos princípios do SUS não serem negados pelo Estado, o Poder Público demonstra não possuir condições objetivas de oferecer uma saúde universal e igualitária, o que deriva na saúde pública deficitária do Brasil, afastando a possibilidade dos cidadãos desfrutarem dos benefícios previstos na própria lei. Não desconsideramos os diversos avanços na saúde pública nacional, ainda mais quando relembramos o modo como esta era gerida antes da Constituição de 1988 (cf. supra). Contudo, o descaso, a falta de informações adequadas, o atendimento precário e a falta de recursos ainda se destacam no cenário da saúde pública nacional.

Desta forma, no presente capítulo serão abordadas algumas questões que representaram e ainda representam obstáculos para a concretização de um sistema público de saúde que atenda seus princípios. Tendo em vista as limitações do presente trabalho em face de um tema de tamanha complexidade, serão analisadas três hipóteses relevadas como as mais incisivas em relação à dificuldade de viabilizar, nos dias atuais, um SUS que atenda suas demandas e princípios.

#### 4.2.1. O enfraquecimento do Movimento Sanitarista.

Um fato apresentado como uma das razões que contribuiu para que o SUS não efetivasse seus princípios foi o enfraquecimento do movimento sanitário após a Constituição de 1988. De origem acadêmica e criado no início da década de 80, este movimento, de extraordinária importância, tinha como objetivo a democratização da saúde, elaborando um conjunto de ações estratégicas para a experimentação de projetos inovadores, distintos da política vigente à época.<sup>82</sup>

Diversos partícipes deste movimento aderiram a ele visando, além da consolidação do direito social à saúde, protestar contra o regime político militar e sua estrutura ditatorial. Telma Menicucci<sup>83</sup> aduz:

Dessa forma, o paradigma alternativo de saúde coletiva orientava proposições que implicavam transformações mais profundas não apenas na saúde, mas no Estado, na sociedade e nas instituições em geral. Nessa perspectiva, o movimento sanitário se engajou na luta para a derrubada do governo militar, juntando-se aos demais movimentos sociais que proliferavam no país.

Através do movimento sanitarista, ocorreram diversas modificações no cenário político. O grande marco histórico foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília do dia 17 a 21 de março de 1986. Nesta Conferência, as propostas defendidas pelos membros do movimento sanitarista, reforçadas por diferentes atores com interesses na saúde, como os sindicatos de profissionais de saúde, Conselho Federal de Medicina, dentre outros, foram aderidas pela Assembleia Constituinte, incorporando o direito à saúde para todos os cidadãos e criando o Sistema Único de Saúde<sup>84</sup>.

Desta forma, as ideias e ideais difundidos pelo movimento vislumbravam uma reforma sanitária extensa e até mesmo revolucionária, tendo em vista que a ditadura restringia a maior parte das manifestações populares.

Intentando construir um programa de saúde diferenciado, o movimento sanitário teve precípua importância na democratização das políticas de saúde pública. Todavia, com o restabelecimento do regime democrático no Brasil, este movimento acabou perdendo seu vigor, se diluindo na divergência de interesses que entraram em cena ao longo do desenvolvimento das

---

<sup>82</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 157.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 158-159.

<sup>84</sup> *Ibid.* p. 176-177.

políticas da saúde. A heterogeneidade dos posicionamentos políticos dos membros do movimento social da saúde, que durante anos foi movido pelo anseio de uma redemocratização do país pretendendo alcançar uma reforma política, foi se tornando cada vez mais expressiva.<sup>85</sup>

Assim, com o advento da redemocratização, as diferentes clivagens entre os membros ficaram cada vez mais evidentes.<sup>86</sup> Logo, os membros do movimento sanitaria se segregaram por interesses políticos próprios e controversos entre si. Telma Menicucci<sup>87</sup> expõe os principais pontos de divergência:

Entre as principais alterações do movimento sanitário no momento de implantação da reforma, destacam-se: as divergências partidárias em decorrência do fortalecimento e da diversificação das identidades partidárias propiciados pela democratização; o distanciamento da academia da prática política, que tinha sido o elemento impulsionador do movimento; e as modificações dos movimentos dos profissionais de saúde, com o deslocamento do eixo das lutas políticas dos sindicatos para os conselhos de medicina e com o distanciamento ideológico dos princípios da reforma sanitária concomitante ao aprofundamento do corporativismo, passando a se orientar por questões mais pragmáticas relativas ao exercício da profissão.

No final da década de 90, na conjuntura de pós-transição, a oportunidade de uma ação unificada foi frustrada e o movimento sanitário se cindiu no momento primordial de sua implementação. Em decorrência disto, após a publicação da Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080, o movimento sanitário não mais atuou de forma contínua, distanciando-se, gradativamente, do debate político acerca do direito social à saúde.<sup>88</sup>

O enfraquecimento do movimento sanitaria ocasionou, por conseguinte, o enfraquecimento de uma atuação democrática a favor de melhorias na saúde pública, tendo em vista que os movimentos sanitarias eram exercidos por diversas camadas da sociedade, que exerciam o poder de voz e de opinião que reverberavam na atuação da gestão política da saúde. Nesta contextura, não se pode deixar de considerar que a participação popular nos atos políticos de saúde pública começou a ser depreciada, ao menos na prática, tendo em vista que, formalmente, a legislação do SUS prevê, como uma das diretrizes elencadas no artigo 7º, a participação popular no desenvolvimento de ações e serviços públicos de saúde.

---

<sup>85</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 42.

<sup>86</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p.311.

<sup>87</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p.186.

<sup>88</sup> *Ibid.* 186.

Segundo Jessé Souza<sup>89</sup>, para agravar a problemática em questão:

[...] os usuários excluídos da rede privada, que vêm a ser o público-alvo do SUS, ora pela falta de recursos, ora pela inserção precária no mercado de trabalho, à margem, portanto, dos convênios empresariais, não demonstraram capacidade de mobilização para dar suporte à reforma. [...] as disposições da ralé agem contra um expressivo engajamento político, boa parte por estarem ocupadas com a satisfação de necessidades prementes, restringindo sua capacidade de fazer planos prospectivos. Além disto, o pouco conhecimento que incorporaram torna-se verdadeiro obstáculo a ações articuladas e planejadas.

Assim, o povo deixou de exercer seu poder de mobilização política, como antes era desempenhado pelo movimento sanitarista, enfraquecendo, de igual forma, o poder democrático referente às políticas de saúde pública no Brasil.

#### **4.2.2. O problema referente ao financiamento do SUS.**

Outra razão apresentada frequentemente para fundamentar a dificuldade em viabilizar um SUS que cumpra seus princípios básicos é referente às crises fiscais e previdenciárias sofridas pelo Brasil na década de 1990, dando origem ao problema relativo ao financiamento ao SUS.

Com o processo de redemocratização, a estabilização econômica do Brasil operava de forma contrária à ampliação dos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988. A redução do gasto público teve como consequência uma limitação das políticas sociais, prejudicando a implementação do SUS e reduzindo a viabilidade de aumentar o alcance e as prestações dos serviços públicos de saúde. Telma Menicucci corrobora<sup>90</sup>:

A conjuntura de crise fiscal, com suas conseqüências sobre o financiamento dos serviços públicos, associada com o fortalecimento de posições conservadoras e voltadas para o mercado, não se mostrou favorável à implantação do SUS, limitando a possibilidade de ampliação dos serviços de saúde, necessária para garantir a universalização efetiva. Ao se traduzir na redução do gasto público, funcionou como freio objetivo e ideológico à atuação redistributiva do Estado. Particularmente o governo Collor, que assumiu em 1990 como o primeiro presidente eleito após o regime autoritário, foi caracterizado por tentativas de desmontar as políticas sociais e pelo desaparecimento do Estado, afetando o andamento da reforma sanitária definida no plano legal.

---

<sup>89</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 312.

<sup>90</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p.183.

Desta forma, mesmo a Constituição de 1988 tendo acompanhado o enfoque social constante dos Pactos e Declarações de direitos humanos, o Estado não cumpriu literalmente o que garantiu em seu texto constitucional, frustrando, inclusive, a concretização dos projetos da reforma sanitária.

Assim, a garantia de um sistema de saúde pública universal e igualitária não obteve condições objetivas de ser efetivada, tendo como consequência um aviltamento da qualidade dos serviços de saúde nos primeiros anos da implementação do SUS, causado pelos atrasos da União em repassar valores para os Estados e Municípios, além da baixa remuneração dos funcionários que prestavam os serviços públicos de saúde.<sup>91</sup>

Jessé Souza<sup>92</sup> ainda recorda que “[a] falta de mecanismos estáveis e efetivos para seu financiamento diante do aumento da cobertura e de suas atribuições permitiu seu menor alcance e efetividade, não apenas em relação ao volume de recursos, como também em sua forma de repasse do governo federal para estados e municípios.”

Uma das inovações da Constituição Federal vigente foi atrelar o financiamento do SUS à Previdência Social. Contudo, além das restrições orçamentárias do período de crise econômica, ocorreram desvios dos recursos da seguridade social por diversos meios, tais como: sonegação ou inadimplência das empresas; utilização de recursos destinados à seguridade social para suprir despesas do orçamento fiscal ou destinando para outros Ministérios, a sonegação e inadimplência das empresas, e, também, a retenção de recursos do seu orçamento.<sup>93</sup>

O próprio formato institucional da destinação de recursos para a saúde demonstrou-se debilitado em relação ao segmento previdenciário da Seguridade Social. Desta forma, mediante uma análise da crise que ocorreu na segunda metade da década de 90, as críticas relativas à insuficiência e irregularidades dos recursos destinados à saúde tornam-se mais visíveis no cenário brasileiro, momento em que propostas alternativas ingressaram na agenda pública.

Tendo em vista que o custeio da saúde pública configura questão essencial para se atender os objetivos finalísticos da reforma sanitária, em agosto de 1996, através da Emenda Constitucional nº 12, foi instituída a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) como uma fonte adicional de recursos para financiamento do SUS. Consoante esta Emenda, alterada posteriormente, a receita oriunda desta arrecadação deveria ser aplicada

---

<sup>91</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 193.

<sup>92</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 311.

<sup>93</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 194.

integralmente na saúde pública, financiando as ações e serviços do SUS. Contudo, esta nova fonte de recurso supletivo veio a se tornar substitutivo, já que as os recursos de outras fontes do orçamento da Seguridade Social, como o COFINS e a Contribuição Social sobre o Lucro de Pessoas Jurídicas – ambos tinham uma considerável parte destinada para a área de saúde - passaram a ser desviados para outros fins.<sup>94</sup>

Assim, em janeiro de 2008 ocorre a dissolução da CPMF deixando a saúde pública desamparada pela ausência de fluxos regulares de recursos para seu financiamento. Jessé Souza<sup>95</sup> comenta:

Um bom exemplo disso é a dissolução do CPMF (Contribuição Provisória sobre as Movimentações Financeiras) em janeiro de 2008. Sua criação em 1997 teve o intuito de disponibilizar uma nova fonte de receita para a política de saúde. Pouco a pouco, todavia, partes de seus recursos foram deslocadas para outros ramos da seguridade e outras áreas alheias à saúde.

A ausência de mecanismos adequados que pudessem regularizar os recursos destinados à saúde deu início ao “Movimento SOS SUS”. Engendrado pela Plenária Nacional da Saúde, esse movimento contestava a falta de uma vinculação constitucional de recursos para o SUS, mesmo esta proposta tendo sido uma das aspirações do movimento sanitário.<sup>96</sup>

Tal proposta somente se concretizou em determinação legal com a aprovação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, cujo objetivo foi garantir os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde mediante uma vinculação de recursos orçamentários das três esferas do governo. Entretanto, a forma de execução da EC 29 somente confirmou a falta de empenho do governo para a resolução do problema de financiamento do SUS. Telma Menicucci<sup>97</sup> elucida:

[...] a implementação da emenda que vincula recursos dos três níveis do governo para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde estava longe de ser uma realidade, e não parece que será de fato uma solução. A forma de frear o aumento de recursos da União para o sistema de saúde pública tem se dado mediante um conflito intraburocrático entre diferentes interpretações da legislação. [...]

Não obstante o fato de o texto legal aparentar claro em relação à forma de cálculo dos recursos mínimos a serem aplicados pela União, houve forte divergência a respeito da base de

<sup>94</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 196-197.

<sup>95</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 449.

<sup>96</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 197.

<sup>97</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p. 202.

cálculo a ser utilizada nos valores sobre os quais a União aplicaria os aumentos anuais dos recursos da saúde.

No ano de 2012, após 11 anos da publicação da Emenda Constitucional 29, a Presidenta da República, Dilma Rousseff, regulamentou a Emenda Constitucional nº 29, sancionando a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012. Com a regulamentação, a União se comprometeu a manter o atual orçamento federal para o setor, levando em consideração a variação do PIB nominal a cada ano<sup>98</sup>, estabelecendo que os estados e o Distrito Federal devem aplicar anualmente em saúde pública o montante de 12% da arrecadação de impostos e outros recursos de sua competência<sup>99</sup>. Os Municípios, juntamente com o Distrito Federal, deverão aplicar em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% de suas receitas.<sup>100</sup>

Se por um lado a Lei Complementar 141/2012 foi elogiada por definir, em seu art. 3º, diversas ações e serviços indispensáveis para uma saúde pública de qualidade<sup>101</sup>, não permitindo a nenhum governador ou prefeito contabilizar como despesas com “saúde pública” os gastos com merendas escolares, restaurantes populares, saneamento básico ou pensões e aposentadorias de

<sup>98</sup> Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

<sup>99</sup> Art. 6º. Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

<sup>100</sup> Art. 7º. Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

<sup>101</sup> Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: 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.

funcionários do setor, por outro lado, foi arduamente criticada. Isto pelo fato da Presidenta ter vetado um dos pontos que gerava grande expectativa em especialistas da área da saúde pública, qual seja: os “créditos adicionais” para saúde na hipótese de revisão do valor nominal do PIB, previsto no §1º do art. 5º da Emenda Constitucional 29.<sup>102</sup>

A argumentação cedida pelo governo foi a de que uma alteração frequente nos valores a serem repassados ao SUS pela União poderia gerar instabilidade na gestão fiscal e orçamentária. Aloísio Tibiriça Miranda<sup>103</sup>, 2º Vice-presidente do Conselho Federal de Medicina, afirmou que: “[c]om isso a EC29 não trouxe nenhum dinheiro federal novo pro setor”.

Ligia Bahia<sup>104</sup>, Vice-presidente da Associação Brasileira de Saúde Coletiva - ABRASCO, especialista em saúde pública, professora e coordenadora do laboratório de Economia Política da Saúde da UFRJ, em entrevista disponibilizada no site da associação, comentou, de maneira enfática, o veto supramencionado:

Caracteriza o pão-durismo na Saúde e é o veto que mais afeta o setor. Se nem a variação do PIB vai ser levada em conta, o recado é: “é isso para a Saúde e pronto”. Fora que não procede a justificativa de que alterar o Orçamento poderia causar instabilidade. Um PIB de mais de R\$ 1 trilhão, sendo que a saúde recebe 3,5% do PIB.

[...] Aprovar a Emenda 29 sem que a União tenha que dispor de mais recursos para a Saúde é uma tragédia. Do jeito que aprovaram, a Saúde vai ter mais R\$3 bilhões; se fossem os 10% da receita da União, o aporte seria de R\$40 bilhões. Foi bom terem definido o que são gastos com Saúde, mas os R\$3 bilhões a mais não terão grande impacto. Houve uma derrota de todos os que defendem o SUS, ainda que o governo veja a aprovação como uma grande vitória.

[...] Como priorizar a Saúde sem ser prioridade orçamentária de fato? Tivemos alternância democrática, mas os governos não priorizaram a Saúde.

[...] investimos em Saúde menos que o Chile e a Argentina, e menos do que os países que têm as mesmas condições macroeconômicas e políticas que as nossas. Por conta disso, a gente não consegue que os indicadores de saúde tenham a mesma performance dos indicadores econômicos.

Pretendendo uma alteração deste percentual, o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina, com o apoio da Associação Médica Brasileira, juntamente com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e outras entidades da sociedade civil, trabalham

<sup>102</sup> O Art. 5º, §1º previa: “Na hipótese de revisão do valor nominal do PIB que implique alteração do montante a que se refere o caput, créditos adicionais deverão promover os ajustes correspondentes, nos termos do § 8º do art. 165 da Constituição Federal.”

<sup>103</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Notícias: Projeto que defende mais verbas para a saúde colhe assinaturas em todo país.* Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22743:projeto-que-defende-mais-verbasp-para-a-saude-colhe-assinaturas-em-todo-o-pais&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22743:projeto-que-defende-mais-verbasp-para-a-saude-colhe-assinaturas-em-todo-o-pais&catid=3)> Acessado em: 12/06/2012.

<sup>104</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA – ABRASCO. Disponível em: <[http://www.abrasco.org.br/imprimir.php?opcao=noticia&id\\_noticia=868](http://www.abrasco.org.br/imprimir.php?opcao=noticia&id_noticia=868)>. Acessado em: 12/06/2012.

para coletar assinaturas para elaborar uma lei de iniciativa popular que obrigue a União a investir 10% de suas receitas com saúde.<sup>105</sup>

Desta forma, se pode perceber que a problemática que gira em torno do financiamento do SUS é algo que existe desde sua criação, com o advento da Constituição Federal de 1988, perdurando até os dias de hoje.

#### **4.2.3. O descaso institucional da saúde pública no Brasil.**

Além de a população sofrer pelo acometimento de enfermidades, também sofre com o descaso institucionalizado na rede saúde pública brasileira. Descaso este que advém tanto das autoridades do Poder Público, quanto dos próprios funcionários do sistema de saúde, sendo de fácil constatação ao adentrarmos nos hospitais públicos ou ao abrirmos os jornais. Apesar do acesso igualitário e universal dos serviços de saúde serem garantias constitucionais, tais princípios aparentam estar longe de uma concretização real.

Sem dúvida, é admirável, na acepção depreciativa da palavra, a resignação do governo em relação à existência de doenças consideradas superadas, mas que acometem e levam a óbito considerável parcela da população pobre, miserável e os residentes de regiões longínquas do Brasil. Fato comprovado pelo alto número de novos casos de tuberculose e leishmaniose no território brasileiro, doenças cujas drogas desenvolvidas para seus respectivos tratamentos se deram, principalmente, entre as décadas de 40 e 50, não havendo desenvolvimento de relevantes inovações medicamentosais após este período. A leishmaniose é quantificada em 30 mil novos casos por ano. Já tuberculose alcança o número de 70 mil novos casos por ano no Brasil<sup>106</sup>. A favela da Rocinha, localizada na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, chegou a contabilizar 50 casos de tuberculose por mês no ano de 2008.<sup>107</sup>

Eduardo Costa, epidemiologista da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), revelando o descaso institucional da saúde pública no Brasil, esclarece que: “Não vale a pena investir em

<sup>105</sup> Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Notícias: Projeto que defende mais verbas para a saúde colhe assinaturas em todo país. Op. Cit.*

<sup>106</sup> Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal do SUS*. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id\\_area=124&CO\\_NOTICIA=12351](http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=12351)>. Acessado em: 13/06/2012.

<sup>107</sup> SOUZA, Jessé. *Op.Cit.* p. 313

produzir medicamento para esses grupos. Então, é uma doença que é negligenciada, e a grande indústria não se interessa em desenvolver produtos para ela.”<sup>108</sup>

Ainda no ano de 2011, entre o período de janeiro a outubro, a malária atingiu o registro de 217.298 novos casos na região Amazônica, local onde se concentra 99% dos casos desta doença no Brasil<sup>109</sup>.

Tais informações revelam que grande parcela da população brasileira é privada das intervenções da saúde pública, tornando-se reféns das condições de vida que lhes são impostas. Jessé Souza complementa que “[a] realidade é que elas não possuem meios para evitar a contaminação ou não sabem como fazê-lo e, principalmente, são mal assistidas quando adoecem, o que justifica a denominação de ‘doenças da pobreza’.”<sup>110</sup>

Cumprido elucidar que focamos na abordagem na tuberculose, leishmaniose e malária pelo fato de tais doenças serem estritamente vinculadas à condição de pobreza, configurando moléstias típicas de periferias e regiões remotas do Brasil, confirmando a subjugação da classe desprovida de recursos materiais e culturais.

A falta de saneamento, de alimentação adequada, de acesso à informações, de investimentos estatais em fármacos voltado para esta determinada categoria da sociedade, mantém estas doenças, cujos números são alarmantes, persistentes e mal combatidas, rememorando mecanismos reguladores de vida semelhantes aos mecanismos do Biopoder. Jessé Souza<sup>111</sup> instrui sobre a questão:

Para a visualização desse quadro, e nos atendo aos seus efeitos perversos na saúde pública, deveremos conceber a ação dos instrumentos técnicos que permitem garantir as relações de dominação, que acabam por subjugar uma classe inteira de pessoas e fabricar sujeitos debilitados em saúde, acometidos pelas intituladas “doenças de pobre”, ao mesmo tempo em que privam pessoas do atendimento de qualidade que lhes é garantido formalmente em lei.

Conforme já abordado no primeiro capítulo deste trabalho, os modelos de saúde adotados antes da Constituição de 1988 dividiam os brasileiros em três classes: os que possuíam

<sup>108</sup> REDE GLOBO. Fantástico. Disponível em: <<http://www.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL698337-15605,00-DOENCAS+DA+POBREZA.html>>. Acessado em 20/06/2012.

<sup>109</sup>Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS enfrenta a malária*. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/3945/162/acoes-do-sus-ajudam-a-reduzir-casos-de-malaria.html>>. Acessado em 20/06/2012.

<sup>110</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 313 e 314.

<sup>111</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 312.

recursos para pagar por serviços privados de saúde; os que eram trabalhadores com carteira assinada que tinham, em decorrência disto, o direito à saúde pública por serem segurados pela Previdência Social e, por fim, a grande parcela da população que dependiam da complacência estatal para ter quaisquer prestações de serviços de saúde. Atualmente, o modelo de saúde que se manifesta na prática desfavorece a classe pobre, miserável e residente das regiões remotas do Brasil, negligenciando serviços de saúde para esta camada da sociedade, ou os prestando de forma muito inferior aos padrões mínimos de qualidade. Desta forma, através dos mecanismos do Biopoder, o Estado “deixa morrer” diversos cidadãos. Foucault<sup>112</sup> assevera sobre a questão:

Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder de soberania, e que consistia em poder de fazer morrer, eis que aparecer agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a “população” enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o de “fazer viver”. A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste ao contrário, em fazer viver e deixar morrer.

Outra dimensão claramente problemática e que também demonstra um descaso institucional quando abordamos acerca da saúde no Brasil é a fama atribuída aos gestores e profissionais servidores da saúde pública de atuarem com indiferença em relação aos usuários do SUS. A desvalorização moral, social e política do público-alvo do sistema de saúde pública do Brasil, velado no descaso e em um tratamento desigual, denota também a falta do reconhecimento de sua dignidade e cidadania.<sup>113</sup>

A predileção em relação a um paciente em detrimento a outro, fundamentado em questões sociais, políticas ou econômicas é algo defeso pela própria Constituição Federal vigente, que tem como um dos fundamentos a igualdade e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento este que será tratado no próximo capítulo. Visando afastar os instrumentos do biopoder, todo e qualquer descaso institucional deve ser corrigido, antes que este descaso se torne institucionalizado.

Este descaso traduz-se desde a falta de solicitude de alguns servidores, percorrendo os entraves burocráticos do atendimento, seja no ingresso ou na transferência de pacientes, alcançando a negligência e a morosidade dos atendimentos e dos resultados de exames. Além

---

<sup>112</sup>FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 294.

<sup>113</sup>SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 312.

destes problemas, Jessé Souza<sup>114</sup> adiciona a questão do modo que os pacientes são tratados, lembrando que “[n]ão interessam as demandas sociais e psicológicas, já que o paciente nada mais é que um corpo que médicos e enfermeiros são pagos para tratar. Temos isso como uma noção animalizada sobre a vida e a saúde, algo que os princípios do SUS combatem”.

A camada pobre e miserável da população brasileira constituem os maiores usuários do SUS, desprovidos tanto de condições econômicas quanto de conhecimentos técnicos na área da saúde. Embora o inciso IV, do art. 7º da CF preveja salário mínimo capaz de atender as necessidades vitais básicas do indivíduo e de sua família, incluindo nestas necessidades a saúde, nota-se que esta prescrição não corresponde com a realidade do povo brasileiro. De igual forma, apesar dos art. 6º e 196 da CF apregoarem o direito a saúde conferido a todos, conforme exposto no capítulo anterior, o descaso e as mazelas existem e são evidentes na prestação de saúde pública do Brasil, escancarando o hiato estatal na concretização deste direito fundamental. Lenio Streck<sup>115</sup>, sobre esta questão, bem dispõe que as promessas da modernidade sequer foram minimamente cumpridas e que, o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro.

Como consequência, os usuários do SUS acabam por consentir com o tratamento precário e desumano que enfrentam, com receio de não serem sequer atendidos caso confrontem com esta realidade. Assim, são constrangidos a não exercerem suas opiniões, anuindo com a humilhação que são submetidos, pelo fato de que estão em face do especialista médico, aquele que agrega em si o poder de salvar sua vida.<sup>116</sup>

Soma-se isto a falta de leitos, insumos médicos e medicamentos pela falta de um financiamento e direcionamento adequado das verbas públicas, agravando ainda mais o cenário da saúde pública e aumentando, inclusive, a pressão sofrida pelos profissionais da saúde pública comprometidos com suas respectivas funções. Esta pressão enfrentada contribui para tornar a relação médico-paciente meramente profissional, desprovida do indispensável humanismo que tal relação merece em prol do respeito à dignidade do cidadão. Jessé Souza<sup>117</sup> complementa que “[d]esse modo, a própria instituição age contra o ideal de qualidade no atendimento, pois a todo

---

<sup>114</sup> Ibid. p. 317 e 318.

<sup>115</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.23.

<sup>116</sup> Souza, Jessé. *Op. Cit.* p. 318.

<sup>117</sup> Ibid. p. 324.

tempo investe sobre seus profissionais uma carga de estresse que só pode prejudicar o andamento normal de trabalho e favorecer a manifestação de ressentimentos e possíveis erros.”.

Além destes, outros argumentos que rodeiam a fundamentação da causa da deficiência da saúde pública são, por diversas vezes, discutidos, tais como: a falta de ensino adequado dos profissionais da saúde, gerando uma falta de profissionais realmente qualificados para a profissão, o não comprometimento dos servidores, a alegada má remuneração dos servidores, dentre outros. Temas complexos e que incitariam diversos outros trabalhos e abordagens neste sentido.

O atendimento aos doentes é uma obrigação do Estado através do SUS. Contudo, os serviços de saúde não podem ser encarados tão somente através da prática médica de atendimento, constituindo, além disto, um complexo sistema administrativo inclusivo, que deve se atentar as necessidades do coletivo.

As contribuições de Jessé Souza são de indispensável importância também neste momento do trabalho. Segundo o autor, há um “consenso inarticulado” que perpassa toda sociedade brasileira, naturalizando uma divisão dos cidadãos em “gente” e “subgente”, permitindo a reprodução da desigualdade e da violência social. Pelo fato deste “consenso inarticulado” não ser algo admitido expressamente pelas outras classes, ele torna possível a manutenção da crise social e política brasileira, atribuindo a culpa e a responsabilidade ao Estado ou a uma elite abstrata, uma referência vaga que não provoca constrangimento a ninguém.<sup>118</sup>

Jessé Souza, ao evidenciar a proscrição de cidadãos em seus cotidianos sob o argumento da meritocracia, onde, na concepção da grande parte das pessoas, os indivíduos sofrem as consequências de seus atos por suas próprias escolhas, alcançando somente por mérito próprio aquilo que desejam. Esta concepção acaba legitimando um discurso que reproduz a situação de uma saúde pública deficiente que os cidadãos são obrigados a se submeter. Conforme o autor<sup>119</sup>:

Praticamente todo o aparato de instituições estatais e paraestatais vai reproduzir o mesmo padrão. Sempre que houver “consensos inarticulados” que legitimem esse tipo de prática na vida cotidiana, as instituições vão reproduzir a má-fé dos setores politicamente hegemônicos como a classe média (privilegiada pelo acesso seletivo ao capital cultural em conhecimento útil) e a classe alta (privilegiada pelo acesso seletivo ao capital econômico). Assim, o cotidiano dos hospitais do SUS vai reproduzir não a máxima explícita de preservar a vida a todo custo, mas, em muitas ocasiões, realizar a máxima

---

<sup>118</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 422.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 428.

contrária do “deixar morrer”, por não atendimento, por usar material de segunda classe, por negligência ou descaso puro e simples.

Os usuários da rede pública de saúde, encarados como subcidadãos em sua maior parte, acabam não exercendo seu poder de crítica por não encontrar meios que garantam essa possibilidade, cerceando a opinião e ação destes sujeitos a favor de melhorias no SUS. Por conseguinte, lhes é retirando também a liberdade.

Jessé Souza<sup>120</sup> arremata:

Essa “classe social”, nunca percebida até então enquanto “classe”, ou seja, nunca percebida como possuindo uma gênese social e um destino comum, sempre foi (in)visível, entre nós, e percebida apenas como “conjuntos de indivíduos”, carentes ou perigosos.

[...] Sem práticas institucionais e sociais que estimulem e garantam a possibilidade de crítica e a independência de opinião e de ação, não existem indivíduos livres.

Estes “consensos sociais inarticulados”, que, conforme visto, permitem a legitimação das injustiças sociais, são suscetíveis de mudanças. A articulação dos consensos sociais, tematizados em profundidade, torna possível a transformação desta perspectiva, abrindo a possibilidade para percepção, conscientização e crítica da sociedade no sentido moral e político, desenvolvendo também o aspecto humano e permitindo uma sociedade mais justa e livre e suscetível de aprendizado.<sup>121</sup>

Neste capítulo, sem a pretensão de exaurir o tema, abordamos determinadas questões que representam reais dificuldades para viabilização de um SUS que atenda seus princípios. Tais questões, de ampla discussão no cenário político nacional, revelam também as adversidades enfrentadas pela população que necessita de ações e serviços de saúde pública de qualidade para que possam sobreviver com um mínimo de dignidade. Desta forma, no próximo capítulo será analisado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a construção doutrinária e jurisprudencial do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível em relação ao direito fundamental social à saúde.

---

<sup>120</sup> Ibid. p. 25 e 42.

<sup>121</sup> Ibid. p. 429 e 430.

## **5. A SAÚDE SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL.**

A reverência ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é professada pelo Estado brasileiro a partir da carta constitucional de 1988, consolidando este princípio no inciso III do artigo 1º. Figurando como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana reveste-se de elementar importância, assentando a dignidade como uma qualidade intrínseca conferida a toda espécie humana, exigindo seu respeito pelo Estado e por todos os seres humanos entre si.

Neste sentido, um ser humano que é tido tão somente como um corpo a ser curado, tem sua dignidade maculada. De igual forma, um ser humano que não possui um mínimo digno de prestações de saúde também tem sua dignidade maculada, submetido ao desarrimo estatal. Assim, no presente capítulo, será abordado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seu estrito vínculo com a teoria do mínimo existencial, cujo limite apresentado é a reserva do possível, apresentando o posicionamento da jurisprudência majoritária acerca do tema.

### **5.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o direito à saúde.**

A Declaração dos Direitos Humanos concebeu o caráter universal do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo que a dignidade, inerente a todos os membros da espécie humana, é fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial. No preâmbulo da citada Declaração, os direitos humanos fundamentais, a dignidade e o valor da pessoa humana reafirmam a fé dos povos na decisão de promover o progresso social e melhores condições de vida, proclamando que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O valor da dignidade da pessoa humana se estabelece como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico pátrio, como princípio base e padrão de valoração que orienta a interpretação de todo o sistema constitucional<sup>122</sup> abarcando um substrato igualitário e universalista, de tal forma que seu estabelecimento no direito positivo pátrio interage, de forma direta, com a política de direitos humanos, afastando o predomínio das concepções intransigentes

---

<sup>122</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos*. Op. Cit. p. 54.

do Estado ou da comunidade em detrimento da liberdade individual, tendo como objetivo a valorização do homem enquanto ser humano.

Neste sentido, Norberto Bobbio<sup>123</sup> assevera que “[t]odas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que constituem poderes.” A concepção atual da dignidade foi concebida por Kant, filósofo do Iluminismo que viveu no século XVIII. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial, momento no qual o mundo percebeu a importância da valorização do ser humano e de sua dignidade, é que houve uma veemente inclusão da dignidade da pessoa humana nas Constituições de Estados democráticos e nos diplomas internacionais. A inclusão da dignidade da pessoa humana no mundo jurídico também se deu pelo surgimento de uma cultura pós-positivista, reaproximando o Direito da filosofia moral e política, abrandando o vigor do positivismo normativista<sup>124</sup>. Habermas<sup>125</sup> corrobora:

Vale a pena ressaltar o fato de que a dignidade humana, como conceito filosófico que já existia na antiguidade e que adquiriu sua expressão canônica atual com Kant, só alcançou a materialidade em textos de direito internacional e nas constituições nacionais recentes depois da Segunda Guerra Mundial. Somente durante as últimas décadas, a dignidade humana tem desempenhado um papel protagonista na jurisdição internacional.

Kant lecionava em sua doutrina que, enquanto as coisas possuem valores, o ser humano possui dignidade, e que esta não pode ser substituída por qualquer preço, não admitindo qualquer equivalência. A filosofia Kantiana foi elaborada sobre as noções de razão e dever, enfocando a capacidade do indivíduo de dominar suas emoções e se orientar mediante uma racionalidade prática.

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. p.21.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 4.

<sup>125</sup> No original “*Vale la pena resaltar el hecho de que la dignidad humana, como concepto filosófico que ya existía en la Antigüedad y que adquirió su expresión canónica actual con Kant, sólo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Únicamente durante las últimas décadas la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional.*”. HABERMAS, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Tradução para o espanhol por Javier Aguirre Román. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s0185-24502010000100001&script=sci\\_arttext#notas](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s0185-24502010000100001&script=sci_arttext#notas)>. Acessado em 06/08/2012.

Transcrevemos o trecho de sua obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, onde Kant<sup>126</sup> afirma:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.

Não obstante, a realidade vivida em países como o Brasil ainda desafia os ditames da dignidade humana. Por exemplo, nos deparamos com diversos atos de corrupção no cenário político brasileiro<sup>127</sup> que contradizem esta apropriada filosofia moral tecida por Kant. Sem embargo da enorme contribuição do filósofo ao significado de dignidade humana, não se pode deixar de considerar que a vontade e a conduta dos seres humanos são inerentes a vários aspectos, tanto em relação a características positivas, como a afetividade e solidariedade, quanto aos infestos das ambições que visam o poder e o dinheiro.

A concepção de dignidade humana se altera no tempo e no espaço, sofrendo influências da história e da cultura de cada povo, assim como por questões políticas e ideológicas. Por tal razão, definições concisas e detalhadas são impossíveis de serem realizadas.

Tal princípio deve se afastar de interpretações que expressem uma visão unitária, como as religiões ou ideologias fechadas, que podem servir à legitimação de posições moralistas revestidas de intolerância e autoritarismo. Desta forma, na determinação dos conteúdos mínimos da dignidade, a laicidade é algo que deve também ser observado. De igual forma, deve também atentar-se à imparcialidade política visando afastar quaisquer tiranias e atos de violência estatal.<sup>128</sup>

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa uma posição privilegiada no ordenamento jurídico nacional e internacional, impondo sua inviolabilidade. O homem, possuidor de dignidade, deve ser entendido como um fim em si mesmo, e não como um meio para outros fins. Habermas assevera que “o respeito à dignidade de todo ser humano proíbe

<sup>126</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 65.

<sup>127</sup> Dentre vários casos que poderíamos citar, um ótimo exemplo relacionado com a saúde é o caso conhecido como o “Escândalo das Sanguessugas”, onde uma quadrilha desviava dinheiro público destinado para a compra de ambulância. Desta forma, nota-se que, na prática, diversos seres humanos aviltam sua dignidade, barganhando esta por um preço.

<sup>128</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 19.

que o Estado trate uma pessoa simplesmente como um meio para alcançar um fim, incluindo neste se o outro fim for o de salvar a vida de muitas outras pessoas.”<sup>129</sup>

Por outro lado, Canotilho<sup>130</sup> alerta que, “com o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana (de resto sendo problemática a sua estrutura como direito autónomo) corre-se o risco de ‘dessubstantivar’ todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais.”. Desta forma, os Tribunais devem, na aplicação de tal princípio, balizar seu uso com prudência e discernimento, pautando-se em aspectos inerentes à dignidade como um conceito aberto, plural, dotado de plasticidade<sup>131</sup> e que deve se ater à individualidade e igualdade de cada ser sem desrespeitar a dignidade como direito coletivo para que esse não perca sua precípua importância no ordenamento constitucional brasileiro, considerado como um dos alicerces da valorização social do ser humano.

Uma questão atinente ao tema aqui tratado e que se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana é a publicação das Resoluções 1.805/2006 e 1.995/2012 pelo Conselho Federal de Medicina.

A partir da Resolução n.º 1.805/2006, o Conselho Federal de Medicina passou a permitir aos médicos, conforme seu art.1º, “[...]limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.”<sup>132</sup>

Visando disciplinar e especificar melhor a conduta médica em face desta situação de ordem ética, o Conselho Federal de Medicina recentemente publicou a Resolução n.º 1.995/2012, que regulamentou e definiu as “diretivas antecipadas de vontade”, também conhecida como “testamento vital”.

Conforme o art.1º da Resolução 1.995/2012, a diretiva antecipada de vontade é “[...]o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre os cuidados e

---

<sup>129</sup> No original “*El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas.*” HABERMAS, Jürgen *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos. Op. Cit.*

<sup>130</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.31

<sup>131</sup> *Ibid.* p.18.

<sup>132</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.805/2006. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm)> Acessado em: 18/09/2012.

tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente a sua vontade”<sup>133</sup>.

Levando em consideração que os novos recursos tecnológicos possibilitam a adoção de medidas que prolongam a vida e o sofrimento do enfermo, as diretivas antecipadas de vontade propiciam ao paciente o direito de escolha, antes de perder a capacidade de se comunicar ou sua plena consciência, acerca dos procedimentos nos quais não deseja ser submetido no caso de se encontrar em estado terminal. Assim, o médico considerará as diretivas antecipadas de vontade do paciente, que prevalecerão, inclusive, sobre os desejos dos familiares.

Antes desta regra, tais decisões eram da responsabilidade exclusiva dos médicos, que determinavam os procedimentos a serem adotados nestes casos.

Com o advento da Resolução 1.995/2012, o paciente poderá formalizar seu desejo em cartório ou diretamente com o médico, que registrará as diretivas antecipadas de vontade em seu prontuário. Contudo, para formalização deste instrumento a pessoa deve estar apta para exercer todos os atos da vida cível.

A diretiva antecipada de vontade reafirma o regramento contido no inciso XXII do Capítulo I do Código de Ética Médica, que assim dispõe: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”<sup>134</sup>

Interessante salientar que, relacionado ao tema em questão, o art. 15 do Código Civil garante que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

A diretiva antecipada de vontade também se adéqua ao preceito constitucional previsto no inciso III, do art. 5º, da Constituição, que prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”. Isso pelo fato de que manter um paciente em estado vegetativo ou sofrendo em uma situação sem possibilidade de progressos, onde o corpo aprisiona,

---

<sup>133</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)> Acessado em: 18/09/2012.

<sup>134</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122)>. Acessado em: 18/09/2012.

pode ser equiparado a um tratamento desumano ou degradante, atingindo diretamente a dignidade deste enfermo.

Segundo o Presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz d'Avila, o recurso da diretiva antecipada de vontade está diretamente relacionado à possibilidade de ortotanásia, onde a morte ocorre pelo seu processo natural e o médico apenas permite que este estado siga seu curso, atuando de forma que amenize as dores sofridas pelo paciente. Roberto Luiz d'Avila<sup>135</sup> esclarece:

Com a diretiva antecipada de vontade, o médico atenderá ao desejo de seu paciente. Será respeitada sua vontade em situações com que o emprego de meios artificiais, desproporcionais, fúteis e inúteis, para o prolongamento da vida, não se justifica eticamente, no entanto, isso deve acontecer sempre dentro de um contexto de terminalidade da vida.

No ano de 2007, o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Pública requerendo a decretação da nulidade da Resolução 1.805/2006. Contudo, o juiz da 14ª Vara da Justiça Federal, sediada em Brasília, sentenciou indeferindo o requerimento do Ministério Público Federal, declarando a Resolução plenamente válida e conferindo ao médico autorizado pelo paciente ou seu responsável legal o direito de limitar ou suspender os tratamentos desnecessários que intentem apenas prolongar a vida e o sofrimento do paciente em fase terminal e incurável.<sup>136</sup> Roberto d'Avila conclui que “[a] decisão do Judiciário contempla a própria evolução dos costumes e das relações sociais. A sociedade está preparada para essa mudança que tem como fundo o resgate da dignidade do ser humano em todos os momentos de sua trajetória, inclusive na morte.”<sup>137</sup>

Por sua vez, diferente da ortotanásia, a eutanásia é o procedimento que provoca a morte da pessoa que padece em decorrência de seu quadro clínico precário, seja pelo sofrimento agudo decorrente de sua doença, seja por seu estado vegetativo ou terminal. Assim, um terceiro, médico ou não, movido pelo sentimento humanístico de piedade, provoca a morte do enfermo,

<sup>135</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Notícias: Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida.* Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3)>. Acessado em: 18/09/2012.

<sup>136</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Notícias: Justiça valida a resolução do CFM sobre Ortotanásia.* Disponível em: <[http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3](http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3)>. Acessado em: 18/09/2012.

<sup>137</sup>Ibid.

adiantando este fenômeno natural. Cabe ressaltar que a eutanásia é considerada uma conduta criminosa, configurando homicídio, ainda que privilegiado.

No estágio atual das ciências médicas, a morte é algo inevitável. Todos os seres humanos morrem, contudo, nem todos tem o privilégio de morrer com dignidade. Destarte, se pode concluir que as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes prezam pela autonomia de pacientes, permitindo que estes disponham previamente e quando lúcidos acerca do que consideram e escolhem como morte digna no caso de se encontrarem em estado terminal irreversível.

De igual forma, um sistema de saúde que contemple a igualdade de acesso, a divulgação de meios para a prevenção de doenças, o oferecimento de tratamentos adequados e eficazes, assim como o oferecimento de um tratamento que minore os flagelos do enfermo quando a cura não for possível, demonstra a atenção à dignidade daqueles cidadãos enquanto seres humanos. O Estado brasileiro, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais dos cidadãos, deve prover o direito à saúde como elemento intrínseco ao direito a vida e que assenta a dignidade como um fundamento, como um direito e como uma qualidade do ser humano.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>138</sup>: “[n]o controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão”.

A liberdade, como parte indissociável da dignidade da pessoa humana, está completamente atrelada à questão da aplicação da medicina social pública, afinal, um ser humano sem meios para prover a saúde sua e de sua família, encontra-se aprisionado à sua fatídica condição, onde sua dignidade também é diretamente alvejada. Não restam dúvidas de que a saúde, como um direito fundamental de cunho prestacional estatal, é pressuposto para o exercício da cidadania, da qualidade de vida do cidadão e da dignidade de todas as pessoas.

Com o múnus estatal referente à prestação do direito à saúde cumprido de maneira inadequada e deficiente, a população com exíguos recursos financeiros é a que mais sofre os efeitos e defeitos desta falta de serviços de saúde, reverberando diretamente em sua dignidade. A falta de leitos, medicamentos, tratamentos adequados e informações claras e precisas, fazem emergir a agonia e sofrimento que vão além dos agravos físicos.

---

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.32.

O panorama se agrava ainda mais quando vislumbramos a situação de idosos que, por consequência do avanço de sua idade, têm a saúde fragilizada. Segundo dados do IBGE, os idosos correspondem a 7,4% da população brasileira, mais de 14 milhões de vidas. Grande parcela desta população se torna improdutiva, dependendo de uma Previdência Social que se distancia categoricamente de uma previdência social. Fatidicamente, aproximadamente 80% destes idosos possuem ao menos uma doença crônica, necessitando de frequentes cuidados médicos e terapêuticos.<sup>139</sup> Insta salientar que, nos planos privados de saúde, quanto mais idoso uma pessoa é, maior o valor cobrado por seu plano.

Inegável é o fato de que todo e qualquer ser humano sem condições de prover sua saúde ou se sua família, torna-se um indivíduo marginalizado pela própria sociedade. Conforme as lições de Daniel Sarmiento<sup>140</sup>, assim como o Estado deve abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, também tem a obrigação de promover a dignidade mediante condutas ativas, garantindo, desta forma, o mínimo que garanta uma existência digna.

Percebe-se, desta forma, a relevância da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira, atuando como um dos pilares da estrutura de organização do Estado Social Democrático de Direito<sup>141</sup>, devendo ser efetivamente observado, em prol do respeito ao cidadão enquanto ser humano que é.

Sob este enfoque, a dignidade da pessoa humana requer o efetivo exercício dos direitos sociais, que asseguram o bem-estar de cada ser humano em sua esfera particular, mas dentro de uma mesma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Neste esteio, o mínimo que o Estado deve cumprir, para que os cidadãos alcancem uma existência digna, é amplamente difundido pela teoria do Mínimo Existencial, que será abordada no próximo item.

---

<sup>139</sup>CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO PARANÁ. *Notícias: Uso de medicamento em idosos é preocupante no Brasil*. Disponível em: <[http://www.crf-pr.org.br/site/noticia/visualizar/id/3419/?Uso\\_de\\_medicamentos\\_em\\_idosos\\_e\\_preocupante\\_no\\_Brasil.html](http://www.crf-pr.org.br/site/noticia/visualizar/id/3419/?Uso_de_medicamentos_em_idosos_e_preocupante_no_Brasil.html)>. Acessado em: 20/09/2012.

<sup>140</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 71.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

## 5.2. O direito ao Mínimo Existencial de prestações de saúde.

A concepção de “Mínimo Existencial” refere-se acerca do mínimo de necessidades básicas que o Estado deve prover aos cidadãos para uma existência digna em face de desigualdades fáticas<sup>142</sup>. Este direito às condições mínimas para uma existência humana digna exige do Estado prestações positivas<sup>143</sup>.

Segundo Ricardo Lobo Torres<sup>144</sup> “[a] proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana.”. Isto porque, a partir do momento em que um ser humano perde as condições mínimas para sua existência e sobrevivência, perde também sua dignidade e liberdade, pois se torna escravo de suas próprias condições desfavoráveis.

Em relação ao mínimo de direitos sociais constitucionais, Paulo Lopo Saraiva<sup>145</sup> assevera que “[o] direito social constitucional é um direito fundamental, ínsito à pessoa humana, que, sem o exercício deste, jamais poderá realizar seus mínimos objetivos.”. Pois bem, o que seria um ser humano sem prestações básicas de saúde? Como concretizaria seus objetivos cotidianos sem saúde? Possuiria a dignidade estabelecida na Constituição?

Ingo Sarlet, em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, sustenta que a dignidade humana, princípio fundante dos direitos sociais a prestações, é completamente vinculada ao mínimo existencial.<sup>146</sup> Ao conceituar a dignidade da pessoa humana, Sarlet<sup>147</sup> estabelece a clara coesão entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial no direito à saúde:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, n.º 1. p.178. out/dez. 2007. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/DOCTRINA\\_9.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf)>. Acesso em: 21/09/2012

<sup>143</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.8.

<sup>144</sup> Ibid. p. 13.

<sup>145</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.p.28.

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.60 e 102.

<sup>147</sup> Ibid. p. 62.

que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O direito a prestações existenciais minimamente dignas é o elemento fundante do mínimo existencial, não podendo retroceder aquém de um mínimo do qual nenhum indivíduo pode ser privado.

A primeira abordagem acerca dos direitos fundamentais às condições materiais que assegurem uma vida digna deu-se na Alemanha, pós-segunda guerra mundial, avigorando-se a partir da segunda metade do século XX. A Lei fundamental Germânica objetivou a defesa dos direitos fundamentais<sup>148</sup> e, em seu artigo 20 A<sup>149</sup>, dispôs acerca da responsabilidade do Estado em proteger os recursos naturais vitais dentro da ordem constitucional.

O jurista alemão Otto Bachof foi precursor da sustentação acerca da necessidade do reconhecimento do direito subjetivo à garantia positiva do mínimo de recursos para uma existência digna. No início da década de 50, o jurista sustentou que o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso I da Lei Fundamental da Alemanha<sup>150</sup>, diz respeito também a um mínimo de segurança social. Isto pelo fato de que um ser humano, sem recursos materiais para prover para si uma existência digna, também encontra sua dignidade sacrificada.<sup>151</sup> Sob este enfoque, o jurista sustentou que o direito à vida e à integridade corporal, regrado no artigo 2º, inciso II da Lei Fundamental da Alemanha, requer uma atuação do Estado não somente no sentido de inibir a destruição da vida, mas também de garantir a existência.<sup>152</sup>

Um ano após a elaboração doutrinária de Otto Bachof, o recém criado Tribunal Federal Administrativo alemão reconheceu o direito subjetivo de um indivíduo carente de receber auxílio material do Estado, fundamentando na dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade

<sup>148</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 170.

<sup>149</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. “Art. 20 A. Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário. Disponível em <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acessado em: 22/09/2012.

<sup>150</sup> ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. “Art. 1. Inciso I. A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. *Op.Cit.*

<sup>151</sup> BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVDStRL n. 12 (1954), p. 42-43. apud SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op.cit.* p.188.

<sup>152</sup> Ibid.

e no direito à vida como condições mínimas de subsistência. Assim sendo, um ser humano deve ter reconhecido o direito à manutenção de suas condições de existência<sup>153</sup>

Tão somente após vinte anos da referida decisão, em 18 de julho de 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão chancelou o reconhecimento do direito fundamental à garantia de condições mínimas em virtude de existência digna.<sup>154</sup>

O Tribunal assentou sua decisão fundamentando que a assistência aos necessitados é uma das obrigações essenciais de um Estado social. Logo, a comunidade estatal tem o dever de assegurar condições mínimas para existência digna de seus cidadãos, assim como de criar instituições assistenciais.<sup>155</sup> No mesmo sentido, diversos outros julgados da Corte Constitucional alemã consagraram o reconhecimento do *status* constitucional da garantia de um mínimo existencial como uma das principais incumbências do Estado.<sup>156</sup>

Apesar da Constituição do Brasil de 1988 não fazer expressa menção acerca do mínimo existencial, ela reafirmou o direito fundamental à saúde como um direito universal dos cidadãos e de responsabilidade estatal, assegurando, constitucionalmente, condições básicas para uma vida digna. Considerando que o artigo 196 da Carta Magna vigente ordena o “acesso universal igualitário”, devem ser observadas as diferentes situações experimentadas pelos cidadãos, inseridos em uma sociedade plural e possuidora de disparidades tão evidentes como o Brasil, levando em conta a diversidade cultural, social, econômica, geográfica dentre outras particularidades dos indivíduos destinatários do direito fundamental à saúde.

Ricardo Lobo Torres<sup>157</sup> leciona que o direito às mínimas condições de existência digna compõe o núcleo fundamental dos direitos humanos e é previsto também na Constituição pátria vigente:

Aparece explicitamente em alguns itens do art. 5º da CF de 1988, sede constitucional dos direitos humanos. Proclamam-no a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no art. 25, e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, com já vimos. O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui um direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pelo ordem jurídica, mas condicionando-a;

<sup>153</sup> ALEMANHA. *Tribunal Federal Administrativo da Alemanha*. *BVerwGE 1, 159 (161 e SS.)* decisão proferida em 24.06.1954 – disponível em <[http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf)> Acessado em: 25/09/2012.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.* p.179.

<sup>155</sup> ALEMANHA. *Tribunal Federal Administrativo da Alemanha*. *BverfGE, 40, 121 (133)*. Disponível em: <[www.djf.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/DOCTRINA\\_9.pdf](http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf)> Acessado em 25/09/2012.

<sup>156</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op. Cit.* p.179-180.

<sup>157</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.* p. 39.

tem validade *erga omnes*, não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente.

Insta salientar que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um mínimo vital. Caso isto ocorresse, haveria uma limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, restringindo, por consequência, o exercício das liberdades fundamentais e negligenciando a dignidade da pessoa humana, posto que uma existência digna abrange bem mais do que a simples sobrevivência, estabelecendo-se além da pobreza categórica. Sarlet<sup>158</sup> elucida sobre a questão:

[...] a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como a que abrange o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, revela-nos que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma) quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.

De igual forma, a posição dos Tribunais vem fortalecendo a diferença do mínimo existencial em face do mínimo fisiológico. Flávia Piovesan<sup>159</sup> dispõe acerca da proibição de proteção insuficiente, asseverando que a teoria do mínimo existencial não se reduz ao conceito de mínimo vital:

Reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, e determinam o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes portadoras do vírus HIV e a portadoras de outras doenças graves. [...] No mesmo sentido, as decisões do Superior Tribunal de Justiça endossam o direito à saúde como dever do Estado, que deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Deste modo, deve ser assegurado o medicamento mais eficaz e adequado ao tratamento, mesmo que não previsto em portaria do Ministério da Saúde, com fundamento nos direitos à saúde e à vida.

Rompendo com a ótica formalista, os Tribunais vêm chancelando aquele posicionamento e interpretação de que o Estado deve implementar políticas públicas efetivas, demonstrando em seus julgados que o mínimo existencial compreende não somente o

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. p. 71-106, In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

<sup>159</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. Op. Cit. p. 59.

oferecimento de serviços médicos ou de medicamentos, mas sim de serviços médicos e fármacos que atendam com maior eficácia a recuperação ou tratamento dos enfermos.

Conforme as lições de Canotilho<sup>160</sup>, o direito à saúde também deve ser interpretado como decorrência da proteção do direito fundamental à vida, do qual decorreriam deveres de garantia a prestações existenciais mínimas.

De modo imediato e direto, a Constituição impõe aos Poderes Legislativo e Executivo a reverência, reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais, dentre eles, o fornecimento da maior prestação possível do direito à saúde. Assim, estes Poderes têm a obrigação de desenvolver e de executar políticas públicas de saúde eficazes e as mais abrangentes possíveis. Tal obrigação e responsabilidade do Estado em assegurar prestações existenciais de saúde é irrefragável e, à medida que o Estado cumpre esta responsabilidade, a igualdade é atingida. Segundo Canotilho<sup>161</sup>, visando alcançar a real igualdade, o Estado deve se empenhar para atingir o direito de igual acesso e o direito de igual participação, assim dispendo:

(1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (Ex.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); (2) o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez.)

Conclui-se que, através dos instrumentos garantidores do mínimo existencial e mediante a oportunidade de acesso e participação nas prestações positivas de saúde, o Estado fortalecerá os mecanismos que objetivam uma igualdade de oportunidades para aqueles que, dentro de um mesmo sistema político e econômico, as mesmas oportunidades não lhe foram dadas, não possuindo meios de subsidiar serviços médicos privados, dependendo exclusivamente da interveniência estatal.

### **5.2.1. O Mínimo Existencial no plano infraconstitucional.**

No plano infraconstitucional também há diversos diplomas normativos que estabelecem prestações de saúde que atendem, ao menos formalmente, o Mínimo Existencial. A já abordada

<sup>160</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

<sup>161</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed. 5ª reimpressão. 2008. p. 479.

Lei 8.080, instituidora do SUS, assegurando a gratuidade no oferecimento dos serviços públicos na área da saúde e consagrando como princípios a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, a integralidade, a igualdade, a preservação da autonomia das pessoas em virtude de sua integridade física e moral, guarda direta vinculação com a teoria do Mínimo Existencial, tendo em vista que são direcionados à preservação e manutenção do mínimo necessário a uma vida digna no que se refere às prestações de saúde.

Também a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, significou grande avanço em relação ao Mínimo Existencial referente ao direito à saúde, garantindo o fornecimento gratuito de toda medicação necessária para o tratamento dos portadores de HIV (vírus da imunodeficiência adquirida) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida).

O programa “Farmácia Popular do Brasil”, instituído através do Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, pondo em relevo a necessidade de instaurar ações que promovam a universalização do acesso da população aos medicamentos, determina, como meta do governo, garantir medicamentos básicos e essenciais à população atendida, disponibilizando, além de medicamentos gratuitos, medicamentos a baixo custo para os cidadãos, inclusive através da rede privada de saúde, proporcionando diminuição dos gastos com fármacos no orçamento familiar e ampliando o acesso aos tratamentos. Este programa representa evidente vinculação com o direito ao mínimo existencial relacionado à saúde, pois sua efetiva aplicação torna factível a realização de determinados tratamentos sem que o cidadão despenda considerável parcela de seu salário com medicamentos que talvez não tivesse condições de adquirir sem prejuízo de outras despesas necessárias para sua subsistência e de sua família, atingindo, inclusive, a intenção do constituinte estabelecida no art. 6, inciso IV.

Na Portaria nº 2.475, de 13 de outubro de 2006, considerando a necessidade de se proceder com a seleção de medicamentos essenciais, seguros e eficazes para o tratamento de problemas prioritários de saúde da população, o Ministério da Saúde aprovou a quarta edição da relação nacional de medicamentos essenciais (RENAME), reafirmando a garantia de acesso e equidade às ações de saúde, incluindo a assistência farmacêutica.

Também de notável importância lembrar que, o Ministério da Saúde, através da Portaria nº 843, de 06 de novembro de 2002, estabeleceu os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o tratamento da demência por doença de Alzheimer, traçando critérios de diagnóstico. Já na Portaria nº 860, de 12 de novembro de 2002, o Ministério da Saúde estabeleceu o protocolo

clínico e diretrizes terapêuticas para o tratamento da Hepatite viral crônica tipo B, criterizando o diagnóstico e o tratamento, garantindo a prescrição segura e eficaz da dispensação dos medicamentos mediante mecanismos de acompanhamento de seu uso, avaliando os resultados.

Percebe-se que todas as medidas apresentadas são alicerçadas à tutela de um Mínimo Existencial, pois asseguram o mínimo necessário para uma vida digna de todas as pessoas no que tange ao tratamento médico mediante o estabelecimento de diretrizes terapêuticas e o fornecimento de medicamentos gratuitos ou com preços acessíveis à população. Lenio Streck<sup>162</sup>, sobre o tema, assevera:

[...] como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Contudo, deve-se realçar que não é todo e qualquer direito que se inclui na teoria do Mínimo Existencial. Para que determinados direitos se incluam nos fins propostos por esta criação teórica, é indispensável que os seres humanos necessitem da prestação mínima desses direitos para uma existência digna. Roberto Lobo Torres<sup>163</sup> assevera:

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas.  
Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade e sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.  
(...)  
Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial.

No entanto, na concretização do Mínimo Existencial referente ao direito à saúde de um cidadão, o Estado deve analisar se esta prestação não causará prejuízos significativos para o funcionamento do serviço público de saúde como um todo, comprometendo, inclusive, o direito à saúde de outros cidadãos. Sobre esta questão, uma das principais óbices apresentada ao direito

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8, ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.35.

<sup>163</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Op.Cit.* p.36.

prestacional de um Mínimo Existencial é a chamada Reserva do Possível, figurando como limite orçamentário que dispõe a Administração Pública para exercer todos os atos de sua competência.

### 5.3. A Reserva do Possível.

O orçamento da seguridade social, disposto no art. 165, § 5º, inciso III da Constituição Federal, abarca também os gastos com a prestação dos serviços de saúde pública. Contudo, conforme já visto, as crises fiscais, o desvio das verbas destinadas à saúde e os problemas relativos ao financiamento do SUS, acarretaram uma saúde pública que não consegue atender todas as suas demandas, traduzindo-se em um sistema deficitário. Ricardo Lobo Torres<sup>164</sup> leciona:

[...] dependente de dramáticas escolhas orçamentarias e de contribuições [...] a realidade se encarregou de reservar o sistema único gratuito de baixa qualidade à população pobre e de empurrar grande parte da classe média e os ricos para a assistência à saúde prestada pela iniciativa privada, seja através de médicos liberais, seja por intermédio de planos de saúde, de melhor qualidade.

Conforme dispõe Canotilho<sup>165</sup>, os direitos sociais são dispendiosos e as prestações indispensáveis para a efetivação destes direitos devem ser garantidas pelo Estado de forma integralmente gratuita ou gratuita em sua maior parte. Assim, tendo em vista que o erário deve suportar todos os gastos relativos ao regular funcionamento do Estado, além da prestação dos direitos sociais, devem ser observados os limites e provisões financeiras necessárias e suficientes para arcar com tais responsabilidades.

Caso a Reserva do Possível não fosse considerada, haveria, como consequência, o risco de ineficácia da atividade administrativa na prestação de diversos outros direitos sociais, tais como a segurança, educação, previdência, dentre outros. Não obstante, não se pode olvidar que, consoante ao artigo 170 da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

<sup>164</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.* p.246.

<sup>165</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*, p. 11-25. In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.19.

Visando uma alocação apropriada dos recursos públicos, Sarlet e Figueiredo<sup>166</sup> apresentam a dimensão tríplice da Reserva do Possível, dispondo que o Poder Público deve se basear nos seguintes aspectos:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notada mente no caso Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e, nessa quadra, também da sua razoabilidade.

De acordo com os autores, o Estado deve averiguar a existência fática e a disponibilidade jurídica de seus recursos ao prestar os direitos fundamentais, analisando a exigibilidade e a razoabilidade do que está sendo pedido, visando um equacionamento sistemático e constitucional que se adeque ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo, desta forma, a realização dos direitos sociais de caráter prestacional.

De modo semelhante, Canotilho assevera que os direitos sociais, econômicos e culturais dependem dos recursos econômicos para serem efetivados. Desta forma, a Reserva do Possível deve servir de parâmetro para a análise e cumprimento desses direitos.<sup>167</sup>

Assim, segundo as lições dos autores, partindo da premissa de que o direito à saúde é concebido de maneira universal pela Constituição, é indispensável haver uma prudência para que sua concessão seja adequada e atenda os que realmente necessitam destas prestações para uma vida digna.

Ora, até que ponto um indivíduo necessita da administração medicamentosa de Citrato de Sildenafil, notoriamente conhecido pelo seu nome comercial de “Viagra”, para que tenha uma vida realmente digna? Por mais burlesco que possa aparentar, o município de Novo Santo Antônio, em Mato Grosso, lançou um programa de distribuição gratuita de Viagra para idosos, nomeado de “Programa Pinto Alegre”.<sup>168</sup> Sem querer aprofundar no mérito da questão, é certo que tal remédio não é essencial à saúde de nenhum indivíduo. Logo, tendo em vista o limite orçamentário existente, o Estado deve preconizar os serviços fundamentais de saúde, baseando

<sup>166</sup>SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Op.Cit.* p. 189.

<sup>167</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p.131.

<sup>168</sup>TORRES, Ricardo Lobo. *Op.Cit.* p.256.

nos critérios de exigibilidade e razoabilidade e em respeito à dignidade humana, sob pena de dilapidar sua reserva orçamentária com gastos dispensáveis, escasseando, por outro lado, o erário que seria direcionado a prestações realmente indispensáveis.

Observando tais limites com prudência, percebe-se na jurisprudência majoritária que a concessão da prestação de serviços de saúde, ainda que não previstos na lista do SUS, prevalece em detrimento à Reserva do Possível. Isto posto que cabe ao Estado servir e tutelar os interesses da comunidade, mormente quando se trata de um direito que, caso não fosse atendido, levaria ao extermínio gradativo dessa mesma comunidade.

Para Flávia Piovesan<sup>169</sup> resta claro acerca do respeito à vida com dignidade pelos Tribunais:

Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões tecem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado. O objetivo é assegurar o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

Nesse sentido, há uma tendência jurisprudencial que rompe com uma visão formalista e procedimental do direito, em prol da relevância do direito à vida.

Desta forma, tendo em vista a relevância do tema, será abordado no próximo item acerca da aplicação do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível na jurisprudência pátria.

#### **5.4. A jurisprudência pátria majoritária acerca do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível referente a prestações de saúde.**

Ainda que o enfoque do presente trabalho não seja abordar a judicialização do direito fundamental social à saúde, é interessante traçarmos brevemente a posição dos tribunais acerca do Mínimo Existencial e Reserva do Possível em relação ao direito à saúde.

Apesar da previsão constitucional, das diversas leis, decretos publicados e portarias aprovadas, constata-se nos últimos anos o considerável crescimento de demandas judiciais pleiteando procedimentos cirúrgicos, consultivos e de fornecimento de medicamentos. Desta forma, tais demandas intentam o cumprimento não só de uma norma constitucional com eficácia

---

<sup>169</sup> PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*. Op. Cit . p. 64 e 65.

jurídica imediata, mas também da aplicação de um direito fundamental social relacionado a uma natureza prestacional positiva por parte do Estado.

Uma das incumbências do Poder Judiciário é a função de assegurar aos cidadãos os direitos subjetivos garantidos em todo arcabouço legal pátrio. Tendo em vista que o direito à saúde é um direito de eficácia plena, caracterizando-se através de prestações positivas por parte do Estado, não há como considerar que o titular legítimo desse direito, que dele realmente necessite, tenha seu pleito negado, mormente quando se trata de um direito constitucional fundamental.

Ante uma política pública definida legislativamente a ser desempenhada pela Administração Pública, o Poder Judiciário também pode ser requerido com o intuito de definir o conteúdo jurídico do direito originário à saúde que contemple o Mínimo Existencial que o indivíduo necessita para uma sobrevivência digna.

Isto vem ocorrendo em grande parte das ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos além dos que foram definidos nas listas oficiais do SUS. Neste sentido, um provimento judicial que reconheça que o direito originário à saúde alcança a condição fática e jurídica de determinado indivíduo, obrigando a Administração a prestar serviços médicos ou garantir medicamentos além daqueles previstos no rol das listas oficiais do SUS.

Diversos julgados do Supremo Tribunal Federal confirmam o posicionamento majoritário dos Tribunais das instâncias ordinárias neste sentido. Destacamos a decisão do STF no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº. 278-6<sup>170</sup>, datado de 22 de outubro de 2008, em que era debatida a obrigatoriedade do Estado de Alagoas em fornecer um medicamento específico que não estava previsto no protocolo do SUS, orçado em R\$ 162.707,16 (Cento e sessenta e dois mil, setecentos e sete reais e dezesseis centavos), para uma portadora de leucemia que estava em tratamento quimioterápico. O Estado de Alagoas, amparando-se na “Reserva do Possível”, alegou existência de lesão à ordem, à economia e à saúde pública caso fosse obrigado a custear o tratamento. Outro fundamento foi o de que o fornecimento de tal medicamento não estava previsto na Portaria nº 2.577 do Ministério da Saúde e que, caso a tutela antecipada fosse mantida, acarretaria despesas excessivas, comprometendo a qualidade dos serviços de saúde pública prestados pelo Estado.

---

<sup>170</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 278-6*. Requerente: Estado de Alagoas. Requeridos: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; Juíza de Direito da 17ª Vara Cível de Alagoas. Interessada: Maria de Lourdes da Silva. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília 22/10/2008. Publicado em: 23/10/2008.

Contudo, o Ministro Presidente Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, asseverando:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de "mínimo existencial" e da "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen).

[...] [O] alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de Atenção Oncológica visam contemplar justamente o acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis.

Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. [...] A decisão que determinou ao Estado de Alagoas o seu fornecimento, se suspensão, poderá acarretar dano irreparável para a autora.

Em outro julgado semelhante, o Supremo Tribunal Federal apreciou um pedido de Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175<sup>171</sup>, onde uma jovem de 21 anos de idade, portadora de uma doença neurodegenerativa rara, requereu o fornecimento de um medicamento que poderia possibilitar um aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida. A requerente, hipossuficiente, declarou não possuir condições de arcar com o tratamento da doença, orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. A União, através de seu Advogado-Geral, também argumentou que a concessão deste remédio poderia acarretar grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, alegando, ainda, ofensa às normas e regulamentos do SUS, que não contemplava o fornecimento daquele fármaco pela política farmacêutica da rede pública. Transcrevemos um trecho das alegações elaboradas pela União,:

[...] pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa lesão às finanças e à saúde pública a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

O Ministro Celso de Mello<sup>172</sup>, discordando com os argumentos da União, assim dispôs em seu voto:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a

<sup>171</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada. AgRE na STA nº 175*. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília 17/03/2010. Publicado em: 18/03/2010.

<sup>172</sup> Ibid.

ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...]

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou então, de apenas executá-la com o próprio subalterno de torna-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Nesta mesma contenda, o Ministro Ayres Brito ao proferir seu voto asseverou que aquele voto seria um “divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”, restando claro a tendência do STF em relação ao tema.

Por fim, o direito da jovem foi mantido, obrigando a União a arcar com os custos integrais do tratamento, demonstrando que o direito daquela cidadã em obter o mínimo existencial superava a argumentação que se referia à reserva do possível.

No julgamento do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº. 238<sup>173</sup>, o STF reconheceu a obrigatoriedade do poder público arcar com os custos de um tratamento odontológico de uma criança portadora de deficiência mental que sofria fortes dores em razão deste problema. Ainda que tal serviço não constasse na lista dos serviços oferecidos pelo SUS, o Ministro Gilmar Mendes firmou seu posicionamento de que o direito à saúde é consagrado como direito fundamental universal, previsto no texto constitucional, dispondo:

Há de se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde. [...] Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

Conforme se extrai dos julgados acima expostos, os direitos fundamentais não podem ser interpretados como normas programáticas, sob o iminente risco de comprometer e limitar a força normativa da Constituição. Por consequência, o direito fundamental à saúde seria cerceado, embaraçando a possibilidade do reconhecimento judicial de determinadas prestações positivas por parte do Estado, afastando, destarte, a subvenção de um mínimo existencial que vislumbrasse a aplicação deste direito fundamental a um determinado caso específico, não albergando,

<sup>173</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada STA 238/TO*. Recorrentes: Município de Palmas. Recorrido: Francisco Cezário Nascimento, representado por Natália Cezario de Nascimento e Marcelo Soares Oliveira. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 28/10/2009. Data de Publicação: 29/10/2008.

inclusive, a dignidade do demandante.

Neste sentido, é interessante ressaltarmos a lição do jurista alemão Konrad Hesse<sup>174</sup>:

[...] a Constituição converter-se-á em força normativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

[...] a resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

Percebe-se que, caso o direito à saúde fosse restrito somente aos serviços constantes no rol do SUS, não se atentando a diversas demandas decorrentes do surgimento de novas doenças e relativas ao progresso da medicina e da farmacologia, dispensando os elementos fáticos do caso concreto, as cortes não firmariam o posicionamento majoritário de que a saúde é um direito constitucional amplo, universal e que deve atender as necessidades básicas do cidadão para uma vida digna. Neste sentido, os julgados compreendem a teoria do mínimo existencial, afiançando a proteção constitucional prevista no art. 196 a todos que dependem de prestações indispensáveis de saúde, representando, como o Ministro Celso de Mello<sup>175</sup>, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 271.286-8, concluiu: “[...] na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”.

Confirmando o direito à saúde como um direito inviolável e diretamente vinculado ao direito à vida, este não deve sofrer restrições quando o cidadão dele necessita. Caso assim não fosse, este direito fundamental constitucional estaria fadado a uma garantia formalizada, mas não cumprida pelo Poder Público. Nesta perspectiva, o eminente Celso de Mello<sup>176</sup> arrematou que direito à saúde:

---

<sup>174</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991. p. 19 e 32.

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. n.271.286-8/RS*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília 12/09/2000. Publicado em 13/09/2010.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. n.271.286-8/RS*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília 12/09/2000. Publicado em 13/09/2010.

[...] não pode converter-se em promessa constitucionalmente inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Desta forma, o poder judiciário vêm demonstrando sua reverência à saúde, mormente àqueles que não possuem condições de satisfazê-la por consequência da precariedade de suas respectivas condições financeira. Não basta, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito, seja na Constituição, seja nos diplomas infraconstitucionais. É essencial que este direito seja plenamente garantido e integralmente respeitado, repelindo qualquer tipo de cerceamento desta garantia fundamental prevista Constitucionalmente.

Ainda o Ministro Celso de Mello<sup>177</sup>, de maneira conclusiva e categórica, dispôs acerca do cotejo entre a reserva do possível e o mínimo existencial em causas que demandam prestações de saúde:

[...] 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 [...]

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário, na maior parte de seus julgados, vem assegurando a garantia ao direito fundamental social à saúde, não limitando este direito nem mesmo quando suscitada a reserva do possível. Ingo Sarlet dispõe que “[p]ode-se, neste sentido, afirmar a eficácia de direitos fundamentais sociais, donde se inclui, pelo menos, um mínimo de assistência médica, que prevalece inclusive quando ponderado em face de outros princípios, como a competência orçamentária do Parlamento.”<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista de Direito do Consumidor: São Paulo, nº 30, 1999. p. 97.

## **6. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA PROPOSTA POR HABERMAS.**

Conforme vimos, os diferentes tipos de povos inseridos dentro de um mesmo Brasil sofrem diretamente as consequências da ausência de uma tutela estatal plenamente eficaz referente ao direito prestacional à saúde.

Não obstante, as políticas que abrangem as ações estratégicas de saúde pública, elaboradas pelo nível central do governo, aparentam não vislumbrar, de maneira efetiva, as particularidades de cada cidadão em suas determinadas regiões, obstando o planejamento de políticas públicas hábeis a atender o direito fundamental à saúde. Impõe ressaltar que a enorme extensão do território brasileiro influencia na dificuldade enfrentada pela administração pública ao tentar analisar, com precisão, as necessidades atinentes à saúde dos cidadãos em seus variados territórios.

Desta forma, deparamos com a real necessidade, por parte da administração pública, de se conhecer e reconhecer a realidade saúde brasileira de forma regionalizada, estabelecendo, desta maneira, as prioridades de cada local.

Partindo da premissa disposta no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, de que o “poder emana do povo”, deve ser permitido aos cidadãos a efetiva participação nas tomadas de decisões relacionadas às políticas públicas de saúde nos territórios em que vivem, colaborando permanentemente com o Poder Público. Assim, no presente capítulo, será analisada a questão da aplicação da política de audiências públicas de saúde como um instrumento da democracia deliberativa, permitindo a inclusão dos cidadãos na construção da saúde pública que necessitam.

### **6.1. O conceito de Audiência Pública e sua previsão legal no ordenamento jurídico pátrio.**

Preliminarmente, impõe-se diferenciar Audiência Pública de Consulta Pública. Apesar de ambas constituírem modalidades de participação popular na Administração Pública, estas conservam diferenças significativas.

A Audiência Pública tem como objeto o debate público, envolvendo pessoas físicas e também representantes da sociedade civil, enfatizando o interesse social de se abordar tema cuja

relevância supera as fronteiras do processo administrativo e que atinge a própria coletividade<sup>179</sup>. Caracterizam-se por serem debates orais em sessão previamente designada para esta finalidade<sup>180</sup>. Logo, a oralidade é sua característica principal.

Já a Consulta Pública, conforme o próprio termo se refere, trata dos interesses da Administração Pública em consultar a opinião do povo por meio de manifestações elaboradas em peças formais e escritas a serem incorporadas em um processo administrativo.<sup>181</sup>

Na Audiência Pública, a participação pode ocorrer de forma direta ou indireta. A participação de forma direta ocorre quando o sujeito comparece na reunião e aduz, em seu próprio nome, suas opiniões e argumentações sobre a matéria de relevante interesse geral. A participação indireta ocorre quando o partícipe é uma organização ou associação legalmente reconhecida, representando os interesses daqueles que se fazem por ela representar.<sup>182</sup>

Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>183</sup> define audiência pública como

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual.

Conforme passaremos a expor, as Audiências Públicas encontram previsão em diversas legislações, tanto em procedimentos administrativos, quanto em procedimentos legislativos e judiciais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>184</sup> ressalta que o “princípio democrático da participação popular” na gestão da Administração Pública manifesta-se diversas vezes na Constituição da República do Brasil de 1988, citando como exemplo os artigos 10; 187; 194; 194, VII; 198, III; 204, II; 206, VI e 216 § 1º,<sup>185</sup> assim como nos instrumentos de controle, conforme se pode depreender no art. 5º, XXXIII, LXXI e LXXIII, e, ainda, no art. 74, §2º.

<sup>179</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 185-186.

<sup>180</sup> Ibid. p. 186.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Ibid. p. 189.

<sup>183</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

<sup>184</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 517-519.

<sup>185</sup> **Art. 10.** É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. / **Art. 187.** A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo

O artigo 29, inciso XII da Constituição Federal de 1988, prevê a participação das associações representativas no planejamento municipal e, no inciso XIII, a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município ou de bairros.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, reguladora do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê, em seu artigo 32, a possibilidade de realizar audiência pública para debates sobre a matéria do processo diante da relevância da questão.

De modo semelhante, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu artigo 9º, §1º e artigo 20, §1º, regram que, caso for necessário o esclarecimento de alguma matéria, conjectura do fato ou as informações nos autos forem insuficientes, o relator poderá estabelecer data para audiência pública para ouvir depoimentos.

O Regimento Interno do Senado Federal, em seu art. 90, II, estabelece, como competência das comissões, a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil<sup>186</sup>.

Da mesma forma, o Regimento Interno da Assembleia Legislativa de Minas Gerais aborda acerca da audiência pública no capítulo II, artigos 291 a 294, dispondo que as comissões poderão realizar reunião de audiência pública com cidadãos, órgãos e entidades públicas ou civis,

---

produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes (...). / **Art. 194.** A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos (...) **VII** - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (...) / **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes (...) **III** - participação da comunidade (...) / **Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes (...) **II** - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (...)/ **Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios (...) **VI** - gestão democrática do ensino público, na forma da lei (...) / **Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...) § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...)

<sup>186</sup> **Art. 90.** As comissões compete (...) **II** – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (Const., art. 58, § 2o, II) (...). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegSFV0II.pdf>>. Acessado em: 20/10/2012.

para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assunto de interesse público relevante atinente à sua área de atuação.<sup>187</sup>

## **6.2. Audiência Pública nº 4: As conclusões oriundas da Audiência Pública de Saúde realizada no âmbito do STF.**

O Supremo Tribunal Federal vem se firmando não apenas como a instância destinada a julgar litígios de cunho constitucional, mas também como o mais proeminente e representativo Tribunal que delibera acerca dos casos de maior importância e repercussão social.

Em que pese o fato do STF atualmente adotar uma posição que tenda a defender a plena eficácia e concessão de prestações de saúde quando comprovada a real necessidade do demandante, também não se pode desprezar o fato de que o Poder Judiciário vem atuando como um paliativo de um problema administrativo latente referente à saúde pública nacional.

Igualmente importante, após a superação dos tempos de autoritarismo no cenário brasileiro, alcançando nos dias atuais a possibilidade de uma discussão aberta e democrática do direito, seria um contrassenso admitirmos que dependemos única e exclusivamente da discricionariedade dos magistrados para assegurar os direitos sociais através da deliberação dos denominados “casos difíceis”. Lenio Streck<sup>188</sup> discorre acerca do risco de uma discricionariedade excessiva que extravase a competência dos magistrados:

O “drama” da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do direito conquistada principalmente no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam o direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente).

<sup>187</sup> **Art.291.** Às comissões poderão realizar reunião de audiência pública com cidadãos, órgãos e entidades públicas ou civis, para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assunto de interesse público relevante atinente à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido da entidade interessada. (...)”. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/regimento\\_interno\\_2011.pdf](http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/regimento_interno_2011.pdf)>. Acessado em: 20/10/2012.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica, Constituição, Autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas (corretas)*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Ano XXIII. N.25. julho/dezembro.2007. p.141.

Levando-se em conta que o direito é um sistema de regras e princípios orientados pela Constituição<sup>189</sup>, a democracia, como forma de governo instituída constitucionalmente no Brasil, deve representar a vontade do povo na busca por soluções concretas dos problemas existentes, trazendo uma interpretação que abarque um sentido lógico que preencha as vagezas e ambiguidades da lei em seu sentido amplo.

Nesta direção, reconhecendo a importância da inclusão e cooperação da sociedade para uma real legitimação das decisões, em março de 2007, no âmbito do julgamento da ADI 3510, ocorreu a primeira audiência pública da história do STF, reunindo mais de 17 especialistas. Nessa contenda se discutia a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/95, a Lei de Biossegurança, que regravava acerca da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

O Procurador-Geral da República à época, Cláudio Fonteles, argumentou a inconstitucionalidade do dispositivo legal, alegando que contrariava a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Sob o fundamento de que o julgamento suscitaria numerosos questionamentos e diversificados entendimentos a respeito da tutela do direito à vida, o Ministro Relator Ayres Britto determinou a convocação de audiência pública com o propósito de subsidiar os Ministros do Supremo Tribunal Federal na decisão, possibilitando “uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário”<sup>190</sup> do STF.

Ao fim, após diversos especialistas serem ouvidos, foi julgada a improcedência da ADIN, declarando a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que, consoante ao voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, tidas embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> Ibid. p.140.

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*, Rel. Min.Carlos Ayres Britto, Jul: 10-8-05, DJ de 01-06-07. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acesso em: 20/10/2012.

<sup>191</sup> Ibid.

Sobre a questão, o Ministro Marco Aurélio balizou que, quanto ao início da vida, não há um marco que não seja mera opinião. O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, proferiu seu voto deliberando que a Lei de Biossegurança é uma elaboração normativa perfeita, sustentando a tese de que, para existir vida humana, é necessário que o embrião seja inserido no útero da futura mãe. Por fim, dispôs que, no seu entendimento, o zigoto representa uma realidade distinta de um ser humano pelo fato de não possuir cérebro formado.

O objeto do julgamento em questão alcança uma complexidade insofismável, tendo em vista que não há uma equanimidade em relação à interpretação, pelas diversas áreas de conhecimento, acerca de quando se dá o início da vida, existindo diversas teorias e concepções. Contudo, apesar da proximidade temática do objeto da primeira audiência pública realizada no STF, tal questão extravasa a do nosso tema neste momento, qual seja, acerca dos meios para a melhoria e desenvolvimento da saúde pública de forma democrática no Brasil.

Neste sentido, em abril de 2009, o Ministro Gilmar Mendes, nos termos do art. 13, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, convocou a primeira audiência pública do STF que abordou acerca do Sistema Único de Saúde: A Audiência Pública nº 4. Nos dias 27, 28 e 29 de abril, e nos dias 4, 6 e 7 de maio de 2009, foram ouvidos 50 especialistas, “entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde”<sup>192</sup> no STF. De forma diversa das outras audiências públicas, esta foi realizada sem estar vinculada a um processo judicial específico, mas na intenção de buscar subsídios para o julgamento de diversos processos que compreendiam questões como fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias e procedimentos pelo SUS, dentre diversos outros correlacionados com o tema.

Objetivando o esclarecimento relativo às questões científicas, técnicas, administrativas, econômicas, políticas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, os temas de maior importância abordados foram: a) A responsabilidade dos entes da federação no fornecimento do direito à saúde; b) A obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde, devidamente prescrita pelo médico, de serviço não pertencente ao quadro do SUS. c) A obrigação do Estado de custear prestações de saúde não compreendidas pelas políticas públicas existentes; d) A obrigação estatal de disponibilizar fármacos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou

---

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n.º 4*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acesso em: 20/10/2012.

desaconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) a obrigação estatal de fornecer fármacos não licitados e não previstos nas listas do SUS; f) as fraudes ao Sistema Único de Saúde.<sup>193</sup>

A primeira das conclusões provenientes da audiência pública foi a constatação de uma frequente inércia do Poder Público na execução das políticas públicas já existentes, confirmando que, apesar de existirem determinadas políticas públicas de saúde, por diversas vezes a Administração Pública não as torna efetivas. O Ministro Gilmar Mendes<sup>194</sup> corrobora:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Desta forma, o Ministro deixou claro seu entendimento de que, ao julgar e deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o poder Judiciário não atua consoante um “ativismo judicial”, mas sim determinando o efetivo cumprimento da prestação. Logo, havendo a existência de um direito subjetivo público a uma determinada política pública de saúde, o Estado deve satisfazê-lo imediatamente.

Outra conclusão de imprescindível importância foi a definição da responsabilidade solidária dos entes da Federação em relação à prestação de serviços de saúde pública. Pelo fato do SUS ter descentralizado os serviços de saúde e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, as Procuradorias Municipais, Estaduais e da União constantemente alegavam ilegitimidade passiva nas ações que pleiteavam prestações públicas de saúde e atribuíam a responsabilidade a outro ente da federação. Dirimindo a controvérsia, o Ministro Gilmar Mendes<sup>195</sup> abalizou:

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

---

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Antecipada de Tutela n.º 175*. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 20/10/2012.

<sup>195</sup> Ibid

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Assim, o tema relativo à responsabilidade dos entes da Federação no fornecimento de prestações de saúde foi superado, sendo estabelecida a responsabilidade solidária entre eles.

Tendo em vista as recorrentes ações distribuídas no Poder Judiciário postulando o fornecimento de fármacos ou serviços médicos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, a presidência da audiência pública iniciou o debate acerca da obrigação do Estado em fornecer prestações de saúde não prevista nos quadros do SUS.

Primeiramente, insta esclarecer que a ANVISA, criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tem como área de atuação o papel de coordenar as ações de vigilância sanitária de fármacos e serviços de saúde no território nacional, elaborando normas de funcionamento e observando seu cumprimento, determinando mecanismos de controle e avaliando os riscos.

Restou claro nos depoimentos apresentados na Audiência Pública que, de acordo com o preceito contido no artigo 12 da Lei Federal nº 6.360/76<sup>196</sup>, Lei que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, é vedado à Administração Pública o fornecimento de fármacos ou serviços de saúde que não possuam regular registro na ANVISA. Tal restrição legal é deveras prudente, tendo em vista que, conforme já exposto, a ANVISA atesta a segurança e o benefício dos serviços e fármacos como requisito básico para que o SUS os incorpore em suas listas.

Insta salientar que, de acordo com o artigo 18 da Lei Federal nº 6.360/76, para que o medicamento estrangeiro possa ser registrado no Brasil, dentre outros requisitos, deverá ser comprovado o registro válido em seu país de origem. Entretanto, em casos excepcionais, a ANVISA pode autorizar a importação de medicamento não registrado nacionalmente. Isto porque a Lei que criou a ANVISA permite que ela dispense de registro certos fármacos obtidos por meio de organismos multilaterais internacionais para sua utilização em determinados programas de saúde estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

---

<sup>196</sup>Cf. a Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

Concluindo acerca do tema, de acordo com as inferências firmadas na audiência pública, caso o fármaco ou serviços de saúde sejam registrados na ANVISA e prescrito pelo médico como de fundamental importância à saúde do paciente, ainda que não estabelecidos na lista do SUS, o dever de seu fornecimento por parte do Estado torna-se irrefutável.<sup>197</sup>

Não obstante, para que isto ocorra, o critério que deve ser utilizado é o da necessidade, de forma que cada caso deve ser apreciado em razão de suas particularidades, levando em consideração todos os elementos fáticos e normativos da contenda. Caso contrário, poderá haver o risco de grave lesão à ordem administrativa, comprometendo a regular gestão do Sistema Único de Saúde. Na dicção do Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>198</sup>:

Obrigam a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Desta forma, a regra é a de que o serviço já oferecido pelo Sistema Único de Saúde deve ser privilegiado em detrimento da opção particular do enfermo. Entretanto, se comprovado o fato de que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz para aquele determinado paciente, o Poder Judiciário poderá determinar ao Poder Administrativo que custeie outra medida que se demonstre eficaz, diversa das estabelecidas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema. Ainda o Ministro Gilmar Mendes<sup>199</sup>, elucidou:

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF: Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 20/10/2012.

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Antecipada de Tutela n.º 175*. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 20/10/2012.

<sup>199</sup> *Ibid.*

Não se pode desconsiderar o fato de que a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas do SUS tem como propósito o direcionamento adequado das verbas públicas e o tratamento seguro dos pacientes. Contudo, não podem servir de óbices ao acesso previsto aos pacientes atendidos pelo sistema público de saúde. O Ministro Gilmar Mendes<sup>200</sup> instrui:

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

De igual forma, a não previsão de determinados serviços e fármacos nas listas do SUS não podem representar uma discriminação dos usuários da rede pública em comparação aos usuários da rede privada. Assim, caso determinado serviço não seja ofertado pelo SUS e seja ofertado na rede privada de saúde, o usuário do sistema público poderá recorrer ao poder judiciário impugnando esta omissão administrativa. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes<sup>201</sup> assim dispôs:

Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

[...]

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

Outro tema de grande importância, também versado na audiência pública de saúde no STF, foi a diferenciação entre os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais são aqueles que se encontram ainda em fase de pesquisas clínicas. Tendo em vista que os tratamentos experimentais não possuem comprovação científica de sua eficácia, o Estado não pode ser

---

<sup>200</sup> Ibid.

<sup>201</sup> Ibid.

condenado a disponibilizá-los. O Ministro Gilmar Mendes<sup>202</sup>, baseado na fala de um dos especialistas presentes na audiência pública, salientou acerca dos fármacos experimentais e da restrição de seu fornecimento:

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.

Visando contribuir para o aperfeiçoamento do Sistema Público de Saúde, os dados levantados na Audiência Pública foram encaminhados para o Ministério da Saúde pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, que também requereu o registro destas informações coletadas nos arquivos do Supremo Tribunal Federal para que os Ministros da Corte pudessem se utilizar destas na elaboração de decisões e votos em quaisquer processos que venham a tramitar no Supremo.

Relevante ressaltarmos que, também como reflexo desta Audiência Pública, o Ministro Gilmar Mendes, exercendo também o cargo de Presidente do Conselho Nacional de Justiça à época, editou a Recomendação nº 31, em 30 de março de 2010, buscando “(...) a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”<sup>203</sup>.

Reconhecendo o alto número de demandas em tramitação no Poder Judiciário envolvendo a assistência a saúde, o gasto elevado de recursos públicos decorrentes desses processos judiciais, a falta de informações clínicas prestadas aos magistrados acerca dos problemas de saúde enfrentados pelos demandantes e a evidente relevância dessa matéria para assegurar uma vida digna aos cidadãos brasileiros, o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que orientem, através de suas corregedorias, os magistrados vinculados, para que estes:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com

---

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acessado em: 22/10/2012.

- denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;
- b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;
- c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;
- d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;<sup>204</sup>

Através da Recomendação nº 31, o Ministro Gilmar Mendes buscou provocar um maior entrosamento dos magistrados com os profissionais da área da saúde, visando o aperfeiçoamento da atuação dos magistrados na área do direito sanitário.

Por todo exposto, é inegável a relevância que a Audiência Pública de Saúde, realizada no âmbito do STF, representou para o progresso acerca da matéria, clarificando diversos pontos que, até aquele momento, eram divergentes, e hoje vêm se mostrando mais harmônico na jurisprudência pátria, o que é fundamental para a estabilidade do Sistema Único de Saúde.

Entretanto, é perceptível que, na Audiência Pública nº 4, os argumentos que foram trazidos, por mais que objetivassem o bem comum e progresso da saúde pública, foram os aduzidos por especialistas e autoridades na área da saúde, da área econômica e jurídica, suprimindo os argumentos do cidadão comum. Conforme os próprios dizeres do Ministro Gilmar Mendes antes da realização da Audiência Pública, serão ouvidas “pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”<sup>205</sup>. Inclusive, urge salientar que foram enviados 55 documentos da sociedade civil para Audiência Pública, sendo que a inquestionável maioria destes materiais foi elaborada por

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n.º 4. Op. Cit.*

especialistas e intelectuais. Dentre as contribuições enviadas, consta a do conhecido jurista Ingo Wolfgang Sarlet, autor de diversas obras que foram utilizadas no presente trabalho.<sup>206</sup>

Desta forma, exsurge a questão: por mais que a Audiência Pública nº 4 tenha representado uma evolução na área da saúde, principalmente no que tange aos julgamentos das questões envolvendo medicamentos e serviços médicos, a contribuição de cidadãos comuns também não seria relevante à questão? Será que, através da Audiência Pública nº 4, o Poder Público obteve a real conscientização da saúde que os cidadãos necessitam nas diversas regiões do Brasil? A apropriação, pelos especialistas e autoridades, do discurso do cidadão comum, do leigo, que vive e sofre na prática as deficiências do Sistema Único de Saúde, legitima os atos e políticas públicas de saúde? Cremos que não. Isto pelo fato de que compreendemos que uma das finalidades de uma audiência pública é justamente a sustentação fática da realidade enfrentada pelos cidadãos para que, deste modo, se consubstancie a legitimação democrática das políticas públicas de saúde.

Assim, conclui-se que as decisões originadas na Audiência Pública de Saúde, realizada no STF, desprestigiou as opiniões e colaborações do cidadão comum, de conhecimento leigo, algo que se demonstra incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A simples possibilidade de comparecimento nas audiências, onde o comportamento dos presentes se dê de forma meramente contemplativa, passiva, não caracteriza uma audiência pública, que, conforme vimos, possui a oralidade como a principal característica.

Conforme já explanado, a audiência pública é uma das formas de participação e controle popular da Administração Pública. O cidadão, inseridos em um Estado Social e Democrático de Direito, não deve ser compreendido como mero espectador de seu destino. A participação efetiva dos cidadãos nos processos de formação democrática de vontade é indispensável. Desta maneira, a audiência pública deve propiciar o amplo debate público, com igualdade de participação entre os membros da sociedade, alcançando a coletividade e agregando legitimidade democrática às tomadas de decisão pelo Poder Público.

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Contribuições da Sociedade Civil para a Audiência Pública de Saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>. Acessado em: 25/10/2012.

Por todo exposto, conforme será abordado a partir deste momento, avigora-se a Teoria discursiva, elaborada por Jürgen Habermas, aplicada às audiências públicas de saúde como instrumento indutor da democracia deliberativa.

### 6.3. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.

Resgatando a relação entre a teoria e a práxis, Habermas desenvolveu uma teoria da sociedade através da descrição de um tipo inovador de ação racional orientada ao entendimento. Segundo o autor, uma ação instrumental pode ser chamada de racional se o seu sujeito atinge os meios necessários para alcançar o êxito do seu objetivo de intervir de maneira eficaz no mundo. Trata-se de uma ação teleológica, que visa somente o fim, o sucesso da ação. Já uma ação comunicativa pode ser chamada de racional quando resulta em um consenso, um entendimento mútuo, provocado intersubjetivamente por bons argumentos, sobre algo no mundo<sup>207</sup>.

O domínio que predomina na ação instrumental é o “sistema”, que compreende o dinheiro e poder, enquanto que na ação comunicativa é o “mundo da vida” (*Lebenswelt*), que é caracterizado como âmbito de um saber compartilhado, constituindo-se na esfera de interpretações que integram determinadas visões de mundo, representando um pano de fundo da ação comunicativa.<sup>208</sup>

Habermas aborda sobre a necessidade de reconstrução das bases legitimadoras do direito moderno, tendo em vista a superação da justificação metafísica do Estado<sup>209</sup>. Assim, esta justificação deve ser suprida por critérios de validade racional escorados no princípio do discurso. Consoante a teoria habermasiana, o Estado Democrático de Direito apresenta uma justificação procedimental que permite a legitimidade do direito mediante processos e pressupostos comunicativos que devem ser institucionalizados, permitindo, assim, que os processos de composição e aplicação do direito levem a resultados racionais.<sup>210</sup>

Desta forma, o direito deve extrair sua legitimação através da autodeterminação democrática, onde os indivíduos tornam-se coautores do direito que estarão submetidos enquanto

<sup>207</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 20 e 21.

<sup>208</sup> Ibid. p. 31 e 32.

<sup>209</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Vita, 2012. p.13.

<sup>210</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2.Ed. Trad. Por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 153.

destinatários. Isto se torna possível mediante processos comunicativos de convencimento baseados em discursos que buscam o consenso. Através da persuasão recíproca entre os atores, a linguagem orientada ao entendimento age de modo funcional. Neste sentido, o Habermas<sup>211</sup> leciona:

Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o “agir comunicativo”. Neste caso, os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários.

Habermas<sup>212</sup> elucida que a validade social das normas é determinada pelo grau em que elas são aceitas pela sociedade, confirmando se a práxis vem ao encontro do interesse coletivo em igual medida.

O discurso torna possível a exposição de valores, composição de normas e o questionamento das mesmas. Enquanto no agir estratégico o sujeito age para atingir os fins que ele mesmo definiu como essencial, no agir comunicativo a busca é pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. Em uma sociedade emancipatória, prevalecem as ações comunicativas, que, por sua vez, demandam um processo de racionalização comunicativa. Neste sentido, as discussões racionais tornam-se instrumentos essenciais para a integração social e resolução de conflitos, coordenando as ações através de negociações que buscam interpretações comuns entre os atores, conciliando os desígnios através do entendimento.

O agir comunicativo, defendido por Habermas, se ramifica no discurso como uma das formas da comunicação, tendo por objetivo fundamentar as pretensões de validade das opiniões e normas, propondo uma participação ativa e igualitária dos cidadãos nos problemas que os envolvem a fim de se obter a tão almejada justiça. Os participantes do discurso defendem seus pontos de vista diante de seus oponentes, dando abertura para a aceitação do melhor argumento. Com esta prática, inicia-se uma concorrência argumentativa pelas melhores fundamentações.

O discurso torna possível a exposição dos argumentos racionalmente justificáveis, sendo criticáveis, ou seja, passíveis de problematização, visando um entendimento através da concordância dos fundamentos empregados, ou até mesmo um acordo, caracterizado pela

---

<sup>211</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. *Op. Cit.* p. 36.

<sup>212</sup> *Ibid.* p. 50.

aceitação de uma pretensão de validade dos participantes do discurso através de um mesmo fundamento. Para Habermas, somente com o uso da razão, através da aplicação da teoria discursiva, haverá a possibilidade de existir um “mundo da vida” mais justo e equânime.

A aceitabilidade racional de uma argumentação firma-se sobre razões vinculadas a determinadas características do processo argumentativo. As quatro mais relevantes são: (a) ninguém que possa dar uma contribuição relevante pode ser banido da participação. (b) Garantir a todos a mesma chance de contribuir (c) os participantes devem pensar genuinamente aquilo o que dizem (d) a comunicação deverá ser livre de coações internas ou externas.<sup>213</sup>

A teoria discursiva elaborada por Habermas defende que a formação democrática da vontade legitima-se através dos pressupostos comunicativos. Desta forma, o Estado democrático de direito se transforma num projeto, resultado e meio de racionalização do mundo da vida, gerando a institucionalização progressiva dos processos de formação racional e coletiva da vontade<sup>214</sup>.

Habermas<sup>215</sup> dispõe que “[...] o âmago da política deliberativa consiste precisamente numa rede de discursos e de negociações, a qual deve possibilitar a solução racional de questões pragmáticas, morais e éticas – que são precisamente os problemas acumulados de uma fracassada integração funcional, moral e ética da sociedade.”

É condição da racionalidade admitir todos os argumentos dos atores que puderem contribuir. O compromisso da racionalidade é a vinculação com os argumentos, independentemente de quem os pronuncia. A possibilidade de se reconsiderar os argumentos racionalmente articulados transforma-se em uma regra entendida para o debate.

Wellmer<sup>216</sup> estabelece a substancial diferença entre as obrigações da racionalidade e as obrigações morais:

A exigência da racionalidade é admitir os argumentos do inimigo, se esses forem sensatos; ao passo que a exigência da moralidade é que seja dado o direito de falar até mesmo àqueles que ainda não podem argumentar adequadamente. De uma maneira mais enfática, podemos dizer que as obrigações da racionalidade se referem aos argumentos independentemente da pessoa que os pronuncia, enquanto que as obrigações morais dizem respeito às pessoas independente de seus argumentos.

<sup>213</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 58.

<sup>214</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. Op. Cit.* p. 276.

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 47.

<sup>216</sup> WELLMER apud MÍLOVIC. p.243. MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*. 1ª ed. 2—2. Plano Editora. Brasília.

Neste sentido, a teoria discursiva elaborada por Habermas ampara-se na intersubjetividade mais desenvolvida em processos de entendimento recíproco que se arrimam, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamento em corporações parlamentares e, por outro lado, na rede de comunicações formada pela opinião pública de caráter político.<sup>217</sup>

O conceito de discurso na democracia deliberativa enquadra-se à imagem de uma sociedade descentralizada, que transforma o cenário que vivem com a opinião pública, vislumbrando, resguardando e tratando dos problemas atinentes à sociedade.<sup>218</sup> Percebe-se, através desta teoria, a possibilidade de se estabelecer uma verdadeira democracia. Isto pelo fato de que, conforme Canotilho, “A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da *polis*”<sup>219</sup>.

Assim sendo, a vontade do povo deve ser constantemente identificada, legitimando o direito e as políticas mediante a participação popular através da racionalização comunicativa proposta por Habermas, possibilitando, desta maneira, o controle e a programação do exercício do poder político, consolidando uma democracia deliberativa.

Em outras palavras, através da teoria do agir comunicativo é possível obter a legitimação do povo através dos canais da racionalização discursiva. A racionalidade comunicativa permite uma ampliação do alcance da compreensão mútua na comunicação por meio do discurso reflexivo.

Assim, segundo o filósofo e sociólogo, uma soberania popular somente se estabelece no processo democrático e na aplicação jurídica de seus pressupostos comunicacionais caso tenha por objetivo conferir validação a si mesma enquanto poder gerado pela via comunicativa.<sup>220</sup>

Habermas<sup>221</sup> assevera:

A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra o conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento

---

<sup>217</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Op. Cit. p. 280.

<sup>218</sup> Ibid. p. 283.

<sup>219</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”*. p. 11-35, In: CANOTILHO, J.J Gomes et. Al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

<sup>220</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Op. Cit. p. 283.

<sup>221</sup> Ibid. p. 278.

democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se as regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística.

Habermas<sup>222</sup> preconiza que a democracia deliberativa representa um paradigma dos direitos em geral, pois nela resta claro o fenômeno da inclusão. Em uma comunidade de cidadãos dotados de direitos iguais e realidades diferentes, estes se associam através do direito individual de contribuírem de forma autônoma, assumindo posicionamentos próprios, possibilitando ao homem se tornar mais livre e mais conhecedor da comunidade que lhe cerca.

Desta forma, a teoria elaborada pelo autor intenta um processo igualitário de deliberação na tomada de decisões do sistema político das sociedades modernas, incorporando a dimensão social ao argumento procedimentalista, permitindo a construção de um novo quadro institucional que vislumbre a importância da diversidade cultural e de argumentos.

Por conseguinte, Habermas visa o aperfeiçoamento da convivência humana como forma de vida e de democracia, introduzindo a possibilidade de uma relação argumentativa crítica dos cidadãos com a organização política. A deliberação societária torna possível uma política plural, que incorpora diversos atores em processos racionais, e que se caracteriza como uma forma de exercício coletivo do poder que se ampara em um processo livre de manifestação de razões entre iguais.

Com efeito, conforme veremos, a teoria discursiva de Habermas aplicada nas audiências públicas de saúde pública visa não só a legitimação política da vontade do povo através da democracia deliberativa, mas também atua como auxiliar na tomada de decisões justas e adequadas pelo poder administrativo, vislumbrando os cidadãos em suas precípuas necessidades e contribuindo para uma integração solidária em proveito de toda a sociedade.

#### **6.4. A Divergência Epistemológica entre Foucault e Habermas acerca do discurso.**

Após expormos as principais características da teoria discursiva, elaborada por Habermas, é válido abordarmos a diferença entre as concepções de Habermas e Foucault acerca

---

<sup>222</sup> Ibid. p. 274.

do discurso. Sem embargo, as lições de Foucault, utilizadas no início do presente trabalho, apresentam importante compreensão acerca do biopoder e o modo como este instrumento fora e ainda aparenta exercer certo domínio sobre a gestão da vida dos indivíduos até os dias de hoje. Desta forma, acreditamos ser relevante uma breve exposição do posicionamento de cada um destes eminentes filósofos.

Habermas e Foucault concebem o discurso de forma diferente. Enquanto Foucault compreende que o discurso se relaciona a algum tipo de poder, na concepção de Habermas o discurso é fonte de entendimento, logo, de liberdade, do indivíduo.

Para Habermas, a intersubjetividade é o meio hábil de emancipação dos indivíduos. Assim, o filósofo concebe a linguagem como libertação das formas mais perversas de alienação onde, através da comunicação, pode ocorrer um processo de superação e progresso.

Neste esteio, conforme já abordado, segundo Habermas o modo mais adequado de se resolver problemas de ordem democrática é através da validação, que ocorre pela aquiescência dos envolvidos em uma discussão racional.

De modo diverso, Foucault dispõe que cada indivíduo deve encontrar modos nos quais ele descubra como deve viver, disciplinando que em toda intersubjetividade existem relações de poder. Para Foucault, os discursos são formas de coerção, subjugando os sujeitos ainda que de forma inconsciente, tendo a finalidade de controlar e disciplinar corpos e mentes. Em seu entendimento, os indivíduos se tornam dominados pelo poder que o discurso abarca.

De acordo com a compreensão de Foucault, o homem deve se bastar, conquistar o conhecimento de si mesmo, dispensando que outros lhe orientem. Refutando veemente o discurso como instrumento emancipatório. Foucault<sup>223</sup> assevera:

Ora, parece-me que sob esta aparente veneração do discurso, sob essa aparente logofilia, esconde-se uma espécie de temor. Tudo se passa como se interdições, supressões, fronteiras e limites tivessem sido dispostos de modo a dominar, ao menos em parte, a grande proliferação do discurso. De modo a que sua riqueza fosse aliviada de sua parte mais perigosa e que sua desordem fosse organizada segundo figuras que esquivassem o mais incontrolável; tudo se passa como se tivessem querido apagar até as marcas de sua irrupção nos jogos do pensamento e da língua.

---

<sup>223</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 6ª ed. São Paulo: Editora Loyola, 1996. p. 49-50.

Nota-se a evidente desconfiança e descrédito de Foucault em relação ao discurso, ressaltando as formas negativas que este instrumento pode envolver por meio das técnicas de linguagem e jogos de pensamento.

Na compreensão desse filósofo, o discurso vigora como forma de controle e coação das ações, indicando o caminho que todos devem seguir. Como consequência, afasta do indivíduo o que lhe é mais essencial: sua autonomia.

Foucault fundamenta que autonomia é conquistada por meio do exercício individual de práticas de liberdade, desenvolvendo a ética de um “cuidado de si”, tornando possível a libertação das relações de poder e afastando o controle e dominação que podem se originar do discurso. Assim, somente através do “cuidado de si” é possível alcançar uma educação que compreenda a construção de melhores condições de vida. Através das “técnicas de si”, o indivíduo estabelece sua identidade, podendo mantê-la ou transformá-la graças ao domínio e conhecimento de si mesmo. Desta maneira, a relação entre agir e viver deve se firmar na expressão da verdade de si mesmo. Foucault<sup>224</sup> assim orienta:

A história do “cuidado de si” e das “técnicas de si” seria, portanto, uma maneira de fazer a história da subjetividade; porém, não mais através da separação entre loucos e não loucos, doentes e não doentes, delinquentes e não delinquentes, não mais através da constituição de campos de objetividade científica, dando lugar ao sujeito que vive, que fala e que trabalha. Mas através do empreendimento e das transformações, na nossa cultura, das “relações consigo mesmo”, com seu arcabouço técnico e seus efeitos de saber. Seria possível, assim, retomar num outro aspecto a questão da “governamentalidade”: o governo de si por si na sua articulação com as relações com o outro [...].

Em contraposição às elaborações teóricas de Foucault, Habermas considera que o discurso não objetiva somente a dominação dos indivíduos, podendo possuir um fim mais nobre e que alcança uma universalidade através da prática da racionalidade entre os sujeitos dialogantes, ampliando e incluindo os sujeitos.

Por meio do discurso, torna-se possível a socialização, a educação e as liberdades democráticas.<sup>225</sup> A verdade de um discurso não se vincula de forma arbitrária a um determinado poder, pois é indispensável que os participantes aquiesçam o melhor argumento, baseado na razão, em busca do consenso.

<sup>224</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1997. p.111.

<sup>225</sup> Cf. ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. Curitiba: Editora da UFPR. 2004. p.261.

Habermas observa que “por isso, Kant só reconhece como ‘livre’ a vontade autônoma, determinada pela razão. Só age livremente aquele que permite que sua vontade seja determinada por sua compreensão daquilo que todos poderiam desejar.”<sup>226</sup>

Acerca do risco de um domínio do conhecimento e da palavra pelas autoridades, Habermas desconstrói tal ideia, regrando que afirmar “que autoridade convirja com conhecimento, equivaleria a dizer que a tradição, que atua por trás do educador, legitimaria os preconceitos inculcados aos da nova geração”<sup>227</sup>. Desta maneira, segundo o teórico, “autoridade e conhecimento não convergem.”<sup>228</sup>.

O agir comunicativo vislumbra uma comunicação cooperativa, inclusiva, que respeita as diferenças e forma uma estrutura de responsabilização solidária recíproca. Nos dizeres de Habermas:

[...]essa orientação da teoria da sociedade corresponde, na teoria da moral e do direito, a um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. O mesmo respeito para todos e cada um não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao ‘nós’ flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas.<sup>229</sup>

Não obstante, ainda que Habermas tenha uma concepção diferente da de Foucault, o primeiro aprecia a elaboração teórica do biopoder, elaborada pelo segundo. Contudo, Habermas discorda da visão de Foucault acerca do estabelecimento do biopoder.

“Biopoder” significa aquela forma de socialização que elimina toda naturalidade e transforma em um substrato para o alastramento de relações de poder o corpo vivo em sua totalidade. A assimetria, plena e de conteúdo normativo, que Foucault vê estabelecida nos complexos de poder, não subsiste propriamente entre a vontade detentora de poder e a submissão forçada, mas entre os processos de poder e os corpos que nele são triturados.<sup>230</sup>

Habermas assevera que Foucault considera a verdade dependente do poder, invertendo uma relação que, no contexto da filosofia do sujeito, se exerce no sentido contrário.<sup>231</sup>

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Op.Cit. p.45.

<sup>227</sup> HABERMAS, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad: Álvaro L.M.Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987. p.17.

<sup>228</sup> Ibid. p.18.

<sup>229</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Op. Cit. p.7

<sup>230</sup> HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. Martins Fontes. São Paulo. 2000. p.398-399.

<sup>231</sup> Ibid. p.385.

Em relação aos argumentos traçados pelos dois autores, compactuamos com os de Habermas por compreendemos que o poder depende da verdade e que, tal verdade, intersubjetiva, fruto de um consenso, pode ser alcançada através de sua teoria discursiva. Consideramos ainda que a aplicação da teoria discursiva nas audiências públicas de saúde pode servir como instrumento que atua contra os mecanismos do biopoder. Isto pelo fato de que, estabelecido o processo democrático deliberativo escorado no discurso, é possível afastar os elementos de domínio sobre o corpo e mente dos indivíduos, já que estes mesmos indivíduos buscarão um auto-entendimento, firmado na igualdade de participação e determinando a base de validade do discurso, dando norte às tomadas de decisão por parte do Poder Público. Desta forma, os sujeitos serão os condutores do destino político que estabelecerão para si.

#### **6.5. A aplicação de Audiências Públicas em nível regional, conforme a teoria discursiva de Habermas, visando à legitimação das políticas públicas e como instrumento contra os mecanismos do biopoder.**

Um dos maiores progressos providos por Hipócrates em sua doutrina foi a base fundamental do seu sistema, desvinculando a Medicina das interpretações teológicas e do misticismo da magia, atribuiu causas naturais às doenças, ocasionadas por fatores externos como clima, ambiente, dieta e gênero de vida. Assim, as doenças deixaram de ser interpretadas como maldições e o diagnóstico deixa de ser uma inspiração divina para constituir um processo lógico através da observação cautelosa dos sinais e sintomas.<sup>232</sup>

Através do pensamento hipocrático, se percebeu a necessidade da intervenção na fase inicial da enfermidade, evitando assim sua evolução e disseminação. Em *Ares, Águas e Lugares*, Hipócrates elaborou o primeiro tratado acerca da saúde pública e geografia médica, discorrendo sobre a influência do meio físico na saúde e na doença.<sup>233</sup>

Partindo do exposto, percebemos que a análise das diferenças e exigências de cada região em relação à saúde, juntamente com um diagnóstico precoce, demonstram-se como influentes temas da história médica.

---

<sup>232</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.13

<sup>233</sup> Ibid.

O Brasil possui dimensões continentais, detendo 8.515.692,27 km<sup>2</sup> e sendo composto por 190 milhões de habitantes<sup>234</sup>. Desta forma, somente mediante a análise da realidade da saúde de cada local é possível revelar as vulnerabilidades sistêmicas referentes ao acesso à saúde, informação preventiva e concernente a tratamentos. Primeiramente, deve-se ressaltar a importância da forma que se dá a atividade em grupo e não individualmente, visto que é no grupo que as demandas, problemas, expressões da questão social, vivenciados pelos indivíduos ganham coletividade, ou seja, embora os problemas que o trouxeram ali sejam aparentemente individuais, na verdade são coletivos.

Neste sentido, o Pacto de Gestão de 2006, Portaria nº. 399 do Ministério da Saúde, de 22 de fevereiro de 2006, também conhecido por Pacto pela Saúde, estabelece diretrizes, ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada que compõem o Sistema Único de Saúde – SUS, preservando suas competências previstas na Constituição Federal de 1988 e os princípios elencados nas Leis Orgânicas da Saúde, reiterando a importância das ações concretas elaboradas pelas três instâncias federativas.

Tendo em vista a estrita necessidade da análise local da saúde pública, no item 2.1 do Pacto de Gestão são regradados os objetivos da regionalização da saúde, que almejam:<sup>235</sup>

Garantir acesso, resolutividade e qualidade às ações e serviços de saúde cuja complexidade e contingente populacional transcendam a escala local/municipal;  
 Garantir o direito à saúde, reduzir desigualdades sociais e territoriais e promover a equidade, ampliando a visão nacional dos problemas, associada à capacidade de diagnóstico e decisão loco-regional, que possibilite os meios adequados para a redução das desigualdades no acesso às ações e serviços de saúde existentes no país;  
 [...]
 Potencializar o processo de descentralização, fortalecendo estados e municípios para exercerem papel de gestores e para que as demandas dos diferentes interesses loco-regionais possam ser organizadas e expressadas na região;

No mesmo item, são definidas as Regiões de Saúde e como estas devem se organizar:

As Regiões de Saúde são recortes territoriais inseridas em um espaço geográfico contínuo, identificadas pelos gestores municipais e estaduais a partir de identidades culturais, econômicas e sociais, de redes de comunicação e infra-estrutura de transportes compartilhados do território;  
 A Região de Saúde deve organizar a rede de ações e serviços de saúde a fim de assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais de universalidade do acesso, equidade e

<sup>234</sup>BRASIL. IBGE – *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1866&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1866&id_pagina=1)>. Acessado em: 28/10/2012.

<sup>235</sup>BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 399 de 22 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acessado em: 28/10/2012.

integralidade do cuidado;

Assim, o Pacto reconhece a evidente necessidade de uma atuação estatal descentralizada, que amplie a visão nacional acerca dos problemas da saúde pública no território brasileiro, aplicando meios adequados que possibilitem o acesso aos serviços médicos e redução das disparidades de cada região através da capacidade de decisão pelos gestores locais.

Considerando que em cada região no Brasil os indivíduos apresentam interesses específicos e demandam necessidades diferentes em relação à saúde, as audiências públicas municipais representam o palco ideal para debates e esclarecimentos, possibilitando um diagnóstico preciso das necessidades do cidadão na região em que vivem, tornando viável a adoção de metas e orientando as políticas públicas de saúde de modo apropriado.

Conforme José Luiz Quadros de Magalhães: “não é o Estado quem deve dizer qual programação ou programas que se adequam aos valores éticos e morais, uma vez que ele não sabe e não pode saber quais são os valores para cada pessoa, cada família, cada comunidade.”<sup>236</sup> Desta forma, a saúde deve ser concebida como tema onde prevaleçam ações estabelecidas comunicativamente. Assim, os cidadãos, ao exercerem seu poder de voz, possibilitam a compreensão estatal acerca dos programas que se adequam aos valores éticos e morais da comunidade através do consenso.

Atendo-se à importância do tema em questão, a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080 de 1990, teve, dentre outros, a inclusão do artigo 19-Q e 19-R pela Lei 12.401 de 2011<sup>237</sup>. Mediante tal alteração, a referida lei passou a prever a realização de audiência pública antes da decisão em relação à incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos pelo SUS, assim como a composição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica

<sup>236</sup> Magalhães, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.119.

<sup>237</sup> Brasil. Lei 8.080/90. **Art. 19-Q.** A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. (...) **Art. 19-R.** A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. **§ 1º** O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: (...) **III** - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; **IV** - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.

se a relevância da matéria justificar o evento. Entretanto, tal inclusão significou apenas um passo de muitos a serem galgados em favor da participação democrática nas políticas públicas saúde.

Neste esteio, nos moldes da teoria discursiva elaborada por Habermas, a audiência pública representa um instrumento que se adéqua ao modelo de democracia deliberativo-procedimental, onde o cidadão não se porta como mero observador, mas sim como um partícipe do processo democrático, visando à proteção do direito de minorias e de grupos vulneráveis, provendo uma valorização da opinião pública, assegurando que os resultados políticos originem da ampla participação dos cidadãos através do debate.

Através da aplicação da teoria discursiva de Habermas nas audiências públicas de saúde, realizadas em nível local, municipal ou regional, as opiniões do povo podem ser ouvidas, debatidas e relevadas, tornando o cidadão visível para o Poder Público e possibilitando, inclusive, uma alteração do destino social da comunidade. Marcus Orione Gonçalves<sup>238</sup> orienta acerca deste fenômeno:

Quando quem era invisível passa a ser visível, há maior possibilidade de alteração nos rumos do destino de ambos: do que estava invisível e daquele que o invisibilizava. O que é visto nos toca (não somente no sentido de visão pelos olhos, embora também, mas visão pela alma). Quem é invisível não pode, por exemplo, ser titular de direitos. O sujeito precisa existir, ser visibilizado, para que possa auferir os direitos, para que possa fazer parte de uma lógica de interpretação jurídica. Não há sujeitos de direito onde há um processo de invisibilização destes seus titulares.

A teorização de Habermas sobre a comunicação extravasa a simples concepção semântica da palavra, pois, conforme vimos, o filósofo interpreta a comunicação como uma cooperação intersubjetiva, de forma que o interlocutor não deve ser compreendido como um mero receptor, mas sim como um colaborador.

A utilização da teoria de Habermas no âmbito da saúde não é algo novo. Graham Scambler, em seu livro *Habermas, Critical Theory, and Health*<sup>239</sup>, aplica as ideias centrais do arcabouço teórico de Habermas na área da saúde. Contribuindo com o tema, Scambler traça a distinção entre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa, dispondo que o pensamento crítico do cidadão leigo em seu mundo vivido (*Lebenswelt*) é frequentemente negligenciado ou ignorado pelo conhecimento do experto na área médica. Assim, a compreensão

<sup>238</sup> GONÇALVES, Marcus Orione. *Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe*. p.11-163. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Op. Cit. p. 129-130.

<sup>239</sup> SCAMBLER, Graham. Et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

da complexa interação da história, da biografia, da localidade e as amplas divisões sociais de classe e gênero dos cidadãos leigos tornam-se questões desconsideradas.<sup>240</sup> Em decorrência disso, através de uma razão instrumental, a posição do especialista torna-se a única fonte válida de conhecimento no processo de tomada de decisões pelo Poder Público.

Isso pelo fato de que ninguém melhor do que os próprios cidadãos, utilizando o poder comunicativo, para esclarecer a realidade da saúde na região em que residem e em seus respectivos mundos da vida.

Scambler e Britten<sup>241</sup> esclarecem acerca da relação entre o médico e o paciente:

[...] a análise de Habermas da ação estratégica velada é particularmente útil; [...] é um conceito que abrange não apenas engano consciente ou manipulação, como quando um médico recorre a um jargão técnico para intimidar, subjugar ou ganhar a concordância de um paciente resistente, mas também um engano inconsciente ou comunicação sistematicamente distorcida, quando nem o médico nem o paciente estão cientes que prevalece entre eles a ação estratégica e não a comunicativa.

[...]

Por mais que a voz do especialista médico não seja intrinsecamente problemática, age, no entanto, como um produto indireto que Habermas define como processos de seleção racionalizada (ou sistema excessivo) no mundo de vida colonizado, vindo a privilegiar o “científico” em detrimento da “atitude natural” [...]

(nossa tradução).

Relevando a concepção subjetiva dos cidadãos comuns, o conhecimento do leigo na área da saúde deve ser valorizado, pois é este conhecimento que lança o desafio político para que as autoridades desempenhem seu papel, elucidando a maneira em que as questões são engendradas, o modo que os problemas são definidos e a forma de produção e reprodução deste conhecimento, permitindo, a partir de então, uma análise que busque a solução mais adequada para os diversos casos.

De igual forma, a concepção ético-discursiva do direito e a democracia deliberativa podem promover melhorias na área da saúde, legitimando a atuação do poder público e

<sup>240</sup> Idem. *Unfolding themes of an incomplete Project*. in: Habermas, *Critical Theory, and Health*, Op. Cit. p. 20 e 21.

<sup>241</sup> No original “Habermas’ analysis of concealed strategic action is particularly useful; and we have seen that this is a concept which covers not only conscious deception, or manipulation, as when a doctor uses technical jargon to browbeat, subdue or gain assent from a resistant patient, but also unconscious deception, or systematically distorted communication, when neither doctor nor patient is aware that strategic rather than communicative action prevails.[...] While the voice of medicine is not intrinsically problematic, it nevertheless, as an indirect product of what Habermas defines as processes of selective (or excessive system) rationalization and lifeworld colonization, has come to privilege the ‘scientific’ over what Schutz called the ‘natural attitude’”. SCAMBLER, Graham & BRITTEN, Nicky. *System, Lifeworld and Doctor-patient interaction*. in: Habermas, *Critical Theory, and Health*. Op. Cit. p. 54 e 55.

empreendendo esforços para resolver as aporias oriundas das ações estratégicas. Jones<sup>242</sup>, referindo-se à Habermas, regra que “[...] seu apelo por uma democracia deliberativa dá peso à lei, atuando como um veículo de transferência das necessidades dos cidadãos para o poder administrativo. Ele parece prever um circuito entre a esfera pública e a esfera de governo onde o poder comunicativo se transforma em poder administrativo.”

No mesmo sentido, os programas e ações voltados para saúde pública devem encontrar sua legitimidade no agir comunicativo. Scambler<sup>243</sup> ressalta: “Avaliações da gravidade das ameaças de crise de legitimação que os governos enfrentam cada vez mais, (tendo que) prometer ao eleitorado mais do que eles são capazes de oferecer, são particularmente pertinentes às considerações de saúde e ‘cortes’ em gastos sociais para os primeiros anos do século XXI.”

O discurso do especialista, em grande parte das vezes tende a responsabilizar o enfermo por sua condição de doente ou resigna-se mediante o argumento da falta de recursos, levando o paciente a um sentimento de exclusão social e perda de identidade, aviltando, por sua vez, a dignidade dos usuários do sistema público de saúde. Por conseguinte, os usuários do sistema público de saúde se sentem um grupo apartado, privados de sua cidadania e alijados do sistema de saúde que deveria lhes servir.

A partir dessa compreensão, Kelleher estabelece uma interessante vinculação desse grupo à “situação ideal de fala”, uma condição elaborada por Habermas na qual somente prevalece a força do melhor argumento e na qual todos têm o igual direito a participar do discurso. Essa situação ideal de fala envolve outros critérios a serem aplicadas pelos participantes no discurso: a verdade, a correção e a sinceridade. Neste sentido, os enfermos (de conhecimento leigo) ou até mesmo os usuários do sistema de saúde pública, ao se encontrarem com seus semelhantes, tendem a ser sinceros, descrevendo francamente a situação de vida e das

---

<sup>242</sup> No original “[...]his call for a deliberative democracy gives weight to the law as a vehicle for transferring citizen needs into administrative power. He appears to envisage a circuit between the public sphere and the government sphere where communicative power is transformed into administrative power. JONES, Ian Rees. *Health care decisions making and the politics of health.*” in: Habermas, *Critical Theory, and Health.* Op. Cit. p. 82

<sup>243</sup> No original “*Appraisals of the seriousness of the threats of crises of legitimation that face governments increasingly (having to) promise their electorates more than they are able to deliver are particularly pertinent to considerations of health care and other welfare spending ‘cuts’ into the early years of the twentyfirst century.*” SCAMBLER, Graham. *Unfolding themes of an incomplete Project.* in: Habermas, *Critical Theory and Health.* Op. Cit. p. 20.

dificuldades que enfrentam. Desta forma, em um processo de integração comunicativa sobre o mundo da vida, os participantes também estão engajados em afirmar suas próprias identidades.<sup>244</sup>

Assim como Habermas, Kelleher admite que a “situação ideal de fala” é uma idealização discursiva na qual devemos nos aproximar o máximo possível para alcançarmos um discurso adequado. Nos dizeres de Kelleher<sup>245</sup>:

Dois pontos relacionados podem ser constatados por suas referências aos estudos de consultas médicas: primeiro, muitos estudos concluem que consultas médicas estão longe de serem "situações ideais de fala" em que seja alcançado um acordo sobre como gerenciar uma condição crônica de um intercâmbio recíproco de declarações e interrogatório em interação comunicativa, em segundo lugar, embora algumas pessoas estejam dispostas a aceitar o conselho do "perito", uma série de outros sentem insatisfeitos e de várias maneiras resistem ao controle médico. É sugerido que esta resistência pode resolvida [...] pode haver um cenário em que o conhecimento de especialistas torna-se mais aberto às capacidades críticas de leigos, no desenvolvimento de uma parte da esfera pública.

Assim, os enfermos de conhecimento leigo, tendo a oportunidade de compartilhar suas histórias e comportamentos nos debates realizados nas audiências públicas, podem aumentar a percepção de controle sobre seu físico e suas condições sociais, havendo uma integração entre a coletividade e a esfera pública.

Conforme vimos, a Audiência Pública nº 4 realizada no STF, cujo tema abordado foi o sistema de saúde pública no Brasil, não escutou efetivamente os cidadãos de conhecimento leigo, considerando somente os argumentos aduzidos pelos especialistas. Tendo em vista que uma das principais características de uma audiência pública é a oralidade, logo, conclui-se que o cidadão de conhecimento leigo não legitimou quaisquer das decisões ali tomadas, não exercendo influência no sistema administrativo do Estado e tampouco esclarecendo a realidade da saúde pública no Brasil. Scambler e Martin, fazendo referência às lições de Habermas, elucidam que “[d]e importância fundamental aqui é a ideia de que a legitimidade da autoridade política só pode ser assegurada através da participação pública na deliberação política e tomada de

<sup>244</sup> KELLEHER, D. *New Social Movements in the Health Domain*. in: *Habermas, Critical Theory, and Health*, 2001.p.132.

<sup>245</sup> No original “Two related points can be made by his references to studies of medical consultations: first, many studies make the point that medical consultations are far from being ‘ideal speech situations’ in which agreement is reached about how to manage a chronic condition by a reciprocal exchange of statements and questioning in communicative interaction; secondly, although some people are willing to accept the advice of the ‘expert’, a number of others feel dissatisfied and in various ways want to resist medical control. It is suggested that this resistance can be understood [...]there may be a setting in which the knowledge of experts becomes more open to the critical capacities of lay people, a developing part of the public sphere.” KELLEHER, D. *New Social Movements in the Health Domain*. *Op.Cit.* p.130-131.

decisão. Habermas afirma, de fato, que há uma relação interna entre o Estado de direito e a soberania popular”.<sup>246</sup>

Por conseguinte, o cidadão deve se tornar coautor das regras que se submetem ou, através de um discurso racional onde prevaleça a força da melhor argumentação, devem interpretar estas normas da forma que melhor convenha à coletividade. Assim, permite-se o estabelecimento de uma discussão que torna possível, além de um esclarecimento, um consenso.

Mediante a utilização da teoria discursiva de Habermas na realização de audiências públicas de saúde realizadas em nível local, tendo como partícipes os usuários do Sistema Público de Saúde, os gestores da área da saúde e os profissionais da área médica, torna-se possível o compartilhamento das convicções que garantem a intersubjetividade do contexto em que vivem.

Desta forma, através de um discurso válido, é possível atingir um entendimento entre sujeitos capazes de linguagem e ação.

Os profissionais da área médica e gestores da área da saúde poderão clarificar as dúvidas e problemas de determinadas moléstias enfrentadas pelos usuários do sistema público de saúde, orientando acerca dos tratamentos existentes e da probabilidade de cura, possibilitando, inclusive, mudanças da concepção de saberes falíveis no que dizem respeito ao mundo objetivo, pautados por uma pretensão intersubjetiva de validade entre os atores participantes da audiência pública. De outro lado, o cidadão científicará o poder público acerca da sua realidade, tornando possível um diagnóstico da saúde local, facilitando a definição de programas de saúde mais adequados àquela determinada região.

Habermas<sup>247</sup> leciona:

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. Racionalização significa mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas

<sup>246</sup> No original “*Of fundamental importance here is the idea that the legitimacy of political authority can only be secured through public participation in political deliberation and decision making; he claims, in fact, that there is an internal relation between the rule of law and popular sovereignty. One way of understanding this is to see Habermas as taking what is valuable and acceptable from each of two contrasting and otherwise fallacious approaches, ‘liberalism’ and ‘communitarianism’.*” SCAMBLER, Graham; MARTIN, Leslie. *Civil society, the public sphere and deliberative democracy*. in: *Habermas, Critical Theory, and Health*. Op. Cit. p. 187.

<sup>247</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Op. Cit. p. 282.

exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe de uma maneira ou de outra.

Cohen<sup>248</sup> ressalta que a prática deliberativa não deve ter como objetivo a redução da diversidade de interesses, mas a busca de decisões coletivas, pois considera que a democratização ocorre à medida que a autorização para o exercício do poder estatal é conferida pela decisão coletiva daqueles que por este poder serão regidos.

Conforme o art. 1º da lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, os Conselhos de Saúde são instâncias colegiadas do SUS, possuindo representação em nível federal, pelo Conselho Nacional de Saúde; em nível estadual, pelos Conselhos Estaduais de Saúde; e em nível municipal, pelos Conselhos Municipais de Saúde. Os Conselhos Municipais de Saúde, órgãos pertencentes às Secretarias Municipais de Saúde, tem por finalidade a atuação e deliberação na formulação e controle da execução, avaliação e fiscalização das políticas de saúde<sup>249</sup>

Tendo em vista que um dos princípios do SUS é a participação da comunidade e a descentralização política-administrativa federal e estadual dos serviços de saúde para os municípios e regiões<sup>250</sup>, as audiências públicas de saúde podem, inclusive, ser periodicamente promovidas pelos Conselhos Municipais de Saúde, tornando possível uma deliberação pública que tenha por fim investigar as necessidades da população, operacionalizando as políticas públicas municipais de saúde.

O Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) possui representação no Conselho Nacional de Saúde. Assim, os dados oriundos das audiências públicas locais de saúde poderiam ser enviados regularmente para o CNS, órgão vinculado ao Ministério da Saúde e instância máxima de deliberação do SUS, permitindo a análise panorâmica da saúde pública nacional e o estabelecimento de metas e ações direcionadas a cada região do Brasil,

<sup>248</sup>COHEN, Joshua. *Democracia y libertad*. In: Elster J. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa; 2001

<sup>249</sup>BRASIL. Lei 8.080/90. **Art. 9º** A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: [...] III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

<sup>250</sup>BRASIL. Lei. 8.080/90. **Art.5º**. São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde. [...] **Art. 7º** As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] **VIII** - participação da comunidade; **IX** - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: **a)** ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; **b)** regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; [...]”.

baseando na diversidade de identidades econômicas, culturais e sociais das diversas populações em seus mundos de vida.

Assim, torna-se possível um sistema de saúde pública eficiente, compromissado com a qualidade de saúde dos cidadãos, enfocando nas demandas de cada comunidade, organizando, definindo e redefinindo constantemente as políticas públicas de saúde conforme as necessidades apresentadas nas audiências públicas. Desta maneira, também se torna possível um direcionamento adequado das verbas públicas, alocando os recursos públicos a partir da identificação dos problemas, investindo nas demandas locais de saúde, configurando um modelo econômico, desburocratizado, ágil e que respeita a concepção subjetiva dos indivíduos.

Desta forma, os agentes sociais deterão maior ciência do contexto no qual estão inseridos, pois, somente sabendo quais são os problemas reais é que se poderão traçar possíveis soluções, delineando os indicadores de saúde e orientando um planejamento factível.

O processo de comunicação gera, por sua vez, o estabelecimento de um poder político que atua de forma ascendente, partindo dos municípios e regiões em direção ao Estado e à União, refletindo uma real democracia, onde o povo é visto como colaborador e partícipe do Poder Público, conferindo uma participação comunicativa efetiva dos cidadãos na concretização da saúde pública que necessitam. De igual forma, o povo fiscalizará a efetividade e a aplicação das medidas públicas de saúde, mobilizando socialmente a comunidade caso este direito seja cumprido de maneira insuficiente.

Assim, a realização de audiências públicas, realizadas com diversas áreas de um município ou território, assegura uma análise sistêmica, oferecendo uma visão panorâmica aos gestores, que passarão a vislumbrar as vulnerabilidades de saúde da população das diversas áreas albergadas por sua competência.

Este planejamento participativo, que prevê uma atuação em conjunto entre a população e os administradores da saúde pública, permite a inclusão do cidadão no sistema político social através das audiências públicas. Desta forma, os cidadãos legitimariam as medidas públicas adotadas. Canotilho<sup>251</sup> dispõe sobre este fenômeno da inclusão:

---

<sup>251</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”*. p. 11-25. In: *Direitos Fundamentais Sociais. Op. Cit.* p. 21.

A realização deste princípio de igualdade de inclusão continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantia esta justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluimos) é a reinvenção do Estado Social. Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionamente diferentes.

Estabelecida através do discurso crítico, racional, sem coerções, ancorado na igualdade de condições dos partícipes se expressarem, as audiências públicas permitem a inserção dos cidadãos comuns na estruturação da saúde pública através do debate, problematizando publicamente as condições que enfrentam, incentivando um diálogo que busque o consenso acerca das ações e políticas públicas de saúde, atendidas as especificidades das necessidades locais individuais. Enfim, desta forma, o cidadão participa dos processos de decisão, confirmando o princípio democrático. Canotilho<sup>252</sup> leciona:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática - órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.

Através desse modelo democrático, temos um conceito que se adere às sociedades plurais, legitimando e influenciando a atuação dos poderes estatais. Assim, conforme Habermas “[o] poder legítimo produzido comunicativamente pode influir no sistema político, assumindo em suas mãos o *pool* de argumentos que necessariamente acompanham a racionalização das decisões administrativas.”<sup>253</sup>

Deste modo, a comunicação entre dirigentes e dirigidos, administração e administrados, torna-se ferramenta legitimadora da vontade e poder democrático mediante a participação dos cidadãos. Ainda que as opiniões oriundas da audiência pública não subjuguem o poder da administração, não vinculando a pretensão pública à decisão administrativa, as manifestações dos cidadãos terão carácter consultivo, devendo ser analisadas pela administração, que poderá orientar suas ações de maneira mais eficaz.

<sup>252</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.288.

<sup>253</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Op. Cit. p.271.

Transformados em poder comunicativo mediante procedimentos democráticos, os debates oriundos das audiências públicas não dominariam a política, mas direcionariam o uso do poder administrativo para determinados problemas e áreas. A opinião pública comporia uma rede de sensores que reagiriam às pressões diante de situações problemáticas.<sup>254</sup>

Conforme visto, a inércia do Poder Público em fazer cumprir as políticas públicas de saúde, o descaso institucional dos membros e gestores do SUS e os consensos sociais inarticulados, que naturalizam a desigualdade e a violência social, são fatores que permitem e retroalimentam os instrumentos seletivos do biopoder, derivando nas mazelas da saúde pública brasileira. Mediante a realização frequente de audiências públicas regionais de saúde, o cidadão é ouvido, passando a ser ator colaborador e fiscalizador das políticas de saúde, se inserindo, destarte, no sistema político e afastando a atuação dos mecanismos do biopoder.

Por todo exposto, a teoria discursiva de Habermas aplicada nas audiências públicas locais de saúde constitui real sinergia entre o poder de comunicação dos cidadãos associado ao poder da administração pública, culminando em uma democracia deliberativa, dando início a ações coordenadas que foram fruto de um consenso e que tem por fim a solução de problemas referentes à saúde pública no Brasil, identificando-os e propondo diretrizes efetivas.

---

<sup>254</sup> Ibid.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil a partir da Constituição de 1934 e no plano internacional, apontando os indícios e prováveis causas das deficiências do Sistema Único de Saúde e, ao fim, propondo meios que permitam a integração social entre o Estado e cidadão mediante a participação do povo nas audiências públicas, inserindo o cidadão no planejamento e na fiscalização da saúde que almejam. Através da democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas, torna-se possível a abertura dos canais comunicativos, promovendo o debate e a formação de opinião mediante o discurso, tornando o cidadão comum visível ao Poder Público, direcionando as políticas públicas de saúde de forma adequada.

No primeiro capítulo, a partir das lições de Foucault, foi analisado o biopoder, a biopolítica e o nascimento da medicina social, que ocorreu na Europa entre o fim século XVIII e início do século XIX. Conforme visto, a formação da medicina social se deu através de três modelos: a medicina do Estado, a medicina urbana e a medicina da força do trabalho. Este último modelo de medicina, que se desenvolveu na Inglaterra a partir do século XIX, foi o que progrediu, tendo como alvo um controle da saúde dos pobres, objetivando torná-los aptos para o trabalho e, por outro lado, proteger a classe rica do contágio das doenças advindas da classe desprovidas. Utilizando-se do biopoder como instrumento de seleção e dominação, o Estado administrava os corpos com a finalidade econômica, adequando os indivíduos aos meios de produção, e pretendendo a normalização da saúde coletiva. Bem diferente da concepção atual dos direitos sociais e do ser humano, nesta época o Estado almejava a boa saúde de sua população com o objetivo de majorar a força laboral produtiva e, por consequência, seu erário.

No segundo capítulo foi estudado o desenvolvimento do direito social à saúde nas Constituições do Brasil. Partindo da Constituição de 1934, por ter sido esta a primeira a incorporar os direitos sociais em seu texto constitucional, foi constatada a discrepância existente entre as prestações de saúde oferecidas aos trabalhadores, inseridos formalmente no mercado de trabalho, das prestações oferecidas aos desempregados, trabalhadores rurais ou todos outros que não eram formalmente considerados trabalhadores. Percebeu-se, desta forma, a atuação do biopoder também arraigado no Constitucionalismo pátrio, onde o Estado demonstrava uma

predileção aos trabalhadores ao oferecer uma assistência médica satisfatória somente a estes. Somente com o advento da Constituição de 1988 houve uma alteração neste panorama, sendo garantido o direito à saúde a todos, sem quaisquer discriminações, ao menos de modo formal.

Também na Constituição de 1988, o Estado brasileiro reafirmou o propósito de proteção aos direitos humanos, previstos em Pactos e Declarações Internacionais. Por isto, no terceiro capítulo foram abordados os principais diplomas internacionais que preveem o direito à saúde, sendo analisado, inclusive, o Programa Nacional de Direitos Humanos, que hoje se encontra na sua terceira versão, estabelecendo, quanto ao tema, diversas diretrizes e eixos, dentre estes a ampliação do acesso universal ao sistema de saúde de qualidade.

No quarto capítulo foi abordado o Sistema Único de Saúde. Conforme visto, após décadas de movimentos sanitários, em março de 1986 ocorre a VIII Conferência Nacional de Saúde, o marco histórico mais importante no processo de constituição da democratização da saúde no Brasil, estabelecendo os princípios e diretrizes que foram aprovadas através da Constituição de 1988. Contudo, hodiernamente, percebe-se que o SUS não consegue atender seus princípios de modo eficaz.

Visando elucidar a questão, foram investigadas as possíveis razões das dificuldades enfrentadas pelo SUS que obstam a efetivação de seus princípios. Como uma das razões, foi analisado o esmorecimento do movimento sanitário, constatando que, após anos de lutas e conquistas em prol da democratização da saúde no Brasil, este movimento social se enfraqueceu após a consolidação do SUS na Constituição de 1988, segregando seus membros em diversos grupos distintos por causa de interesses políticos próprios e diversos entre si.

A segunda hipótese analisada como uma das razões que obstam a efetivação dos princípios do SUS foi o problema referente a seu financiamento. As crises fiscais na década de 1990, que tiveram como consequência a redução do gasto público e, conseqüentemente, a limitação das políticas sociais, juntamente com o desvio dos recursos da seguridade social, reduziram a viabilidade de ampliar o alcance das prestações de serviços públicos de saúde, frustrando a concretização de uma saúde pública universal e igualitária.<sup>255</sup> Não obstante, a forma de repasse do governo federal para os Estados e Municípios ensejou uma inviabilização sistêmica.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> MENICUCCI, Telma. *Op. Cit.* p.183.

<sup>256</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 311.

Nesse esteio, em face da ausência de uma vinculação constitucional de mecanismos adequados que pudessem regularizar os recursos destinados à saúde, houve a aprovação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, cujo objetivo foi garantir recursos mínimos para o financiamento do SUS.

Somente no ano de 2012 a Emenda Constitucional nº 29 foi regulamentada, sancionando a Lei Complementar 141, que estabeleceu que os Estados e o Distrito Federal devem aplicar 12% de suas arrecadações de impostos e outros recursos de sua competência em saúde pública. Os Municípios, juntamente com o Distrito Federal, devem aplicar 15% de suas receitas em saúde. Já em relação ao repasse da União, não houve modificações significativas, devendo manter o atual orçamento federal para o setor da saúde levando em consideração a variação do PIB nominal a cada ano, frustrando a expectativa de especialistas na área da saúde pública, que esperavam créditos adicionais oriundos da esfera federal para o financiamento do SUS.<sup>257</sup>

Outra razão apresentada como obstáculo para a efetivação dos princípios do SUS é o descaso institucional da saúde pública no Brasil. Assim, no subitem 4.2.3, foi analisado como o Estado aparenta negligenciar considerável parcela da população, permitindo que doenças, consideradas quase que completamente superadas no atual estágio da medicina, acometam e levem a óbito os cidadãos pobres, miseráveis e também os moradores de regiões periféricas. Nesta parte do trabalho, principalmente através das lições de Jessé Souza, objetivou-se revelar como as “doenças da pobreza”<sup>258</sup>, típicas das periferias e das regiões remotas do Brasil, são, em grande parte das vezes, desconsideradas pelo Poder Público, confirmando a subjugação da classe desprovida de recursos materiais e culturais. Este descaso institucional evidencia novamente os mecanismos do biopoder, onde o Estado investe na saúde da classe que deseja que viva e permite a morte da classe marginalizada por meio da omissão estatal. Conforme os dizeres de Foucault, na atualidade despontou o “fazer viver e deixar morrer”.<sup>259</sup>

Tendo em vista que a camada pobre, miserável e residente de regiões remotas do Brasil tem sua cidadania e dignidade vilipendiadas pela deficiência em relação à prestação de serviços públicos de saúde de qualidade, no quinto capítulo foi abordado o direito à saúde sob o enfoque

---

<sup>257</sup> Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

<sup>258</sup> SOUZA, Jessé. *Op. Cit.* p. 313 e 314.

<sup>259</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. *Op.Cit.* p. 294.

da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Partindo do pressuposto de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito, verificou-se como a dignidade humana se estabelece como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico pátrio onde, consoante as ponderações de Kant, o homem se torna um fim em si mesmo.<sup>260</sup>

No estágio atual das ciências médicas, a morte é algo inevitável. Todos os seres humanos têm a morte como destino certo. Contudo, nem todos têm o privilégio de morrer com dignidade. Neste sentido, foi analisada a aplicação da “diretiva antecipada de vontade”, também conhecida como “testamento vital”, onde o Conselho Federal de Medicina, a partir da publicação da Resolução nº 1.995/2006, passou a permitir que pacientes terminais disponham sobre os tratamentos que desejam ou não receber quando estiverem incapacitados de expressar sua vontade, propiciando aos enfermos terminais uma autonomia de vontade que se vincula à sua dignidade. Isto pelo fato de que, obrigar um paciente terminal, padecendo de fortes dores decorrentes do estágio final da doença, a prolongar sua vida e seu sofrimento, pode ser equiparado a um tratamento desumano e torturante, atingindo diretamente sua dignidade.

Sob outro enfoque, analisamos como que o cumprimento inadequado e insuficiente de prestação do direito à saúde reverbera na dignidade dos cidadãos, ensejando sofrimentos que vão além dos agravos físicos. Assim, ainda quinto capítulo, foi abordada a teoria do mínimo existencial, criação doutrinária que dispõe acerca do mínimo de necessidades básicas que o Estado deve prover aos cidadãos para uma exigência digna, e sobre a reserva do possível, apresentado como limite orçamentário para o cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais. À luz desses dois temas, analisamos como a jurisprudência pátria majoritária tem assentado seu entendimento a favor do mínimo existencial de prestações de serviços de saúde, ainda que não constantes no rol das listas do SUS, conferindo este direito à população hipossuficiente, que prevalece, inclusive, sobre a reserva do possível.

No sexto e último capítulo do presente estudo tratamos das audiências públicas de saúde como instrumento da democracia deliberativa elaborada por Habermas. Primeiramente, foi estudado o conceito de audiência pública, que tem como objeto o debate público de temas que atingem a própria coletividade<sup>261</sup>, e suas diversas previsões no ordenamento jurídico pátrio. No

---

<sup>260</sup> KANT, Immanuel. *Op. Cit.* p. 65.

<sup>261</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 185-186.

subitem 6.2 do capítulo sexto, foi analisada a audiência pública de saúde realizada no STF, no ano de 2009, onde diversas questões foram esclarecidas, obtendo as seguintes conclusões: a frequente inércia do Poder Público na execução das políticas públicas já existentes; a responsabilidade solidária dos entes da federação em relação às ações de prestação de saúde; a obrigatoriedade do Estado de fornecer prestações de saúde devidamente prescrita pelo médico, ainda que não pertencente ao quadro do SUS; a vedação do Estado em fornecer serviços médicos ou farmacológicos não aprovados pela ANVISA ou meramente experimentais.

Contudo, as conclusões originadas da Audiência Pública nº 4 derivaram dos argumentos aduzidos por especialistas e autoridades, desconsiderando as opiniões e colaborações do cidadão comum, demonstrando incompatibilidade com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Nesta linha, visando à inclusão de todo e qualquer cidadão na construção de um SUS eficiente, foi analisado como a realização de audiências públicas de saúde em nível regional, através da aplicação da teoria discursiva de Habermas, pode auxiliar o Poder Público na análise sistêmica das principais deficiências referentes à prestação de serviços públicos médicos e farmacêuticos no Brasil.

Possibilitando uma maior interação e integração entre os governantes e governados, as audiências públicas, permitem alcançar a compreensão mútua na comunicação por meio do discurso reflexivo. Através da teoria discursiva de Jürgen Habermas o estabelecimento de um debate válido torna-se possível, tendo como base a garantia de uma participação efetiva, igualitária, sincera, livre de coações, conferida a todos os cidadãos.

O princípio democrático se consubstancia mediante o controle e participação dos cidadãos e, conforme analisado, o enfraquecimento do movimento sanitarista, o descaso institucional dos membros e gestores do SUS e os consensos sociais inarticulados, que naturalizam a desigualdade e a violência social, são fatores que tornam possível a existência do biopoder, alienando o cidadão das decisões referentes à políticas públicas de saúde, contribuindo, destarte, com a manutenção de uma saúde pública deficitária.

Nas audiências públicas, os especialistas da área médica e os gestores da área da saúde poderão dirimir as dúvidas dos cidadãos leigos concernente a determinadas moléstias e políticas públicas de saúde, orientando acerca dos tratamentos existentes e as probabilidades de cura, possibilitando, inclusive, a mudança da concepção de saberes falíveis no que dizem respeito ao mundo objetivo, pautados por uma pretensão intersubjetiva de validade entre os atores

participantes do debate. Em contrapartida, o cidadão cientificará o poder público acerca da sua realidade vivida, tornando possível o diagnóstico regional da saúde.

Conforme visto, a inércia do Poder Público em fazer cumprir as políticas públicas de saúde, o descaso institucional dos membros e gestores do SUS e os consensos sociais inarticulados, que naturalizam a desigualdade e a violência social, são fatores que permitem e retroalimentam os instrumentos seletivos do biopoder, derivando nas mazelas da saúde pública brasileira. Mediante a realização frequente de audiências públicas regionais de saúde, o cidadão é ouvido, passando a ser ator colaborador e fiscalizador das políticas de saúde, se inserindo, destarte, no sistema político.

Desta forma, uma democracia ascendente pode ser estabelecida, onde o cidadão legitimaria as políticas públicas de saúde, abrindo um canal comunicativo que lhe permitiria opinar, colaborar, fiscalizar e reclamar da saúde que lhe é prestada, diminuindo, por conseguinte, os efeitos danosos do biopoder.

Esta prática identifica-se com uma administração mais transparente, proveniente do consenso derivado da opinião pública e da democratização do poder, demonstrando a transição de uma democracia representativa para uma democracia participativa e comunicativa.

A aplicação frequente deste modelo contribui para a construção de uma sociedade mais crítica, justa e igualitária, fundada em uma democracia onde o *demos* realmente tem a oportunidade de exercer seu legítimo *kratos*<sup>262</sup>, e, da dogmática, surgiriam possíveis soluções para os problemas de ordem prática, onde o Estado poderá trilhar rumo a uma saúde pública que atenda os anseios do povo.

---

<sup>262</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. p.21.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Inês Lacerda. *Foucault e a crítica do sujeito*. Curitiba: Editora da UFPR. 2004.

ALEMANHA. Tribunal Federal Administrativo da Alemanha. *BVerwGE 1, 159 (161 e SS.)* decisão proferida em 24.06.1954 – disponível em <[http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf)> Acessado em: 25/09/2012.

ALEMANHA. Tribunal Federal Administrativo da Alemanha. *BverfGE, 40, 121 (133)*. Disponível em: <[www.djf.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/DOCTRINA\\_9.pdf](http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf)>. Acessado em 25/09/2012

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acessado em 22/09/2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA – ABRASCO. Disponível em: <[http://www.abrasco.org.br/imprimir.php?opcao=noticia&id\\_noticia=868](http://www.abrasco.org.br/imprimir.php?opcao=noticia&id_noticia=868)>. Acessado em 12/06/2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito#ixzz1t6gQlO8C>>. Acessado em 25/04/2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática. 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acessado em: 22/10/2012.

BRASIL. IBGE – *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1866&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1866&id_pagina=1)>. Acessado em: 28/10/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal da Saúde*. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id\\_area=1395](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1395)>. Acessado em: 10/05/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Regulação médica das urgências*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Histórico da Previdência Social*. Disponível em: <[http://www1.previdencia.gov.br/pg\\_secundarias/previdencia\\_social\\_12\\_04-A.asp](http://www1.previdencia.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_04-A.asp)>. Acessado em: 26/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Contribuições da Sociedade Civil para a Audiência Pública de Saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acessado em: 25/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Jul: 10-8-05, DJ de 01-06-07. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>>. Acessado em: 20/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública n.º 4*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>>. Acessado em: 20/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada. AgRE na STA nº 175*. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília 17/03/2010. Publicado em: 18/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada STA nº 278-6*. Requerente: Estado de Alagoas. Requeridos: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; Juíza de Direito da 17ª Vara Cível de Alagoas. Interessada: Maria de Lourdes da Silva. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília 22/10/2008. Data de Publicação: 23/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. n.271.286-8/RS*. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília 12/09/2000. Data de Publicação: 13/09/2010

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF: Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 20/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada STA 238/TO*. Recorrentes: Município de Palmas. Recorrido: Francisco Cezário Nascimento, representado por Natália

Cezario de Nascimento e Marcelo Soares Oliveira. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 28/10/2009. Data de Publicação: 29/10/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo. N° 2008.04.00.030710-4/RS*. Relator: Juiz Roger Raupp Rios. D.J. 02/10/2008. Data de Publicação: 16/10/2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Vita, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COHEN, Joshua. *Democracia y libertad*. In: Elster J. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa; 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protocolo de São Salvador*. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)>. Acessado em: 06/05/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.805/2006. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805\\_2006.htm/](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm/)> Acessado em: 18/09/2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.995/2012. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf/](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf/)> Acessado em: 18/09/2012.

\_\_\_\_\_. *Código de Ética Médica*. Disponível em <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122)>. Acessado em: 18/09/2012.

\_\_\_\_\_. *Notícias: Pacientes poderão registrar em prontuário a quais procedimentos querem ser submetidos no fim da vida*. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23197:pacientes-poderao-registrar-em-prontuario-a-quais-procedimentos-querem-ser-submetidos-no-fim-da-vida&catid=3)>. Acessado em: 18/09/2012.

\_\_\_\_\_. *Notícias: Justiça valida a resolução do CFM sobre Ortotanásia*. Disponível em: <[http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21057:justica-a-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3](http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21057:justica-a-valida-a-resolucao-do-cfm-sobre-ortotanasia&catid=3)>. Acessado em: 18/09/2012.

\_\_\_\_\_. *Notícias: Projeto que defende mais verbas para a saúde colhe assinaturas em todo país*. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22743:projeto-que](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22743:projeto-que)>

defende-mais-verbas-para-a-saude-colhe-assinaturas-em-todo-o-pais&catid=3> Acessado em: 12/06/2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde*. Disponível em < <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>>. Acessado em 10/05/2012.

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO PARANÁ. *Notícias: Uso de medicamento em idosos é preocupante no Brasil*. Disponível em: < [http://www.crf-pr.org.br/site/noticia/visualizar/id/3419/?Uso\\_de\\_medicamentos\\_em\\_idosos\\_e\\_preocupante\\_no\\_Brasil.html](http://www.crf-pr.org.br/site/noticia/visualizar/id/3419/?Uso_de_medicamentos_em_idosos_e_preocupante_no_Brasil.html)>. Acessado em 20/09/2012.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”)*. In: *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 11-25, In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784 de 29/01/1999)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 6ª ed. São Paulo: Editora Loyola. 1996.

\_\_\_\_\_. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade. I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal. 1988.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Marcus Orione. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos Fundamentais Sociais*. In: *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 111-163, In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social – A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dialética e Hermenêutica : para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Trad: Álvaro L.M.Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2.ed. Trad. Por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. Tradução para o espanhol por Javier Aguirre Román. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s0185-24502010000100001&script=sci\\_arttext#notas](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s0185-24502010000100001&script=sci_arttext#notas)>. Acessado em: 06/08/2012.

\_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERLE, Peter. *Teoría de La Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000,

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JONES, Ian Rees. *Health care decisions making and the politics of health*. in: *Habermas, Critical Theory, and Health*. p. 68-85. , in: SCAMBLER, Graham. et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELLEHER, D. *New Social Movements in the Health Domain*. in: *Habermas, Critical Theory, and Health*.p. 119-142, in: SCAMBLER, Graham. et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Poder Municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 73.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENICUCCI, Telma. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: Atores, Processos e Trajetória*. 2003. 402f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Ciências Humanas) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito da Participação Política. Legislativa – Administrativa – Judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *A história da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/a-historia-da-organizacao/>>. Acessado em 28/04/2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acessado em: 28/04/2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n.º 14*. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)> Acesso em: 02/05/2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicas: desafios e perspectivas*, p. 53-70, In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

REDE GLOBO. Fantástico. *Doenças da Pobreza*. Disponível em: <<http://www.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL698337-15605,00-DOENCAS+DA+POBREZA.html>>. Acessado em: 20/06/2012.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang; e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, n.º 1. p.178. out/dez. 2007. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/DOUTRINA\\_9.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOUTRINA_9.pdf)>. Acesso em: 21/09/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista de Direito do Consumidor: São Paulo, n.º 30, 1999.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. p. 71-106, In CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SCAMBLER, Graham. *Unfolding themes of an incomplete Project*. in: *Habermas, Critical Theory and Health*. p. 1-24, in: SCAMBLER, Graham. et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

SCAMBLER, Graham; MARTIN, Leslie. *Civil society, the public sphere and deliberative democracy*. p.182-205, in: SCAMBLER, Graham. et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

SCAMBLER, Graham & BRITTEN, Nicky. *System, Lifeworld and Doctor-patient interaction*. in: *Habermas, Critical Theory, and Health*. p. 45-67, in: SCAMBLER, Graham. et al. *Habermas, Critical Theory and Health*. London: Routledge, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2011.

STRECK, Lenio Luiz – *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8, ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

WELLMER apud MÍLOVIC. p.243. MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*. 1ª ed. Brasília: Plano Editora. 2002.

## FICHA CATALOGRÁFICA

G635d

Meni Gonçalves, Luciano.

O Direito Fundamental Social à Saúde: Do Biopoder às Audiências Públicas de Saúde como instrumento da democracia deliberativa/Luciano Meni Gonçalves. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.

133f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Biopoder. 2. Saúde pública brasileira. 3. Constitucionalismo. 4. Michel Foucault. 5. Audiências Públicas. 5. Democracia deliberativa. 6. Ação comunicativa. 7. Jürgen Habermas. I. Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 340