XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: José Querino Tavares Neto

Marco Aurélio Serau Junior

Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-772-4

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No dia 20.06.2019, durante a realização do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia/GO, ocorreram os debates no bojo do GT Direitos Sociais, Previdência e Seguridade Social, sob coordenação dos Professores Doutores Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), José Querino Tavares Neto (UFG) e Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira (UDF).

Foram apresentados 23 trabalhos, os quais gravitaram em torno de 4 eixos temáticos: a) judicialização do acesso ao direito à saúde; b) direito fundamental à educação; c) Teoria Geral da Seguridade Social, e d) Direito Previdenciário e Reforma Previdenciária.

Esses trabalhos se coadunam à perfeição com os objetivos específicos desse Grupo de Trabalho, voltado não somente às discussões sobre Seguridade Social, mas, de modo mais amplo, à reflexão sobre os direitos sociais como um segmento próprio e coeso dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de discussão acadêmica é extremamente relevante para o momento pelo qual estamos transitando, pautado por inúmeras alterações legislativas cuja tônica é, quase sempre, da restrição aos direitos fundamentais sociais, a exemplo da já consolidada Reforma Trabalhista (levada a cabo sobretudo pelas Leis 13.467/2017 e Lei 13.429/2017) e da Reforma Previdenciária, que já avançou por meio da Lei 13.846/2019 e aguarda sua consolidação caso aprovada a PEC 6/2019, cuja pretensão é o abandono dos pilares constitutivos da Seguridade Social, em particular o princípio da solidariedade social, portanto, numa perspectiva mais aguda, um risco à própria sociedade e seus avanços no que se refere às conquistas de direitos e afirmação da justiça social.

Numa palavra, qualquer alteração legal em direitos previdenciários, seguridade social e, por reflexo direto, sociais, devem ocorrer, e não há qualquer sociedade que não deva levar em conta essa necessidade, mas, sobretudo, nossa sociedade tão desigual como a brasileira, isso deve ocorrer de forma serena e em diálogo com a sociedade, mormente, reflexo de audiências públicas e de forma dialogal com especialistas, inclusive a academia, sob o risco de uma reforma que aprofunde ainda mais as desigualdades numa sociedade de classes.

Todos as pesquisas apresentadas em Goiânia seguem esse pensamento crítico e pavimentam a contribuição teórica que a Universidade deve proporcionar à sociedade a fim de que as políticas públicas sejam seriamente delineadas.

Assim, convidamos todas e todos à leitura destes valorosos trabalhos que se seguem.

Dia desses com muito aprendizado coletivo.

Os coordenadores

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

Prof. Dr. Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira - UDF

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS LUTAS PELA CONCRETUDE DO DIREITO À SAÚDE E OS POSSÍVEIS REFLEXOS DA PEC DA REFORMA PREVIDÊNCIA PARA CONTER A SUA JUDICIALIZAÇÃO

THE STRUGGLES FOR THE CONCRETENESS OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE POSSIBLE REFLEXES OF THE PEC OF THE PENSION REFORM TO CONTAIN ITS JUDICIALIZATION

Cassio José Alves Garcia Galvão [1]

Resumo

O artigo tratará da evolução do direito à saúde, como um direito social fundamental. Apresentará como um direito humano e sua garantia no plano interno, na ordem constitucional brasileira. Em face das necessidades da pessoa humana, por vezes há a judicialização da saúde, para que se possa ter concretizado o direito fundamental. Diante da atual situação do Brasil, no âmbito social, político e econômico, tem-se a PEC 06 de 2019, que se aprovada causará efeitos diretos no que tange a judicialização da saúde, em face do custeio da saúde pública.

Palavras-chave: Direito à saúde, Pec 06, Judicialização, Direitos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The article will deal with the evolution of the right to health, as a fundamental social right. It will present as a human right and its guarantee in the internal plane, in the Brazilian constitutional order. In the face of the needs of the human person, there is sometimes the judicialization of health, so that the fundamental right can be fulfilled. Given the current situation in Brazil, in the social, political and economic sphere, there is the PEC 06 of 2019, which if approved will have direct effects on the judicialization of health, in the face of public health funding.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Pec 06, Judiciary, Social rights

[1] Advogado, Procurador Adjunto do Município de Paracambi/RJ, Mestrando em Direito, UNISAL/SP, Pós graduado em direito civil e processo civil.

1 Introdução

O direito à saúde foi inserido pelo poder constituinte originário na CRFB/88, no art. 6º, a categoria de direito social sendo um *"direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas(...)"*(art. 196).

Ab initio, considerando tal positivação tem-se o direito garantido e a responsabilidade imputada ao Estado, o que traz a perspectiva, ao menos em tese, de uma conquista do cidadão. Assim sendo, apesar do direito positivado, sua concretização em muitas situações, não se tem obtido êxito. Mas, quais razões isto se dá? Seria o reflexo da pós-modernidade?

Eis a problemática que tem-se a pretensão de analisar sob o aspecto jurídico, político e social. A metodologia utilizada será com análise crítica a textos de lei, documentos e interpretação das referências teóricas.

2 A saúde nas constituições brasileiras

Busca com o presente tópico demonstrar o quanto foi longo o lapso temporal para positivar o direito à saúde sob rubrica constitucional e como direito humano fundamental, sendo assegurado e garantido pelo Estado.

A primeira Constituição do Império do Brasil foi outorgada, "oferecida e jurada" pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824. Apesar de ter sido outorgada e sob período de monarquia a Carta Imperial preconizou, de forma singela, o direito à saúde, em especial nos artigos:

> Artigo 179, XXXI A Constituição tambem garante os soccorros públicos.
> Artigo 170, XXIV: Nenhum genero de trabalho, decultura, industria, ou commerciopóde ser prohibido, uma vez que não se opponhaaos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (grafia da época).

Nítido, portanto, uma ínfima preocupação com a questão da saúde. Vê-se que o direito à saúde na Constituição de 1824 não teve espaço, o que talvez tenha ocorrido pelo fato de o Imperador possuir em suas mãos todo o poder, não tendo o mesmo se importado em tratar do direito à saúde no texto normativo. A saúde era assegurada como "socorro público" e a sua prestação cabia as Casas de Misericórdia ligadas às Instituições de Caridade que eram mantidas com próprio patrimônio e não como política pública ou subsídio do erário.

Com a Proclamação da República, em 1889, houve a extinção da Monarquia e em 24 de fevereiro 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Não obstante, apesar das significativas mudanças, com matriz predominantemente liberal, nada mudou com relação à saúde e o texto desprezou o tema em seus dispositivos.

Chegou-se afirmar que a situação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 efetuou um retrocesso, pois não fez nenhuma referência à saúde, vez que a Carta

Imperial ao menos citou como "socorro público". Assim preconizou Liton Lanes Pilau Sobrinho (2003, p. 92-93):

> A Constituição de 1891, **ao não colocar a saúde em seu texto, retrocedeu em relação à Constituição Imperial,** porém representa o surgimento da federação e da República e traz um grande avanço na questão da positivação do habeas corpus pela primeira vez na história brasileira, dando ao povo direito de defesa contra os abusos cometidos pelos governantes. (grifo nosso)

Apenas para contextualizar, cite-se que neste período o Brasil foi tomado por várias doenças, como a cólera, febre amarela, varíola, lepra e outras, as quais comprometeram a ocupação do território brasileiro, fazendo com que o governo tomasse medidas para solucionar o problema. Entretanto, as medidas focaram somente à proteção dos trabalhadores dos cafezais, privilegiando, na verdade os cafeeiros. Portanto a preocupação não era o indivíduo em si, e, sim que os produtores de café não perdessem sua mão de obra.

Aparentemente ocorre uma evolução no que diz respeito ao tratamento constitucional dos direitos sociais com a promulgação da nova Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. O texto constitucional avança, positivando o direito à saúde, surgindo os direitos de segunda geração, dentre os direitos sociais.

Essa Constituição, tendo como referência o constitucionalismo social exercido na Constituição mexicana (1917), alemã (Constituição da república de Weimar, 1919) e texto constitucional soviético (1918) foi a primeira a incluir formalmente mecanismos referentes à saúde, competindo à União e aos Estados tomar providências a respeito da saúde da sociedade da época, salientando a higiene social e mental, bem como assistência médica sanitária ao trabalhador e à gestante. (CERQUEIRA, 1997)

Após longo período sem a positivação e reconhecimento formal dos direitos sociais a Constituição de 1934 os reconheceu, entretanto, apesar de todo avanço o País foi tomado por um golpe, pelo próprio líder revolucionário, sendo substituído o texto constitucional, no Estado Novo, pela Carta de 1937, denominada de "Constituição Polaca".

A saúde infantil e do trabalhador foram tratadas nos artigos 16, inciso XXVII e 137, inciso I, respectivamente, a saúde da gestante, bem como "a velhice, a invalidez e os acidentes de trabalho também estavam protegidos".

Mais uma vez na história deste País verifica-se outro retrocesso no que concerne à saúde, o texto constitucional dessa época não mais se referia ao tema como na Constituição passada (1934). Os avanços com as medidas adotadas em 1934 foram extirpados do mundo jurídico, as quais visavam restringir a mortalidade e a morbidade infantil e incentivavam a higiene social e mental.

Passados menos de uma década, foi instituído nova Assembleia Constituinte, que adotou como fonte a Constituição de 1934 (SILVA,2010, p. 85), advindo a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

Comparando com o texto constitucional de 1934 vários direitos e garantias foram restaurados e ampliados, inobstante o direito à saúde, continuou vinculado aos trabalhadores. Apenas como enriquecimento histórico, destaca que neste período foi instituído o Ministério da Saúde, ou seja, a primeira demonstração de preocupação com a política pública voltada para a saúde. Primordialmente o Ministério buscou o aperfeiçoamento de profissionais da saúde, médicos e enfermeiros, e as pesquisas científicas.

Ainda neste contexto temporal, vale salientar sobre a proteção dos direitos sociais no sistema global, sendo introduzida a concepção contemporânea de direitos humanos, na Declaração Universal de 1948, sendo o marco do "Direito Internacional dos Direitos Humanos", como um sistema jurídico normativo de alcance internacional, com objetivo de proteger os direitos humanos (PIOVESAN, 2017)

Retornando ao contexto nacional, em 01 de abril de 1964, assumiu o Poder um comando militar, destituindo o poder civil e instaurando uma ditadura militar, impulsionada por sucessivos Atos Institucionais.

Surge a Carta Constitucional de 1967, outorgada, ainda que sob o "beneplácito do legislativo" (BARROSO, 2018, p. 35-36), preconizando que o plano e execução de planos nacionais de educação e saúde seriam de competência exclusiva da União. Noutro ponto, assim como outrora, foi mantido total desprezo à saúde como um direito público subjetivo do cidadão e dever do Estado.

Convém destacar a introdução da emenda constitucional nº 01/69, a qual para a corrente majoritária se apresentou como uma nova Constituição, cuja foi outorgada pela Junta Militar, que à época governava o país. Neste sentido tratou o José Afonso da Silva (2010, p. 87):

> Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas de Constituição do Brasil.

Entretanto no texto constitucional no que tange aos direitos sociais, em especial o direito à saúde nada foi acrescentado. Haja vista esta Carta Constitucional foi influenciada pelo texto constitucional de 1937, a qual também foi instituída em período de golpe e descuidou dos direitos sociais.

Neste interregno temporal, no plano global ocorreu um movimento pela "juridicização" internacional da Declaração dos Direitos Humanos, culminando com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em 1966, no âmbito das Nações Unidas (PIOVESAN, 2017).

Portanto ao contrário do que vinha ocorrendo no Brasil, o mundo buscava, uma forma juridicamente obrigatória e vinculante no âmbito do direito internacional aos Estados-partes. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais, cuida de um extenso catálogo de direitos, incluindo, o direito à saúde, à previdência social etc. Assim, ressaltou David Trubek,

> Os direitos sociais, enquanto social direitos de bem estar social, implicam a visão de que o Estado tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A ideia de que o welfare é uma construção social e de que as condições de welfare são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (1987, p. 207)

Passado o período ditatorial no Brasil, é promulgada Constituição cidadã de 1988. De forma contrária às constituições passadas, esta já no seu preâmbulo preceitua, dentre outras novidades constitucionais, *"assegurar o exercício dos direitos sociais (...)*".

Assim o direito à saúde foi inserido pelo poder constituinte originário na CRFB/88 a categoria de "direito social" no art. 6º, sendo um *"direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas*... (art. 196).

Portanto aí está o avanço e o devido tratamento do direito social à saúde como direito público subjetivo e dever do Estado, sendo elevado ao status constitucional.

3 O direito social à saúde

O direito social tem o seu marco histórico com a crise na crença do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social de Direito, sendo, inicialmente, positivado nas constituições do México de 1917 e de Weimar, Alemanha, de 1919. (PIOVESAN, 2017)

No Brasil, desde a primeira constituição de 1824, somente obteve avanço em 1934, pouco duradouro, e a solidificação em 1988 do direito social ao *status* constitucional inserido no art. 6º integrando o rol de direitos e garantias fundamentais. Portanto, autênticos direitos humanos fundamentais.

As poucas vezes citados no texto constitucional antes de 1988, os direitos sociais eram descritos na ordem econômica e social, sendo que agora estão capitulados no rol de direitos e garantias fundamentais. Tal fato dissipa qualquer dúvida sobre a condição de direito humano fundamental. Assim, "o direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os

direitos sociais constituem formas de tutela pessoal." (SILVA, 2010). Ademais a dignidade da pessoa humana foi insculpida no art. 1º, III da CF/88, como princípio fundamental da república.

Assim a Constituição de 1988 também inovou ao preconizar os direitos humanos como fundamentais, inserindo no art. 5º, §1º aplicabilidade imediata às normas que tratam de direitos humanos fundamentais.

Outro aspecto importante é que considerando os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, passam a integrar cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV da CF. Apesar de texto literal na constituição, vale lembrar que a inserção como cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais há divergência doutrinária do tema quanto a sua aplicação.

Dentre outros argumentos há questionamento quanto à expressão "direito e garantias individuais", do §4º do art. 60 da Constituição Federal, pretendeu abranger pela petrificação todos os direitos constantes do Título II (artigos 5º a 17). Ou ainda se a utilização do vocábulo "individuais" demonstra intenção de excluir da imutabilidade os direitos coletivos e sociais.

Registrado a divergência doutrinária, contudo, indiscutível que o constituinte originário além de se preocupar em positivar o direito social à saúde, assegurou a aplicabilidade e tratou da impossibilidade de ser alterado, considerando a inserção como cláusula pétrea. Porém, tal assertiva, não afasta de plano e por si só, uma série de controvérsias, amplamente debatidas nas esferas doutrinária e jurisprudencial (SARLET; MARINONI, 2018, p. 626).

Dentre alguns questionamentos quanto a efetividade das normas dos direitos sociais, surge a controvérsia sobre a exigibilidade dos direitos sociais como direitos derivados e direitos originários a prestações. Embora este estudo não tenha a pretensão em exaurir o tema, entretanto, serão tecidos os seguintes comentários para melhor compreensão do assunto em voga:

A problemática surge com a exigibilidade imposta pelo Poder Judiciário ao Poder Público com base nos direitos sociais na forma de direitos originários a prestações, ou seja, uma prestação não prevista em lei infraconstitucional ou não prevista como programa de política pública. O referido argumento é baseado que os direitos sociais não previstos em normas infraconstitucionais ou não inserido em políticas públicas seriam normas de cunho meramente programáticas. Tal fato não se coaduna com o preconizado na Constituição Federal, art. 5, §1º, e, ainda, verificando no direito comparado constata-se que os direitos sociais inseridos em países que defendem a prefalada doutrina deram tratamento diverso aos direitos sociais com relação ao positivado em no texto constitucional.

Com intuito de melhor exemplificar o descrito, segue a lição de Sarlet e Mitidiero ao discorrerem sobre o âmbito constitucional estrangeiro: "Esse regime jurídico reforçado, que

corresponde à compreensão dominante no cenário jurídico-constitucional brasileiro, é, todavia, bastante distinto do quadro normativo vigente em outros países, onde, ainda, que contemplados no texto constitucional, tais direitos são vistos como tendo (no que diz com a força jurídica das normas que os consagram) uma eficácia bastante mais restrita e, em outros, casos, chega-se mesmo a lhes negar o caráter de autênticos direitos fundamentais ou mesmo atribuir a tais dispositivos constitucionais a função de normas impositivas de fins e tarefas estatais. Essa limitação da eficácia das normas de direitos sociais, tal como tem sido amplamente sustentado em boa parte dos sistemas constitucionais, decorreria, principalmente, de uma densidade normativa alegadamente mais baixa dos preceitos que dispõem sobre direitos sociais, no sentido de que tais normas exigiriam uma prévia atuação do legislador para alcançarem sua eficácia, especialmente no sentido de posições subjetivas exigíveis em face do Estado. Em outras palavras, a conformação do âmbito de proteção dos direitos sociais estaria, segundo tal orientação, em sua maior medida, nas mãos do legislador infraconstitucional".(2018, p. 612)

Aqui deve se ter acuidade quando são utilizados países, como parâmetros doutrinários, os quais preconizam tratamento constitucional aos direitos sociais diversos de nossa Constituição Federal, portanto dependendo de lei ordinária conformadora para tornar exigível, na condição de direitos subjetivos os direitos sociais. Em países como Alemanha, França, Portugal, Espanha e Itália (e tal perfil pode ser ampliado para a grande maioria dos países europeus), isso tem impedido, de modo geral e ressalvadas exceções, a admissão de uma aplicabilidade direta das normas constitucionais de direitos sociais (SARLET; MARINONI, MITIDIERO,2018. p.613)

Nestes termos que justifica-se no presente trabalho a efetividade plena do direito à saúde, como direito social na Constituição, seja como direito derivado a prestação ou direito originário a prestação.

4 A pós-modernidade

Repita-se a longa jornada de tempo para a positivação do direito á saúde no texto constitucional, sendo assegurado como direito público subjetivo, contudo para a efetiva concretização não se observa o devido cuidado e tratamento dos Poderes constitucionais constituídos para assegurar o respectivo direito. Todo o avanço deu-se num percurso com momentos históricos, políticos e sociais diversos, o que traz a necessidade de questionar o período atual em que se vive: Modernidade, pós-modernidade, democracia, pós-democracia?

Antes de tecer comentário sobre a pós-modernidade é importante destacar características da modernidade: 1 – A política se destacava dentro do conceito de Estado-Nação,

centralizado e laico;2 – Crença no poder libertador da ciência e do conhecimento humano; e 3 – A produção se organizava cientificamente no modelo Fordista/ Taylorista.

Alguns autores se dedicaram ao assunto da "pós-modernidade". Para Jeans François Lyotard a pós-modernidade é uma *"mudança geral na condição humana"*, o seu surgimento está ligado ao surgimento da sociedade pós-industrial. Afirma que se pode definir a condição pós-moderna pela perda das utopias iluministas que confiava na libertação do homem pelo avanço da ciência (LYOTARD, 2016).

Já Octavio Ianni(2004) faz uma relação entre a pós-modernidade e a globalização econômica e todas as implicações culturais, econômicas e humanas

. Verifica-se para maioria dos autores, que se dedicaram ao tema, uma mudança que gera alterações nas instituições típicas da sociedade moderna, tais como família, a escola e as fábricas. Essas instituições, através de suas organizações como aparelho disciplinar, procuravam garantir a ordem e a previsibilidade social.

Segundo Foucault (2004) todas as instituições são "aparelhos disciplinares", que foram contaminadas na modernidade, por essa racionalidade (garantir a ordem e a previsibilidade social).

Para Zygmunt Bauman existe uma diferença estrutural da modernidade, pois enquanto uma é fixa, sólida e com um projeto bem delimitado a outra é frágil, alterada, e desconstituída de seu projeto e líquida.Bauman (2014, p.40), salienta que a sociedade moderna do século XXI não é menos moderna do que a do século passado, mas é moderna de uma maneira diferente. O que distingue das outras formas de convívio humano é a "compulsiva e obsessiva, contínua, irrefreável e sempre incompleta modernização; a opressiva e inerradicável, insaciável sede de destruição criativa (ou de criatividade destrutiva, se for o caso: de limpar o lugar em nome de um novo e aperfeiçoado projeto; de desmantelar, cortar, defasar, reunir ou reduzir, tudo isso em nome da produtividade ou da competitividade)" (BAUMAN, 2014, p. 40).

Carlo Bordoni em diálogo com Bauman sobre a Pós Modernidade discorre que as garantias sociais que até poucas décadas atrás eram o sustentáculo da existência individual foram descontinuadas, rebaixadas e esvaziadas de sentido. Cortes nos gastos públicos limitam os serviços essenciais, desde o direito à educação até o atendimento de saúde, cuja insuficiência afeta a qualidade, a rapidez e a adequação da assistência aos doentes crônicos, aos debilitados e aos menos capazes. Não obstante, crises, mesmo as induzidas, não podem mais ser consideradas temporárias. Elas representam um status permanente, endêmico, no mundo líquido (BAUMAN, 2016, p. 72).

A pós-modernidade vai instituindo novos valores e substituindo antigas crenças, concepções de mundo e moral. Ainda é cedo para apontar definitivamente os novos valores emergentes (ou ausência de valores), mas é fato alterações que mudaram a modernidade, seja ela denominada como pós ou não.

Fato é que neste estudo, apresenta-se a necessidade da efetividade do direito à saúde hodiernamente, como direito social e direito humano fundamental, sendo que o Estado tem se esquivado do seu dever de assegurar ao cidadão. Não se pode olvidar que a desigualdade social está, diretamente, atrelada aos mais necessitados, vulneráveis, dos direitos sociais, visto que os mais abastados podem suprir suas necessidades, através do capital financeiro, independente do Estado.

As transformações do Estado refletem um quadro mais profundo de transformações da própria sociedade e, assim, também o Direito deverá se modificar. Isto porque, "se é verdade que o poderio soberano do Estado se exprimia pelo canal jurídico, a reconfiguração dos aparelhos do Estado é inevitavelmente acompanhada de uma transformação em profundidade do direito. Á emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno". (CHEVALIER, 2009)

No que tange ao Estado, pode dizer que se passaram alguns períodos distintos: Estado liberal, a pré-modernidade; o Estado social, na modernidade; e o Estado neoliberal, com a pós-modernidade. Entretanto, chega-se hodiernamente, na pós-modernidade sem ao menos ter conseguido ser um Estado liberal ou moderno.

4.1 A pós democracia

Após a Segunda Guerra Mundial iniciou um movimento político desencadeando o Estado Democrático de Direito, no qual o poder deve ser limitado a fim de evitar novos holocaustos e permitir o exercício máximo da liberdade, compatível com igual liberdade dos demais. Não por acaso, os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição da República de 1988 tornaram-se os principais limites ao exercício do poder (CASARA, 2017).

O que há de novo no atual contexto histórico e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites. Isso equivale a dizer que não existe mais uma preocupação democrática, ou melhor, que os valores do Estado Democrático de Direito não produzem mais o efeito de limitar o exercício do poder em concreto. Numa primeira análise, pode-se afirmar que na pós-democracia desaparecem, mais do que a fachada democrática do Estado, os calores democráticos, (CASARA, 2017, p.21).

No Estado pós-democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador (CASARA, 2017 – p.23). Para Collin Crouch (2004) o conceito efetivo de pós-democracia trata de uma crise de igualitarismo e de trivialização do processo democrático, no qual a política perde cada vez mais o contato com os cidadãos e acaba produzindo uma condição inquietante, que poderia ser definida como antipolítica.

A antipolítica é traduzida ao tratar das manifestações de ultraje contra corrupção, escândalos na Petrobrás, outros desperdícios de dinheiro público e sua malversação por interesses privados, ineficiência no controle ético na administração pública e na maioria dos partidos políticos; Ao tratar desses assuntos surge uma indignação profunda, seguida pelo afastamento da política com intensa impressão de nojo e futilidade. A antipolítica é igual a definição da política como "uma coisa suja", algo com que a gente não deve se envolver, a ser deixada para os que fazem política profissionalmente e se "sacrificam" pelos outros. Na história vê-se este fenômeno como caminho direto para o autoritarismo, aproveitado por Mussolini como estratégia para alcançar o poder. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p.167)

Importante citar características da pós-democracia para analisar alguma similitude com a pós-modernidade, segundo Bauman e Bordoni (2016, p. 167-168): Desregulamentação – o cancelamento das regras que governam as relações econômicas e a supremacia do mercado financeiro e das bolsas de valores; Queda na participação dos cidadãos na política e nas eleições; Retorno do liberalismo econômico (neoliberalismo) confiando ao setor privado parte das funções do /estado e os serviços de administração – antes público; Declínio do Estado de bem-estar-social; Prevalência de lobbies; Show business na política – quando a propaganda é empregada para produzir consenso; a figura do líder que não apoia em carisma, mas confia non poder da imagem, em pesquisas de mercado e em projetos precisos de comunicação; Redução de investimentos públicos e Preservação dos aspectos formais da democracia, a qual pelo menos mantém a aparência de garantia da liberdade.

Ao ler essas características, avaliadas pelos estudiosos suso citados, tem-se a impressão de estarem tratando da realidade brasileira.

Contudo ao deparar com o tema verifica a certeza de que tudo é mais atual e fático em nosso cotidiano, Rubens R. R. Casara, em Estado Pós Democrático (neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis) relata com solar clareza o "estado imaginário" que tem-se vivido:

> A percepção da realidade não é neutra. O que cada um de nós identifica como realidade é o resultado de uma trama simbólico-imaginária: o indivíduo ao nascer, é lançado na linguagem (no simbólico), o que sempre antecipa sentidos, e ele passa a produzir imagens-ideias a partir dela. Por isso, muitas

> vezes a sensação de insegurança não corresponde aos efetivos riscos a que uma pessoa está submetida. Pela mesma razão, muitas vezes, acredita-se viver em um Estado democrático, sem que isso seja verdade. Há na percepção da realidade, um conteúdo coletivo, algo, "comum", imagens construídas socialmente e aceitas por um coletivo (2017).

A seguir, será tratada a realidade do Estado Democrático.

5 A realidade jurídica, política e social:

Vive-se, na atualidade, juridicamente, no Estado Democrático de Direito, no qual, em especial, o direito social à saúde está positivado a nível constitucional, assegurado sua efetividade como direito humano fundamental, através da dignidade humana e com a segurança jurídica de estar incluído como cláusula pétrea.

Entretanto, tal normativa jurídica parece estar desprovida da realidade, pois a saúde, segundo os políticos, está em "crise". Curioso é que, analisando a etmologia da palavra "crise", tem-se o sentido, que ela não é permanente. Ou seja, uma crise é temporária, eventual e não duradoura.

Apesar de todo avanço jurídico, concernente ao tratamento ao direito social, fato é que tal avanço nunca foi acompanhado da atuação política efetiva e constante. Ao contrário, o que se vê são eternas promessas, de campanhas políticas, de que os problemas serão solucionados. Aqui vale lembrar o jargão que sempre é utilizado e pouco se discute: "o Brasil é o país do futuro". O Brasil deve ser o presente e não o futuro. Projeta-se o desenvolvimento do país sempre para o futuro, o qual no transcurso do tempo sempre estará por vir.

Deve-se ultrapassar esta ideia de que no futuro se efetivará, isto tem que se fazer com a urgência que o presente requer, principalmente, no que tange o direito a saúde, não permite aguardar o futuro.

Esta a razão para trazer à discussão a pós-modernidade e a pós-democracia. Quando confronta-se a norma jurídica com a realidade dos fatos, como cidadão ou operador do direito, deve-se perquirir o que falta para concretizar, os mecanismos e ferramentas possíveis para a efetividade.

É fato a ausência dos atores políticos, que detêm obrigação constitucional, para atuarem em favor da população em geral, em especial o povo mais necessitado. Na verdade a classe necessitada dos direitos sociais não está representada, nos termos descritos como democracia representativa. Neste contexto é o dizer de Boaventura de Souza Santos (2016, p. 21), pois a *"democracia representativa sofreu um enorme desgaste, devido a uma conjunção de fatores'*.

Segue o sociólogo português afirmando que a concentração de riqueza e a degradação dos direitos econômicos e sociais estão fazendo com que o círculo da reciprocidade cidadão se

estreite e cada vez mais cidadãos passem a viver na dependência de grupos sociais poderosos que têm direito de veto sobre seus modos e suas expectativas de vida, sejam eles filantropos, narcotraficantes, latifundiários industriais, empresas de megaprojetos e de mineração. A isso chamamos de "fascismo social", regime social que constitui o outro lado das democracias de baixa intensidade (SANTOS, 2016, p. 21).

Verdade que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam atuar em harmonia e independência em prol da sociedade, independentemente de suas representatividades, contudo, o direito à saúde não vem sendo tratado com o devido cuidado e seriedade, em especial pelos primeiros poderes. Fato este que vem sobrecarregando o Poder Judiciário, considerando, a necessidade de se buscar a concretização dos direitos, por meio da judicialização, obrigando o Poder Executivo a cumprir seu dever.

5.1 A PEC da reforma da previdência e a possibilidade de se "conter" judicialização da saúde

Tanto na pós-modernidade quanto na pós-democracia identificam-se características que demonstram a falência do Estado, em especial no que concerne ao Bem-Estar Social ou na resolução dos problemas, através de suas instituições.

Ocorreu uma cisão entre o poder e a política, desestruturando as instituições responsáveis para resolver as demandas da população, surgindo o total descrédito ao cidadão quanto a solução dos problemas pelos governos.

Os Poderes do Estado que deveriam atuar estão desprovidos, na prática, de suas atribuições típicas; o Executivo e Legislativo não atuam devidamente e o Poder Judiciário, muitas vezes, está atuando na omissão dos demais Poderes; atuando na função dos demais Poderes.

Com a ausência da atuação devida dos Poderes, o cidadão judicializa suas questões, indo ao Poder Judiciário para concretizar seu direito, surgindo aí a "judicialização".

A judicialização no Brasil se propagou em vários campos. No campo dos costumes e ético o poder judiciário teve que adentrar em variadas questões, exemplo: A legitimidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo; A possiblidade de lei autorizar células-tronco embrionárias, que resulta na destruição dos embriões congelados que sobraram; Aborto nos primeiros três meses de gestação. (STF, 2019)

No campo econômico também ocorreu a judicialização quando passou-se a litigar a reposição de perdas na poupança, decorrente do Plano Real por mudança do padrão monetário; Renegociação das dívidas dos Estados com a União se os juros seriam compostos ou simples.

Já campo social, pode-se identificar o mesmo fenômeno das questões: Cotas raciais para ingresso nas universidades públicas; Reserva de vagas para negros em concurso público, a título exemplificativo.

O fato é que no país há um excesso de judicialização, existindo pontos positivos e negativos. De forma positiva é que o os direitos sociais podem ser assegurados pelo Poder Judiciário na ausência dos demais poderes. A questão negativa é que o Estado democrático está deficiente em suas instituições, pois a judicialização de questões políticas demonstra que não estão sendo tratadas pelos poderes responsáveis, Executivo e Legislativo.

Cabe destacar que há causas de naturezas diversas para o fenômeno da judicialização, a primeira é o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário independente, a segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. E, por último, atores políticos, muitas vezes preferem que o Poder Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso evitam-se desgastes na deliberação de temas divisivos. (BARROSO, 2018. p. 46.)

Ressalta-se a distinção entre judicialização e ativismo judicial, onde a judicialização trata da possibilidade de ajuizar um direito ou pretensão e o ativismo designa um modo proativo e expansivo de atuação judicial.

O atual governo tem envidado esforços para que seja votada o Projeto de Emenda Constitucional (PEC 06-2019), denominada Reforma da Previdência Social, em seu texto original, de alteração

> A proposta elaborada pela equipe econômica altera trecho da Constituição que dispõe sobre o orçamento da Seguridade Social, que abrange, além da Previdência, a Saúde e a Assistência social. (PODER 360, 2019)

A proposta de alteração, tem em uma de suas partes, a finalidade de "conter a judicialização da Saúde", De acordo com o "Poder 360", ações judiciais com o fim de assegurar o Direito à saúde em sua integralidade, custa aos cofres públicos $ 1,4 bilhão (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019), a limitação a judicialização visa a reduzir a distribuição de medicamentos que não são previstos pelo SUS (Sistema Único de Saúde, e são obtidos via decisão judicial. Tal fato vê-se na seguinte redação proposta na PEC:

> Art. 195.§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido por ato administrativo, lei ou decisão judicial, sem a correspondente fonte de custeio total.

Pelo fato das decisões judiciais obrigarem o poder público a realizar gastos sem a previsão da fonte de custeio, tal alteração impediria o cumprimento de decisões neste sentido.

Deve-se ter acurada análise a tal proposta, pelo fato de que em seu bojo, cerceará a concretização de direito social fundamental. Mister faz-se a análise econômica do Direito, considerar que de fato há custos, entretanto, como afirmou Daisy Rafaela da Silva,

> Na atual conjuntura brasileira, a situação de vulnerabilidade socioeconômica coloca grande parte da sociedade, em razão das desigualdades, como vítimas do não exercício de direitos, em razão da omissão do Estado, seja de forma direta ou indireta, com a justificativa da redução de receita, com a arrecadação de tributos, ou até mesmo diante de dívidas públicas, torna-se complexo dar cumprimento às demandas sociais, caracterizando-se como violações aos Direitos humanos. (SILVA, 2019)

Deve-se acompanhar com cautela e debater a fim de se encontrar a solução mais equilibrada para atender às demandas da saúde.

6 Considerações finais

É fato histórico a luta pela inclusão do direito à saúde ao cidadão. Decorridos quase dois séculos entre o primeiro e o último texto constitucional vigente no país, o respectivo direito foi devidamente positivado. Conforme afirmado, o direito à saúde, além de positivado assegurou-se sua efetividade como direito humano fundamental, através da dignidade humana e com a segurança jurídica, visto que foi incluído como cláusula pétrea.

Tal fato demonstra um enorme avanço, contudo o Estado está deficitário, econômica e politicamente, em suas funções originárias para concretizar o direito ao seu povo.

Os reflexos da pós-modernidade, infelizmente, é um contexto globalizado, onde os gestores públicos eternizam a "crise", quando em verdade vive-se um estado permanente de deficiência e ausência de vontade política para solução das desigualdades e pobreza.

É comum os Poderes defenderem ausência de verbas no orçamento para enfrentar os problemas sociais, contudo, as premissas são quase sempre desprovidas da verdade. Daí é mister que o cidadão busque a tutela jurisdicional, prestada pelo Estado-Juiz para fazer valer o seu direito à saúde, gerando uma judicialização e, por vezes, o Poder Judiciário pratica o ativismo judicial.

Por derradeiro o direito social à saúde é indissociável ao direito à vida, portanto, não pode-se esperar e ficar ao alvedrio da vontade estatal, sendo, hoje, a judicialização, com espeque nos ditames constitucionais, o mecanismo para concretizá-lo.

Tal fato vem ocorrendo muitas vezes, em razão da inércia, ou morosidade do poder público, os quais deveriam agir em atribuições típicas (não se omitindo quanto aos problemas sociais) o que gera um sobrepeso a atuação do judiciário e o pior, um desalento a sociedade, pois muitos ajuizam demandas, porém há aqueles que sequer possuem conhecimento para

exercer tal direito e, por vezes padecem de forma desumana ou vêm a óbito, sem qualquer respeito a dignidade humana. Tal situação ficará ainda mais complexa, se se considerar a alteração ao artigo Art. 195.§ 5º da Constituição Federal de 1988, que embora, entendamos ser inconstitucional, por permitir retroceder para a não concretização de direito, no caso em análise do direito social fundamental à saúde, inclusive, cerceando a justiça de mandar cumprir o mandamento constitucional de caráter universal e irrevogável.

Referências

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da,**Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

BAUMAN,Zygmunt, **Modernidade Líquida**, tradução Plínio Dentzien – Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. BORDONI, Carlo. **Estado de crise**.*Rio de Janeiro; Zahar, 2016.*

BARROSO, Luís Roberto, **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CASARA, Rubens R. R.. **Estado Pós-Democrático; neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CERQUEIRA, Marcello. **Cartas Constitucionais**: Império, República e autoritarismo. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

CHEVALIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

CROUCH, Collin. **Post-democracy**, Polity, 2004.

FEDERAL, Senado. **Coleção Constituições Brasileiras**. Brasília:Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

FOULCAULT, Michael. **Microfisica do poder**, Rio de Janeiro:Ed. Graal,1999.

LYOTARD, Jeans Francois. **A condição pós-moderna**. São Paulo: José Olympio. 2006.

IANNI, Octávio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

Ministério da Saúde. **ORÇAMENTO ATUALIZADO PARA A ÁREA DE ATUAÇÃO SAÚDE 2018** . Disponível emhttp://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018. Acesso em 13 de abril de 2019.

NOVELINO, Marcelo, **Direito Constituicional**, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

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

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos humanos**; 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

PODER 360. **Texto da Previdência pode conter Judicialização da Saúde**.Disponivel em: https://www.poder360.com.br/governo/texto-da-previdencia-pode-conter-judicializacao-na-area-da-saude/. Acesso em: 12 de abril de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. 1 ed. São Paulo. Boitempo, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**, 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilerme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo. Saravia Educação. 2018.

SILVA, Daisy Rafaela; LEISTER, Margareth Anne. Direitos sociais fundamentais: da integralidade às supressões e flexibilizações no Brasil em crise. In *Anais III Jornada*

Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line]. Organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais; Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDF, 2017. P. 152-171. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/xy6mqj74/1d93dw2j/4gD54uDDvFvq4Ssz.pdf. Acesso em: 01 abril 2019.

SILVA, Daisy Rafaela da; Bernardo, Romane Fortes. Os Direitos Sociais Fundamentais no Estado Brasileiro em Crise Econômica. *Anais do Seminário Internacional de Derechos Humanos*. Universidad Catolica Silva Henriques (USCH), Chile, 2016, Prelo.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

TRUBEK, David. **Economic, social and cultural rights in the third world***: human rights law and human needs programs*. In NERON, Theodor (Ed).*Human rights in international law*: legal and policy issues. Oxford: Claredon Press. 1984.