

O DIREITO À SAÚDE E OS “LIMITES” DO ESTADO SOCIAL: MEDICAMENTOS, POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO¹

Jose Luis Bolzan de Moraes²
Valéria Ribas do Nascimento³

Tirar dentro do peito a emoção,
A lúcida verdade, o sentimento!
- E ser, depois de vir do coração,
Um punhado de cinza esparso ao vento!...
Sonhar um verso d'alto pensamento,
E puro como um ritmo d'oração!
- E ser, depois de vir do coração,
O pó, o nada, o sonho dum momento!...
São assim ocos, rudes, os meus versos:
Rimas perdidas, vendavais dispersos,
Com que eu iludo os outros, com que minto!
Quem me dera encontrar o verso puro,
O verso altivo e forte, estranho e duro,
Que dissesse, a chorar, isto que sinto!
(FLORBELA ESPANCA, *Tortura*)

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO ESTADO SOCIAL CONSTITUCIONAL; 2.1. Judicialização dos direitos sociais; 2.2. Teoria do/para o Estado Constitucional; 3. EMBATE ESTATAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS; 3.1. O Influxo do neoconstitucionalismo em crise; 3.2. Redefinição da dicotomia público/privado; 4. OS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE; 4.1. Saúde/Medicamentos e globalização; 4.2. Saúde e transnacionalização; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. A saúde em estado de sítio...; REFERÊNCIAS

RESUMO: O percurso para a construção do Estado Democrático de Direito inclui a redefinição e ressignificação de muitos elementos e conceitos presentes nos modelos estatais anteriores. É necessário partir de uma teoria do/para o Estado constitucional para se analisar as premissas do neoconstitucionalismo, tendo sempre presente seus limites e possibilidades. Assim, verifica-se o caminho desenvolvido pelo ente estatal ao longo do tempo, bem como as mudanças e descompassos de suas funções, até a chamada “prevalência” do Judiciário sobre os demais poderes, além da denominada judicialização da política. Estas modificações em um contexto global revelam a preocupação com a efetivação dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde e a questão dos medicamentos. Todavia, não se pode esperar apenas do Poder Judiciário a solução para os problemas sociais, por isso, destacam-se estratégias coletivas em uma sociedade “mundializada”, marcada de incertezas e riscos. O método de abordagem adotado é o dialético.

PALAVRAS-CHAVES: neoconstitucionalismo, saúde, políticas públicas, medicamentos.

ABSTRACT: The road to a Democratic Law State includes the redefinition and new meaning of the many concepts present in previous state models. It's necessary to start from a theory of/to the Constitutional State in order to analyze the neo-constitutionalism; bearing in mind its limits and possibilities. In this

manner, we have the path developed by the state entity throughout the time, as well as the changes and unevenness of its functions, going further until the so called "judiciary prevalence" over the remaining powers, in addition to the judicialization of politics. These alterations in a global context reveal the growing concern with the materialization of social rights, among them the health right and the medicines issue. However, it's certain that the Judiciary Power cannot be expected to be the sole responsible entity for the solution of social issues; therefore, collective strategies have stand out in a "world-ized" society, marked by uncertainty and risks. The adopted method is the dialectic.

KEY WORDS: neo-constitutionalism, health, public policy, medicines.

1 Introdução

O direito à saúde é, com certeza, um dos problemas fundamentais da sociedade contemporânea como Estado Social, sobretudo, sob a fórmula do Estado Democrático de Direito⁴. Um dilema que repercute os sucessos, limites e fracassos deste mesmo projeto de organização política.

Um problema que nos coloca frente à necessidade de pensarmos, sobretudo, em um país periférico - embora este não seja um privilégio destes -, as condições necessárias e suficientes para tentarmos minimizar nossas culpas e insucessos em resgatar os compromissos da modernidade em torno do caráter finalístico do próprio Estado, no caso, voltado ao cumprimento de sua *função social*.

Por isso mesmo trata-se de temática que nos coloca frente a dilemas, muitas vezes pessoais, mas também nos propõe refletirmos de forma responsável as circunstâncias que se apresentam para o debate.

Como fazê-lo? Para isso, é preciso proceder a algumas localizações, sobretudo, para dizer que este é um olhar lançado desde a Teoria do Estado Constitucional, marcado pela reflexão jurídica.

De qualquer forma, este é um tema que exigiria um trato inter/transdisciplinar, mas, como juristas, temos alguns limites tecnológicos e, mais, alguns olhares peculiares. Assim sendo, aqui se pretende apenas oferecer a abertura de algumas portas⁵ e lançar alguns olhares possíveis que, mesmo parciais, parecem necessários para iluminar o tema enfrentado.

O objeto ora em discussão pode ser abordado em três aspectos principais. Em primeiro lugar, é preciso que se recupere algo daquilo que é a própria **história do Estado** e sua trajetória até o atualíssimo Estado Democrático de Direito. Somente assim se pode compreender o significado e o **papel que desempenham as políticas (públicas)** no contexto de um Estado que se assume como um projeto finalístico, identificado com o reconhecimento e realização do conjunto dos direitos humanos.

Nessa trajetória pretende-se, então, reconhecer e enfrentar aquilo que se nomeou como **judicialização da política**, a qual vem marcada pela emergência do constitucionalismo do pós-guerra e, sobretudo, pela maior conflituosidade a que se vê confrontada a sociedade atual seja como conseqüência de sua própria democratização - o que inclui um maior acesso à justiça, embora este deva ser confrontado, ainda, com a desigualdade no conhecimento e nas condições econômicas dos indivíduos - seja como resultado da fragilização do modelo do Estado Social - em sentido amplo -, o que faz emergir um conjunto cada vez maior de pretensões irrealizadas, as quais acabam por desaguar nos Tribunais, como estuário da irresignação da cidadania, diante da inconsistência das políticas de bem-estar, das *promessas incumpridas da modernidade*⁶, bem como daquelas todas contidas nos textos constitucionais conformadores de um projeto de sociedade marcadamente incluyente e voltada ao asseguramento e promoção da dignidade da pessoa humana como fundamento da própria ordem constitucional.

Este é um tema que pode ser objeto de múltiplas falas e estratégias de tratamento. Contudo, a pretensão não é de esgotar o assunto, mas sim contextualizar o debate, apontando para uma análise macroscópica acerca deste, buscando lançar um olhar crítico-reflexivo acerca das próprias condições de e para a realização dos conteúdos que conformam o que se convencionou nomear como *neoconstitucionalismo*.

2 O Estado Constitucional como Estado Social e seus dilemas

Colocar em pauta os dilemas do Estado Constitucional Social no contexto atual implica, em síntese, interrogar o Estado Constitucional e seus dilemas, ou mais especificamente, o **neoconstitucionalismo e suas encruzilhadas**. Porém, para situarmos o leitor, em primeiro lugar, é preciso identificar o objeto sobre o qual estamos falando - o Estado Constitucional: 1.O que é? e, 2.O que comporta? Além disso, uma pequena revisão histórico constitucional é importante para situar as circunstâncias nas quais navegamos.

O que é o Estado Constitucional pode ser respondido, breve e sucintamente, como o produto de um projeto político-histórico marcado pela tradição liberal e alicerçado em uma estrutura de poder político identificado por uma ordem jurídica que organiza o poder, adotando a estratégia da especialização de funções, o princípio da legalidade da ação estatal, dentre outras, e assegura um conjunto de liberdades expressas pelo reconhecimento jurídico-legislativo dos direitos humanos, traduzidos como direitos fundamentais⁷.

Assim, o Estado Constitucional incorpora um conjunto de normas reunidas em um documento jurídico legislado ou fruto de um processo consuetudinário que formata o poder político sob a lógica de um poder limitado e controlado e, além disso, reconhece os direitos humanos como conteúdos fundamentais que direcionam o poder, voltado à sua consecução como finalidade da ação estatal; e, como tal, é um produto da história, por isso, dinâmico, bastando perceber a passagem do Estado Mínimo ao Estado Social; dos direitos de liberdade aos direitos de solidariedade etc. Pode-se dizer, assim, que o Estado Constitucional do Século XIX não é o mesmo do Século XX. Aquele tinha como substância a construção de um Estado absenteísta - mesmo que sempre se tenha algum nível de atuação estatal -, marcado por um conjunto de limitações/proteções asseguradoras das práticas individuais e da auto-regulação mercadológica.

Tudo isto, como já dito, fruto dos receios em face do passado recente - absolutismo - e do projeto futuro da nova classe social hegemônica - a burguesia revolucionária - e, por isso mesmo, o requisito da *especialização de funções*, bem como do *asseguramento dos direitos humanos* como anteparos à atuação estatal, os direitos de liberdade, constituindo-se como um Estado cuja aparente neutralidade asseguraria o desenvolvimento das potencialidades de indivíduos livres e iguais (formalmente). Esta é a fase do Constitucionalismo Liberal.

Já no Século XX, com nascedouro ainda no transcurso do Século XIX, observa-se este mesmo Estado Liberal transmutar-se substancialmente, assumindo o feito de Estado Social, conceito aqui utilizado em sua acepção genérica, suportado em um novo Constitucionalismo - agora Social -, este identificado histórica e privilegiadamente com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 - apresentadas como marcos históricos -, vindo em resposta ao novo tratamento da chamada *questão social*, a qual deixa de ser um "caso de polícia" para tornar-se um *caso de políticas públicas (sociais)*⁸, com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da *escassez*⁸.

O constitucionalismo social traz consigo o reconhecimento constitucional desta *questão social* que advém das transformações operadas pelas revoluções industriais, pelo novo modelo de produção (fabril) e pela emergência de uma nova categoria social - o proletariado ou as classes operárias. Esta questão social vem apresentada constitucionalmente sob os inéditos *direitos sociais l.s.* - de igualdade ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) - que em tudo diferem dos primeiros, em particular por exigirem uma maior e mais qualificada intervenção, bem como a elaboração de *políticas públicas prestacionais* para a sua satisfação, o que faz desviar o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva. Não basta, agora, apenas legislar, é necessário assegurar a usufruição dos direitos constitucionalizados.

Com isso, não só a forma do Direito se modifica - tanto que se identifica uma transição *das proibições para as prestações, das punições para os prêmios, das regras para os princípios*¹⁰ -, mas o seu próprio conteúdo e estratégia de concretização. Hoje, não se fala em direitos negativos (de abstenção) e direitos positivos (de prestação). Há uma imbricação inevitável. Não se tem assegurada a liberdade de manifestação sem o acesso ao conhecimento, exemplificativamente. E é nesta perspectiva que emergem os problemas de efetivação dos direitos à - educação, saúde, moradia etc.

Em um primeiro momento surge o dilema de não se saber o que fazer com eles - carga eficaz,

programaticidade etc -, posteriormente se questiona como implementá-los por não se ter capacidade para satisfazê-los todos e em toda a sua extensão. Tudo isso acaba gerando não apenas questionamentos, mas, acima de tudo, uma conflituosidade que exige novas formas de tratamento, com a presença de novos atores, em um contexto de profunda insuficiência de recursos e diante de uma reviravolta nas fórmulas político-econômicas contemporâneas. Assim, entre outras conseqüências, ocorre uma nova transição funcional no Estado – antes do legislativo ao executivo - agora, como vemos, em direção à Jurisdição, em razão da democratização no acesso, por um lado, e, para o que aqui interessa, a insatisfação quanto à realização das promessas constitucionais – como será demonstrado a seguir.

2.1 Judicialização dos direitos sociais

O Estado Social passou por significativas transformações ao longo tempo. Pode-se dividir esta história em duas grandes fases. Uma que vai de seu surgimento até sua consolidação e as primeiras décadas gloriosas. Outra que emerge com o esgotamento de suas estratégias ante o início da crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico e a transformação da economia capitalista.

A primeira fase foi marcada por sua instalação, aprofundamento de mecanismos de intervenção e alargamento de seus conteúdos. Na segunda, quando seus *sucessos* já não são tão marcantes ou, até mesmo, trazem-lhe dificuldades, é que se vê o projeto do Estado Social envolto em tensões que fazem transitar o debate acerca da sua realização do âmbito executivo – da política – para o jurisdicional – da judicialização, pondo em evidência os limites e dificuldades que tal desvio de rota acarreta, pois, para a doutrina jurídica, o Constitucionalismo Social traz até hoje problemas, como, por exemplo, o que respeita ao caráter eficaz das normas constitucionais a partir de uma estrutura classificatória das normas que desprivilegia o papel dos “programas” sociais e a substancialidade das próprias Constituições, dentre outros aspectos, como já apontado acima.

O que se verifica é que o Constitucionalismo Social revela a obsolescência precoce de uma doutrina constitucional recém edificada no âmbito do constitucionalismo moderno, mas voltada ao liberalismo clássico e seu modelo de regulação – em um período de pouco mais de um século (finais do XVIII e início do XX). Desde a origem este *novo* constitucionalismo trouxe problemas para os juristas, politólogos, gestores públicos etc. Não é por menos que a *pobreza* doutrinária inaugural – lembre-se a doutrina jurídica de Weimar – é apresentada como co-responsável pela crise do constitucionalismo social na sua origem, sendo até mesmo indicada como fator de confluência à construção do nacional-socialismo alemão¹¹.

Este é um outro debate, mas serve para lembrar que tal fragilidade doutrinária vai aparecer na experiência brasileira pós-88, apenas para se ter uma idéia da dimensão do déficit e das dificuldades para fazer-se concreta uma *constituição dirigente* como a brasileira, ainda mais em um contexto de profunda transformação em sentido regressivo – lembre-se das propostas neoliberais, dos planos de reforma do Estado, das sugestões de flexibilização dos direitos e garantias sociais etc.

O Estado Constitucional Social ganhou contornos definitivos no pós-Segunda Guerra Mundial, como tentativa de enfrentamento das barbáries experimentadas no período. Emerge daí um constitucionalismo que, além de reforçar e transformar sua substância e materialidade constrói novos sistemas de se fazer efetivo. Acrescenta-se ao conteúdo social instrumentos processuais que visam dar conta dos conflitos advindos da não realização destes, já prevendo, como inerentes às fórmulas jurídicas e à normatividade estatal moderna, a sua irrealização.

Estabelecem-se os *novos direitos* ladeados por *novos instrumentos processuais* – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental -, *novos atores* – partes públicas (MP, Defensorias), partes coletivas (associações, sindicatos, grupos de interesses) - e, sobretudo, por um reforço/valorização dos *sistemas de controle de constitucionalidade*, com particular atenção à Jurisdição Constitucional, com uma *democratização* permanente do *acesso à jurisdição*, muitas vezes, descurando de um seu pressuposto o *acesso ao direito*, inclusive em sede de controle de constitucionalidade.

Assim, está desenhado o Estado Social no pós-Guerra, com a supervalorização do constitucionalismo, marcado sob o modelo do *neoconstitucionalismo*, na crença profunda de que com isso podemos construir uma sociedade justa e solidária, com a erradicação da pobreza e marcada pela idéia da *função*

social. Tudo isto está muito presente na Constituição brasileira do pós-autoritarismo, que possui uma identidade baseada nas experiências européias da segunda metade do século passado. Porém, este Estado Social Constitucional se vê confrontado com seus próprios limites e com as transformações para as quais não se havia precavido, se é que se poderia estar ou se é que adiantaria estar... em razão de suas próprias idiossincrasias.

2.2 Teoria do/para o Estado Constitucional

A experiência vivida no pós-88 evidencia a constatação de que somente as previsões contidas na Constituição não têm a capacidade de, por si mesmas, solucionar os problemas sociais, transformando magicamente o mundo da vida e os séculos de exclusão social, como sustenta Gilberto Bercovici¹². Há um vácuo profundo, ou um vazio imenso, entre *ter* Constituição e *estar em* Constituição...

Com isso posto, sustenta-se a exigência de se partir de uma *Teoria do/para o Estado Constitucional* e não de uma Teoria do Estado e de uma – outra – Teoria da Constituição que, muitas vezes, não conversam entre si. Ou seja, não há como se entender a relação *Constituição - direitos sociais - políticas públicas - judicialização* sem a inserção no contexto do Estado Contemporâneo que, mesmo diferido constitucionalmente como Estado Democrático de Direito – outra herança do neoconstitucionalismo (Portugal) – se vê confrontado com uma *religião* de crítica ao Estado Social, como diz J. J. Gomes Canotilho, independentemente do modelo e da extensão que este tenha assumido, uma vez que Estado Social é um projeto diferenciado geográfica e historicamente¹³.

E é apenas neste contexto que ganha sentido se discutir a *judicialização da política* como uma conseqüência inescapável a um Estado que se apresenta como de *bem-estar*, mas que se executa como de *mal-estar* – não apenas o mal-estar da civilização de que falava S. Freud, mas de um mal-estar *na* civilização (no projeto civilizatório moderno). Ora, se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se discutiria o problema, e.g., do *fornecimento de medicamentos* – no âmbito do direito à saúde como um dever do Estado – abordado no presente texto.

Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por *políticas públicas prestacionais* e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população.

Com isso, a conflituosidade de que se está falando não estaria posta perante os Tribunais, posto que ausente das preocupações sociais em uma *sociedade ótima*. Porém, por desgraça ou por humanidade(?), não se vive neste mundo ideal – não se confunda com idealizado(!) – e é exatamente do descompasso entre *projeto político-constitucional* e *projeto político-econômico* que subjaz a fórmula do Estado contemporâneo.

Surge daí o confronto de interesses que deságua na Jurisdição que se torna, assim, o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade, embora sem ultrapassar seus próprios limites no sentido de fazer valer para todos os compromissos constitucionais. Especificando, ainda mais o debate, se pode sugerir que há, hoje, mais *acesso à saúde* – sobretudo aquela *curativa* – no âmbito da jurisdição do que no sistema hospitalar, sem que se possa reconhecer nele um bom ou mal sinal – ao que se retornará na seqüência.

Com isso, se solidifica a idéia de que não se pode pretender construir uma teoria constitucional no contexto contemporâneo sem que se tenha presente os limites e possibilidades de e para o próprio Estado Constitucional, envolto que está na transformação de suas fórmulas políticas, bem como sujeito – muitas vezes incapaz – diante das mudanças radicais dos modelos econômicos adotados pela economia capitalista, da qual não logrou desassujeitar-se.

3 Embate estatal nas políticas públicas

A disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da

construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.

E, deste quadro surgem novos questionamentos que vão das clássicas interrogações acerca da eficácia das normas de direitos sociais, vistas sob novos ângulos, até as dúvidas acerca da legitimação da Jurisdição (constitucional) para intervir nas opções políticas, sejam legislativas, sejam das práticas administrativas. Ou seja, o debate entre *função de governo* e *função de garantia*, remodelando a clássica tripartição de funções, passando, ainda, pelos limites que demarcariam a extensão destes "direitos" constitucionais, em uma disputa entre o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, margeado pelo *fundamento da dignidade humana* no contexto de um Estado que, apesar de *social*, não rompeu com um modelo econômico cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social.

No Estado brasileiro, várias decisões têm sido tomadas em torno da "suposta" colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Cita-se, como exemplo, a discussão estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 45, como segue:

ADPF- Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "reserva do possível" (transcrições) Min. Celso de Mello. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental [...]. **Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'.** Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)¹⁴.

Na verdade, para além dos princípios a serem aplicados, é necessário se compreender *as circunstâncias* do Estado Social como tal e seus *corolários contemporâneos* para, assim, se discutir os vínculos do tema que envolve a realização do direito à saúde – no particular, a concessão de medicamentos.

3.1 O influxo do neoconstitucionalismo em crise

Quando se constitucionaliza o chamado Estado Democrático de Direito deve-se atentar para o que isso significa e, por conseqüência, para as condições, possibilidades e limites de realização das promessas construídas no/pelo "contrato constitucional" e contidas no bojo da Carta Política que o caracteriza.

Esse novo modelo de Estado com o qualificativo democrático – que o distingue tanto do Estado "Liberal" de Direito quanto do Estado "Social" de Direito¹⁵ –, embora tenha nascido sob o influxo do neoconstitucionalismo, carregando a marca de um projeto de *transformação social* – basta lembrar a Constituição Portuguesa que em seu texto original (art. 3º) trazia o objetivo da construção de um Estado socialista, mas, devido a impossibilidade de sua realização, foi modificada por Emenda Constitucional – atualmente, encontra-se imerso em dilemas para efetivação das promessas constitucionais.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma *nova fase histórica* do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro como Estado Liberal de Direito e, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento dos dilemas irresolvidos, bem como pelas crises enfrentadas por este último, mantém-se adstrito à tradição do liberalismo, em particular ao seu viés econômico pautado pela doutrina e pelas práticas capitalistas, mesmo que não se lhe dê, muitas vezes, a devida atenção!

E tal não é sem conseqüências, posto que, assim sendo, ele se mantém vinculado às *dores e delícias de ser o que é...* Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo, na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. Economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.

Nesse sentido, não se pode almejar do Estado Democrático de Direito mais do que ele pode "dar", nem se supõe que as condições para sua execução e desenvolvimento histórico permaneçam inalteradas diante das crises da própria economia capitalista tradicional – produtiva – mas, e, sobretudo, em face

da transformação operada no campo de sua formulação teórica e de suas práticas. Tal reconhecimento conduz a certos dilemas.

O primeiro se refere à *mutação* de suas circunstâncias. Ou, dito de outra maneira, o problema das *crises do Estado*, diante das transformações características da sociedade e da economia liberal – capitalismo – contemporâneas. E aqui se aborda apenas dois aspectos destas crises, as quais vêm esmiuçadas na obra *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos* ou, mais simplesmente, em *Ciência Política e Teoria do Estado*¹⁶.

Dentre outras tantas, o Estado contemporâneo se vê confrontado, por um lado, por uma *crise conceitual*, a qual afeta a sua própria formulação como Instituição da modernidade, assentada que estava sobre os pilares dos seus elementos característicos: território, povo e poder soberano. Em linhas gerais, não há mais como entender tais conceitos em suas versões clássicas, se é que ainda são conceitos operacionais para descrever esta experiência institucional.

Falar em soberania em tempos de Império – Negri/Hardt¹⁷ –, de globalizações ou globolocalismos, de estruturas supranacionais ou de cosmopolitismos, parece de uma ingenuidade atroz. E, com a falência deste conceito, soa no mínimo estranho pretendermos a permanência das idéias de povo e, sobretudo, de território como espaço geográfico delimitado e submetido a uma ordem jurídica autônoma.

Estas circunstâncias apontam para o *desfazimento de certezas* iluministas, modernas, institucionais, apontando para a fragmentação do *lôcus* tradicional do que se convencionou chamar Estado Nacional, da sua política e de suas estratégias de atuação, gerando um(a) laanal - produtiva trespitalista que, na perspectiva da incluste

1. Descompasso entre as *promessas constitucionais* e as *possibilidades de sua realização*, pois o Estado Social imprescinde de um *poder político forte* e
2. Desconfiança/descompromisso coletivo e individual com o seu projeto constitucional, naquilo que se identifica como *sentimento constitucional*¹⁸, o que pode produzir um abandono do Estado Constitucional à sua própria sorte ou, de outro lado, uma tentativa de (re)apropriação de seus conteúdos privadamente, em particular pelos atores individuais de alguma forma já incluídos, fortalecendo a *exclusão social*

Lembra-se, por oportuno, o que chama a atenção Canotilho:

[...] ora, o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se se verificarem quatro condições básicas: 1)provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária; 2)estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3)orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4)taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado¹⁹.

O que se questiona é: teria, neste quadro, este Estado, em crise conceitual, condições para exercer tais tarefas? Olhando ao redor se percebe que, com incidências distintas, experimenta-se um quadro histórico no qual a *potência* estatal se vê confrontada com um tal grau de fragmentação que muito pouco lhe resta para poder desempenhar tais requisitos, forçando permanentemente um processo de reforma (do Estado) sob os auspícios de um *neoliberalismo minimizante* vinculado ao que nomeamos *neocapitalismo* desvinculado das práticas produtivas²⁰ e voltado à sua auto-reprodução em escala planetária sob os auspícios das novas estratégias financeiras tornadas possível com o advento do mercado global virtual. Com isso, resta reconhecer a ocorrência de uma segunda crise, que não vem desconectada da primeira: a *crise estrutural* que diz respeito às condições – ausência delas – de e para o Estado Social continuar mantendo e aprofundando seu projeto includente.

Nessa perspectiva, como um Estado fragilizado pode se constituir em um ambiente de e para a realização dos direitos sociais em permanente desenvolvimento? Sendo o Estado Social este *ajuste precário* entre política de inclusão e economia – capitalismo – de exclusão, este só poderá manter-se estando presentes dois fatores: 1)de um lado sua capacidade de decidir e impor suas decisões, sempre orientadas para as despesas sociais e produtivas e, 2) de outro a suportabilidade deste “acordo” inaugural que reuniu (tentou reunir) a liberdade liberal à igualdade socialista – uma economia capitalista voltada à produção de bens e consumo, alicerçada em uma sociedade onde o

trabalho se constitua como fator relevante de produção e de incorporação de amplas parcelas da sociedade à própria economia capitalista, bem como a (alguns) de seus resultados – novos produtos, novas tecnologias, novas práticas sócio-econômicas etc.

O primeiro desfaz-se ante o que se apresenta como crise conceitual. O segundo, parece, vem perecendo diante da transformação radical promovida pela(s) nova(s) revolução(ões) industrial(is) e tecnológica(s) que, para além de libertar o homem do trabalho – como ansiava Marx e a tradição do(s) socialismo(s)-, desfaz o segundo elemento, ao mesmo tempo em que projeta este homem “livre” da opressão da máquina para a mais absoluta exclusão dos benefícios desta sociedade tecnológica.

O homem livre do trabalho se vê abandonado à sua própria “falta” de sorte, diante de uma autoridade pública fragilizada, bem como de um deslocamento e pluralização de instâncias de poder – públicas, privadas, sociais, marginais – mesmo em um contexto onde, no espectro constitucional tenhamos a marca de um constitucionalismo cujo projeto vem alicerçado na atuação finalística e integradora da autoridade estatal por intermédio de políticas que o resgatem da pobreza, marginalização e/ou exclusão²¹.

Neste contexto, lateralmente, tem ganho consistência e amplitude o recurso ao *Estado Jurisdição*, na perspectiva de recolocar tudo nos trilhos... – no que convencionou-se *judicialização da política*. Mas, o Estado Jurisdição é tão Estado quanto o Estado Legislador ou o Estado Administrador. Aliás, uma das marcas características da modernidade estatal é a *unidade do poder político*, sendo a sua organização funcional apenas uma estratégia, também forjada no seio do liberalismo, para a sua funcionalidade e autocontrole recíproco.

Porém, ao que parece, aqui, a alternativa ao projeto civilizatório do Estado apresenta-se como a reinstauração da fragmentação feudal ou da barbárie natural hobbesiana(?)²². Um Estado fragilizado gerindo um pacto cujos elementos caracterizadores da equação original foram completamente transformados, é anúncio de fracasso, de problemas, de insucessos etc.

O pressuposto da “socialidade”, apontado anteriormente, se desfaz não apenas com a reprivatização ou apropriação privada do espaço e das prestações públicas – muito sentido naqueles países de modernidade tardia, cujas políticas sociais prestacionais, quando ocorrentes, muitas vezes, serviram para *reforçar a caixa dos já incluídos* ao invés de promoverem a integração social dos seus destinatários -, como também com a desconstrução da fórmula de interesse comum entre democracia e capitalismo (de produção), até mesmo porque esta “socialidade” é uma marca da ação civilizatória do Estado agindo por sobre o egoísmo característico do espaço privado e da economia liberal (capitalismo). Entretanto, importa observar que o deslocamento do poder para o setor privado, não exclui o espaço público. Este foi redefinido, mas não abolido.

3.2 Redefinição da dicotomia público/privado

Já se disse anteriormente que o Estado Social não se autonomiza do seu ambiente liberal – sobretudo do seu *núcleo econômico (liberismo/capitalismo)* -, tanto é que ele vem dependente desta relação de base construída ante o reconhecimento das conquistas sociais e os interesses do próprio capital, em um pêndulo permanentemente tensionado.

Dessa forma, deve-se reconhecer que Estado Social não renega sua origem, mas apenas *domestica suas pulsões de morte*. E o faz por meio de políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte do *núcleo econômico do liberalismo* – o capitalismo – que vem recompensado com a socialização dos custos de infra-estrutura econômica, de higiene para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores.

Dito de outro modo, rápido e um pouco grosseiramente: o Estado Social não apenas convive, mas admite e incorpora uma relação de inclusão e exclusão em níveis distintos, mas intransponíveis, sem se livrar de níveis de individualismo possessivo próprios do indivíduo liberal. Para haver inclusão, um certo nível de exclusão continua sendo aceito. A questão é: quanta inclusão é possível ou, ao contrário, quanta exclusão se admite, mantendo-se o Estado Social?

A experiência histórica tem demonstrado níveis bastante distintos. Basta se olhar, hoje, sobretudo, para os âmbitos de promoção social na Escandinávia, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, para

se observar o quanto se diferenciam. Porém, mesmo no mais exitoso deles, os elementos fundantes da economia liberal-capitalista permanecem assegurados: propriedade privada, apropriação do lucro etc.

Evidencia-se que, no momento, não se mencionou o Brasil, seja pela dificuldade de classificá-lo como Estado Social, seja pela dívida histórica que necessita ser resgatada, ainda que sob os auspícios da Constituição Federal de 1988.

O que se quer dizer com isso é que há que se reconhecer que neste Estado Social ainda se convive com a aceitação de um certo nível de exclusão e que em seu arranjo para alguns viverem outros perecem. Ou seja: no encontro entre política de inclusão e economia de exclusão permanece um espectro intransponível de aceitação de segregação econômica – de inacessibilidade às promessas modernas. Esta é uma marca inafastável do modelo econômico capitalista.

Saramago, em entrevista, perguntado sobre os movimentos de *fast* e *slow food* disse que o problema é dar um prato de comida a toda a gente, em primeiro lugar, depois pensar em qual o melhor modo de comer. Todavia, esta estratégia não parece estar conforme com o modelo de Estado Social, o que parece aceitar que o ideal prático é assegurar ao maior número “possível” o acesso à comida, tendo consciência de que nesta contabilidade muitos ficam “de fora” desta conta.

E, é neste contexto global, que se evidenciam os dilemas do Estado Social, que se pode e deve pensar a situação atual do Brasil, sobretudo, desde o confronto que se estabeleceu com a promulgação de uma Constituição que, mesmo fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte não-exclusiva e dominada por setores conservadores (Centrão), institucionalizou a fórmula do Estado Democrático de Direito como sendo o grande estuário do projeto de recuperação não só dos anos de autoritarismo mas, em especial, dos séculos de exclusão social. E tal debate pode ser muito bem exemplificado pelas dificuldades enfrentadas no asseguramento do direito à saúde como direito de cidadania, tal qual estabelecido no art. 196 da CFB/88.

4 Os direitos sociais constitucionais e o direito à saúde no constitucionalismo brasileiro contemporâneo

Quando o constituinte pátrio – e, como dito acima, a CFB/88 foi fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte *não exclusiva* que, além de dominada por grupos conservadores (Centrão), deixou estupefatos os atores de esquerda (palavra fora de moda), bem como espantou até mesmo os juristas progressistas que se viram constrangidos a lidar com algo que não estavam acostumados, gerando uma certa paralisia e produzindo efeitos nefastos para o projeto constitucional ali inaugurado – incluiu no rol dos direitos sociais a saúde, impondo ao Estado o dever de prestá-la, inclusive sem nenhum tipo de contraprestação específica – contribuição social (direito de cidadania) – o fez, na esteira do neoconstitucionalismo, como um conteúdo característico do Estado Social, finalmente e tardiamente projetado para o País que então se anunciava redemocratizado.

Porém, lidar com este *texto* implica o dar-se conta das suas condições históricas, da sua cultura (tradição), no seu contexto, para que se tire dali a *norma* que nele vem contida, sem transformar alguns preceitos constitucionais em verdadeiros *cingas argumentativos*, como se percebe, por exemplo, na jurisprudência pátria com o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que vem, seguidamente, tomado como suporte para qualquer coisa, sem que lhe seja atribuído um significado no/para o caso concreto, sem que se lhe perceba, em sua dupla dimensão (defensiva e prestacional), sendo, ao mesmo tempo, um *traço distintivo* da pessoa humana e uma *tarefa de configuração* vinculada ao objetivo de sua máxima medida.

Tem-se, assim, duas perguntas a serem respondidas: 1) A quem se destinam tais comandos para implementação dos direitos sociais, dentre eles, a saúde? 2) Quais as condições e instrumentos ótimos para a execução destes? Para responder estas perguntas é necessário, anteriormente, entender qual a norma contida no texto constitucional. Sob tal ótica é preciso que se parta dos contornos constitucionais que se produziram no âmbito do chamado constitucionalismo social e, particularmente, no contexto do século XX – em sua segunda fase – quando se inaugura o que se denominou Estado Democrático de Direito – EDD – (ver art. 1º da CFB/88), como produto, até mesmo, de uma expectativa renovada de reconstrução democrática de sociedades marcadas por experiências autoritárias e/ou destruídas em suas estruturas econômico-sociais e produtivas.

No âmbito destes modelos de Estado – EDD – o constitucionalismo adquire um caráter que, embora não seja inédito, incorpora ainda mais a proposta de uma sociedade em constante caminhar rumo à desconstrução das diferenças sociais e à realização – permanentemente inalcançada – de um projeto *justo, solidário* que visa *erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos* (Art. 3º) identificado pela *prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (art. 4º) e marcado pelo “pressuposto” fundante da *dignidade da pessoa humana* (art. Art. 1º, III).

Nesse contexto, por óbvio, emerge como bem maior a vida (art. 5º caput). Porém, aqui, já não se está diante da dualidade *morte/vida*, mas da certeza de que se está diante do compromisso de *realizar* a vida como dignidade, como *qualidade de vida* (art. 225 – meio ambiente) e não só sob a perspectiva de cada um isoladamente, mas inseridos em seu contexto, assegurando que o ambiente de vida também deve ser marcado pelo seu destino de bem-estar (art. 182 – política urbana – funções sociais da cidade, como repercussão da função social da propriedade – art. 5º, XXIII, art. 184 – política agrícola e fundiária e reforma agrária), enfrentando não apenas as carências, mas também os riscos sociais.

Assim, para sintetizar, a opção pelo EDD impregna a ordem jurídica com seu caráter de promoção do bem-estar e de *transformação das circunstâncias de desequilíbrio*. Nesse quadro, se estabelece um projeto de sociedade que se constitui através de pressupostos substanciais que precisam ser concretizados no âmbito da ação estatal, seja por intermédio de normas integradoras do texto constitucional, seja pela prestação de políticas públicas e serviços que visem dar conta do *acordo constitucional* seja, ainda, pelo reconhecimento jurisdicional do conteúdo da norma constitucional, em um contexto de *unidade* da ação estatal voltada à realização do projeto de sociedade contida no contrato constitucional.

Ou seja: o EDD pressupõe uma atuação comprometida das funções do Estado, voltadas para a realização, nunca concluída – já que a busca permanente é uma das características da própria democracia -, do projeto de sociedade que vem identificado no texto da Constituição. Tal fato demonstra certos empecilhos.

De um lado, sob a perspectiva da Teoria do Estado, a questão das características peculiares ao modelo de bem-estar constituído ao longo do século passado e que, desde os anos 1970 – apenas para tomar como uma referência histórica, com a crise da matriz energética do capitalismo à época (o petróleo) – vem sofrendo com o desajuste de seus pressupostos financeiros frente à crise econômica do capitalismo e descobertas tecnológicas que apresentam melhores condições para o tratamento e a prevenção de doenças ou para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, impõem ao Estado, de um lado, insuficiência de recursos e, de outro, custos adicionais não previstos pelo modelo de bem-estar.

Daí que para aumentar a expectativa de vida das pessoas, para lhes proporcionar os medicamentos adequados, para lhes garantir uma melhor qualidade de vida diante de afecções graves etc, aumentam-se os desembolsos públicos. Isto é um dos fatores que, tomado exemplificativamente, desemboca no que se denomina de *crise estrutural* do Estado de Bem-Estar, afetando sua capacidade de fazer frente aos custos sempre acrescidos das prestações estatais, sobretudo, em um ambiente de escassez econômica ou de crescimento vegetativo da demanda de bem-estar, sem se considerar, ainda, as próprias insuficiências do modelo de bem-estar – clientelismo, infantilização, reprivatização etc.

Tomado nesta perspectiva, o constitucionalismo se caracteriza como *dirigente* – para utilizar um conceito fortalecido a partir de Canotilho – e supõe uma *abertura significativa de conteúdos*, para além da incorporação de novas garantias, em face de seu caráter eminentemente principiológico e valorativo – não que isso seja inédito na história do constitucionalismo -, bem como projeta e promete uma solidariedade social que permita realizar a promessa de *inclusão social* contida na Constituição. Este constitucionalismo traz para o Estado, em particular neste ambiente de crise, uma tensão permanente, inclusive em seu âmbito interno, seja pela insuficiência da doutrina constitucional para lidar com tais conteúdos, seja diante do que se convencionou nomear como *judicialização da política*, uma vez que as frustrações diante da não realização das promessas constitucionais são levadas à jurisdição para que esta diga acerca do seu conteúdo e, mais, na medida do possível, viabilize a sua realização.

No campo da saúde ambas as perspectivas estão colocadas. A crise do EBE afeta profundamente a realização da garantia constitucional – *direito à saúde* – tanto sob o viés de um *bem comum* que este representa, inclusive pela ampliação de suas dimensões que ultrapassam a cura e a prevenção da doença e passam a operar na perspectiva da *promoção da vida digna e com qualidade*, quanto sob a perspectiva da sociedade do trabalho, onde esta aparece como uma *utilidade*, já que o trabalhador

deve estar saudável para poder produzir bem e... mais²³. O que fazer, portanto, para dar conta, em um EDD, do direito à saúde como qualidade de vida se as condições necessárias para tanto, no contexto de um arranjo estratégico entre política de bem-estar e economia capitalista, se vêem ameaçadas pelos fatores e circunstâncias referidas, sinteticamente, acima?

As respostas são diversas e difíceis. Algumas supõem a necessidade de levar a cabo as propostas da modernidade e do EDD uma vez presentes no texto constitucional, independentemente de sua conexão com circunstâncias outras que não as previstas no ordenamento jurídico; outras jogam com a imprescindível adaptação às novas circunstâncias, promovendo um arranjo possível entre as promessas constitucionais e os limites impostos pelos parâmetros da *eficácia econômica*, considerando-se que hoje, talvez mais do que sempre, a política – e, com isso, o direito – vem pautada pela economia. Outras, ainda, vêm marcadas pela referência à necessidade de que se coloque esta discussão sob novas inflexões.

De qualquer modo, no espectro do EDD, a saúde – em sua previsão constitucional (art. 196) é, ainda, um bem a ser assegurado e promovido – *responsabilidade coletiva e solidária* – como e por meio de políticas públicas que vêm marcadas pelas características do próprio Estado e, fundamentalmente, orientadas à concretização da *dignidade da pessoa* como pauta mínima, uma vez que o *retrocesso* não se coaduna com o constitucionalismo dirigente que lhe é peculiar. Dessa maneira, contextualizando a perspectiva constitucional do direito à saúde, se questiona, para quem é destinado o comando de viabilizar sua implementação?

4.1 Saúde/Medicamentos e Globalização

Como reflexo das transformações tecnológicas ocorridas ao longo do século XX, mas, por óbvio não só delas, uma nova fase de globalização se apresenta. Esta vem marcada por uma transformação na base econômica do liberalismo – o capitalismo. Este vem pautado por um novo modelo de produção de lucro, o qual não mais se vincula à produção e ao consumo, mas à reprodução do próprio capital, no âmbito de um novo mercado em ascensão, o *financeiro*, onde os investimentos não se dão na base produtiva e em suas estruturas, mas na reprodução asséptica do próprio capital.

Nessa *nova* onda do capitalismo, no que diz com os direitos sociais – a saúde aí incluída – o que se tem são as propostas inseridas no âmbito do que se convencionou reconhecer como *neoliberalismo* e que, para o enfrentamento da crise estrutural do EBE, antes referida, sugere uma *reforma do Estado* que vem marcada pela *desregulação, flexibilização e privatização*²⁴.

Sem se retomar tal debate, é preciso ter presente que o *direito à saúde* não fica imune a tais propostas e acaba repercutindo-as pela reapropriação de uma *responsabilidade individual* no que diz com o tema. Tal perspectiva pode ser bem percebida pela retomada e revalorização das práticas privadas na prestação dos serviços de saúde, pela reinstituição de uma *economia privada em saúde* e por práticas *securitárias* – seguros privados saúde.

O que chama a atenção aqui é que a fórmula includente do Estado Social vem substituída por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que aqueles outros – os *excluídos* – não têm chance de assegurarem-se contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais já, agora, de caráter subsidiário.

A perspectiva solidária, marca peculiar do EBE, vem substituída – ou ladeada – por uma *responsabilidade social* quando, então, a ação estatal passa a ser apenas relacionada às questões macro que afetam algumas das dúvidas marcantes destes tempos, como no caso da AIDS²⁵. Este exemplo parece elucidativo de uma tendência: as políticas, no caso específico, têm repercutido a lógica de que a saúde deve ser percebida no âmbito da responsabilidade individual, ladeado por estratégias coletivas de caráter familiar, de portadores e amigos, restando ao Estado a função subsidiária de controle do sangue. Aqui está presente a perspectiva econômica de base, qual seja: a verificação da utilidade econômica desde o seu cálculo de custo/benefício.

Tal orientação pode ser verificada, no caso do Brasil, nas inúmeras demandas postas em juízo buscando a prestação de remédios ou tratamentos específicos, o que, malgrado o seu feito de realização da garantia constitucional, reflete um viés eminentemente individual de acesso ao *bem* – saúde – constitucional, sobretudo, se verificado em uma situação de dificuldade de realização do próprio *acesso à justiça*, o qual vem precedido do inevitável *acesso ao direito*.

Basta pesquisar na jurisprudência pátria, para se constatar as inúmeras decisões favoráveis à concessão de medicamentos. A título de exemplos, citam-se alguns julgados recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Direito público não especificado (**direito à saúde**). Ação ordinária. Fornecimento de **medicamentos**. 1. A promoção da saúde constitui-se em dever do Estado, em todas as suas esferas de poder, caracterizando-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios, impondo-se a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo estado do rio grande do sul [...] (Agravado de Instrumento Nº 70020419321, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 03/07/2007)²⁶.

Direito à saúde. Fornecimento de **medicamentos**. Responsabilidade. Cumprimento da ordem de fornecimento. Independentemente de situar a obrigação ao fornecimento de **medicamentos** como condição da ação ou matéria de mérito, os entes públicos, por força de normas através das quais se organizou o sistema único de saúde, assumiram cada qual certas responsabilidades, conforme previsto na lei nº 8.080/90 [...], cabe aos municípios o fornecimento dos **medicamentos** que constarem na portaria nº 2.475/06 do ministério da saúde, a qual contém a relação nominal de produtos farmacêuticos essenciais [...]. (Apelação Cível nº 70019855964, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 28/06/2007)²⁷.

De fato, tal situação rompe com o modelo histórico de *proteção sanitária* como *prevenção* – seja *primária* de prevenção geral (evitar ficar doente – saneamento etc. -, alimentação, exercícios físicos), *secundária* de prevenção específica (evitar doenças específicas (vacinação etc) ou *terciária* (reduzir repercussões das incapacidades crônicas e sua recidiva) apresentando uma nova concepção de saúde pública que considera as insuficiências do EBE, por um lado, e a participação do indivíduo, por outro.

Todavia, isto não é tudo. Para além do ataque e da fragilização do modelo de bem-estar, o que temos hoje é a instauração de um outro viés na questão sanitária, em especial em face dos novos riscos sócio-ambientais e da complexidade, reaparecendo o questionamento a respeito das condições e instrumentos para a execução desse direito social aos medicamentos, em tempos pós-modernos?

4.2 Saúde e Transnacionalização

Neste contexto releva perceber que um dos aspectos que marcam o ambiente contemporâneo é o esgotamento do modelo do Estado Nacional, como instância única e exclusiva para o tratamento e alocação dos desafios.

A quebra da unidade estatal e de sua exclusividade no campo da política, que se expressa no âmbito das Instituições pela notória incapacidade de os Estados Nacionais decidirem acerca dos *assuntos públicos* – como demonstrado antes neste mesmo trabalho -, promove não apenas a *dependência* destes diante de decisões produzidas além-fronteiras, com a necessidade de ajustes de suas políticas às determinações de redução de gastos, controle do déficit público, ajuste fiscal etc., como também repercute um novo contexto de riscos que se apresentam não mais localizados ou vinculados a fatores próprios ou peculiares a determinadas regiões ou populações, mas agora dizem com questões que afetam ou podem afetar ordinariamente *todos e ninguém ao mesmo tempo*.

Ou seja, a globalização, vista sob a perspectiva dos riscos, trouxe à cena o problema dos *riscos globais* ou, parafraseando o tema dos interesses transindividuais, se poderia dizer que se está frente a *riscos transindividuais*, os quais põem em evidência a quebra dos limites territoriais como instâncias geográficas de autarquização peculiares aos Estados da modernidade.

Ou seja, os novos riscos – não *novos ricos* – revelariam, portanto, a necessidade de uma *preocupação global* de proteção e promoção também em matéria de saúde pública, talvez marcada pelo mesmo parâmetro que substituiu inicialmente a *responsabilidade individual* pela *solidariedade social*. Porém, o que se tem apresentado como novidade na área é a instauração do chamado *princípio da precaução*, o qual dá origem a um novo “paradigma”, em substituição à *responsabilidade* e à *solidariedade*, o da *segurança*, o qual se constitui sob a perspectiva da *vigilância* para *dotar-*

se de meios de prever o surgimento de eventuais danos antes mesmo de ter a certeza da existência de um risco²⁸.

Ou seja, confrontado frente ao risco global a estratégia que se adota, paradoxalmente, é a da *defesa local* como um dever do Estado.

Resta a dúvida: qual o caráter deste "modelo" neste contexto de superação das fórmulas modernas e de substituição das instâncias políticas pelas econômicas e dos espaços nacionais pelas sedes internacionais, do espaço público pelo privado? Não estaríamos, aqui, mais uma vez, sendo reféns de uma *política de segurança sanitária* que, mascarada pela precaução contra riscos atuais e futuros, se constituiria como uma nova pauta das práticas protecionistas – uma vez que a crise de soberania incide diversamente nos diversos Estados Nacionais – e, pior, ao invés de constituir-se um *espaço de tratamento comum do risco difuso*, estaríamos projetando *novas possibilidades de xenofobismo e segregação*?

Dito de outro modo, de alguma forma este *novo* "paradigma" vem ao encontro, de um certo modo, de todo um modelo de política global, a qual se sustenta e projeta uma perspectiva de exclusão e de montagem de estratégias baseadas na *negação do outro*, na dualidade amigo/inimigo, a qual eventualmente pode substituir a tradicional relação nacional/estrangeiro e que aparecem, e.g., no combate ao terrorismo, nas novas formas de segregação racial presentes na Europa etc.

Os questionamentos insistem em permanecer: como, então, fica a saúde ou o direito à?

5 Considerações Finais: A saúde em estado de sítio...

Diante de um quadro de desfazimento da fórmula do EBE, seja por suas próprias insuficiências e crenças – inclusive nas potencialidades de uma racionalidade cientificista apta a solucionar todos os dilemas modernos e uma burocracia técnica pronta a dar respostas satisfatórias às demandas políticas – seja pela propalada crise fiscal que se lhe abate, o próprio constitucionalismo que lhe dá formatação vê-se constrangido e deslegitimado diante das disputas que se estabelecem entre a busca de efetividade da Constituição e as pautas estabelecidas pela perseguição da eficácia econômica, muitas vezes, veiculada a partir dos pressupostos de uma economia globalizada que além e porque transformada se autonomiza dos limites da política.

Por outro lado, em um ambiente de risco crescente e globalizado, este mesmo *novo espaço econômico* projeta – em particular em sede de OMC – a ruptura completa do modelo de *solidariedade social* que orienta a fórmula do Estado Social, substituindo-o pela preocupação com a *segurança contra os riscos* que podem vir de toda e qualquer parte, até mesmo em uma ave migratória, a qual não tem passaporte, nem é revistada nas alfândegas por onde passa ou sequer está sujeita ao pagamento de tributos por eventuais mercadorias que porte.

Não são apenas os aviões que transportam terroristas o perigo. Ele agora está em qualquer pombo correio. Para proteger-se do risco natural ou criado a nova ordem é a segurança. Mas segurança contra o quê? Contra quem? Quando? Onde? Na dúvida, na ausência de um *sistema de definição, controle e gestão dos riscos*, erige-se a segurança como máxima. E, talvez, este seja apenas mais um risco...

Afinal, se uma Constituição *de valores* trazia o problema da atribuição de sentido à norma jurídica, uma sociedade de riscos põe a interrogação acerca da atribuição de sentido ao paradigma da precaução. Porém, se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia, quem decide. Este talvez seja o maior de todos os riscos para a saúde e sobrevivência da humanidade como tal.

Não há dúvida. Existe a necessidade de se estender um *prato de saúde* a todos. E aqui o problema não é relacionado à velocidade com que se lançará o destinatário sobre essa "comida". O problema é qual e o quanto de comida há de ser-lhe ofertado, tendo presente tudo o que foi dito acima.

Esta resposta continua sendo cativa do Estado Social. Outra resposta exigiria uma *outra sociedade*, sobre novas bases e, aí, não se sabe até que ponto as sociedades atuais estariam empenhadas em sua construção...

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 45**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2004.
- BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70020419321. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019855964. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- _____. Dilemas da Concretização da Constituição de 1988. **Revista do IHJ**, n. 2/2004.
- BOBBIO, Norberto**. Dalla Struttura alla Funzione. **Milano: Edizioni di Comunità, 1978**.
- _____. Estado, Governo, Sociedade. **Para um teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. **Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003**.
- CANOTILHO, JJ. A *Governance* do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, JJ.; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). In: **Revista "Entre Discursos e Culturas Jurídicas"**. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 145 – 154.
- DALLARI, Sueli G; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A Saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: EDUPF, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2003.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão de tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.
- MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MORAIS, José Luis Bolzan de**. A idéia de direito social. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997**.
- _____. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002**.
- _____. A subjetividade do tempo. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998**.
- _____. **As funções do estado contemporâneo: o problema da jurisdição**. Caderno de pesquisa. **Porto Alegre: UNISINOS, n. 3, set./1997**.
- _____. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A Constituição concretizada**. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp.11- 24.
- _____. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a "realização" da ordem constitucional! E o povo...In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA,, Leonel Severo; PEPE, Albano Marcos Bastos. (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- _____. Do direito social aos interesses transindividuais. **O Estado e o direito na ordem contemporânea**. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996**.
- _____; **STRECK, Lenio Luiz**. Ciência Política e Teoria do Estado. **5 ed. rev. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006**.
- NEVES, Marcelo Neves**. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. **O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. **São Paulo: Martins Fontes, 2006**.
- RIBEIRO, Renato Janine**. Ao leitor sem medo: **Hobbes escrevendo contra seu tempo**. **2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004**.
- ROTH, André-Noël. O Direito em crise: Fim do Estado Moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e Globalização Econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, p. 15-27.
- SARLET, Ingo**. A eficácia dos direitos fundamentais. **2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001**.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUC, 1996.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como

modo de integração política. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubekian, 1984.

Notas

¹ Este texto se baseia na conferência inaugural no Seminário "Medicamentos, Políticas Públicas e Judicialização" - proferida pelo primeiro autor - organizado, entre outras, pela Escola de Saúde Pública do RS, AJURIS, ESMP, APERGS-Escola, realizado em maio de 2007 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Também, faz parte do projeto de pesquisa A Jurisprudencialização da Constituição. O papel do político, patrocinada pelo CNPq e desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Estado e constituição do PPGD/UNISINOS.

² O autor é mestre - PUC/RJ - doutor - UFSC/Université de Montpellier I - em Direito do Estado e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra; Coordenador e professor do PPGD/UNISINOS; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da UNILE - Lecce - Itália; Consultor da Escola Doutoral Túlio Ascareli - Roma Tre e professor convidado das Universidades de Roma "La Sapienza", Roma Tre, Napoli e Salerno. Pesquisador do CNPq, FAPERGS. Consultor ad hoc do MEC/SESu/INEP, CAPES e CNPq. Coordenador do Círculo Constitucional Euro-Americano (CCEUAM) e Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). **E-MAIL:** bolzan@via-rs.net

³ Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade de Santa Maria (UFSM); Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA) e da UNISINOS, advogada. **E-MAIL:** valribas@terra.com.br

⁴ Sobre a evolução das formas estatais, ver: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5 ed. rev. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Ressalta-se a posição sobre a impossibilidade de uma teoria GERAL do Estado, seguindo a proposta de Hermann Heller. In: BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁵ Para uma leitura clássica acerca deste debate, ver: MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

⁶ Para Zygmunt Baumann a sociedade moderna pensou em si mesma como uma atividade da "cultura" ou "da" civilização, por isso a expressão que Freud passou a estudar denominando de "civilização moderna" seria um pleonasma. O sociólogo refere que na modernidade (civilização) o homem abdica da liberdade em prol da segurança estatal, enquanto na pós-modernidade atual, renuncia a segurança em busca da felicidade, liberdade e do prazer. Neste momento, contudo, em que se estabelece a desregulamentação, retorna-se a sensação

o de mal-estar. Nas palavras do autor: os mal-estares da modernidade provinham de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual. Os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais. Ver: BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio do Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 10.

⁷ **No que diz respeito aos conceitos terminológicos das palavras e expressões que se referem à tutela de direitos do homem não há consenso tanto na doutrina, como no direito positivo (Constitucional e Internacional). São utilizadas diversas nomenclaturas como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, direito humanitário, dentre outras. In: SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.**

⁸ Tal situação se repete, com as suas peculiaridades, com o surgimento e reconhecimento da novíssima questão ambiental que opera não mais com a escassez, mas, agora, com o risco, algo não localizado e diferenciado como a tradicional questão social.

⁹ Ver, sobre o tema: BOBBIO, Norberto.

Dalla Struttura alla Funzione. Milano: Edizioni di Comunità, 1978.

¹⁰ A discussão que gira em torno dos princípios constitucionais e do processo de resignificação que sofreram no decorrer da história não é objeto do presente texto. Sobre o tema, consultar: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹ Para verificar a questão do controle efetuado pelos Tribunais alemães na realização dos direitos sociais, consultar KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os

- (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.
- ¹² BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da Concretização da Constituição de 1988. **Revista do IHJ**, n. 2/2004.
- ¹³ CANOTILHO, JJ. A Governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, JJ.; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). In: **Revista "Entre Discursos e Culturas Jurídicas"**. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 145 – 154.
- ¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 45. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 nov. 2004.
- ¹⁵ Ver: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ¹⁶ **MORAIS, José Luis Bolzan de**. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. **Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de**. *Ciência política..., op. cit.*
- ¹⁷ HARDT. Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de B. Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- ¹⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ¹⁹ CANOTILHO, JJ. A Governance do terceiro capitalismo..., op. cit. p.147.
- ²⁰ Ainda, deve-se lembrar que, muitas vezes, as práticas produtivas que se mantêm são desenvolvidas desvinculadas das tradicionais conquistas trabalhistas ou sob a revisão das mesmas, bastando lembrar aqui as estratégias de flexibilização pretendidas ou levadas a cabo, assim como as práticas neo-escravistas implementadas pelas grandes economias atuais – e.g. China.
- ²¹ A descentralização e fragmentação do poder do Estado contemporâneo é denominada, por André Noël Roth, de regulação social neofeudal. Ver: ROTH, André-Noël. O Direito em crise: Fim do Estado Moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, p. 15-27. Para esta discussão há uma vasta literatura, a qual pode ser consultada nos trabalhos publicados por Jose Luis Bolzan de Moraes nos **Anuários do Programa de Pós-Graduação em Direito** da UNISINOS, publicados, a partir de 2005, pela Livraria do Advogado Editora, de Porto Alegre, RS.
- ²² Para uma leitura original e ampla da obra de Hobbes, ver: RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ²³ Deve-se ter presente que o Estado do bem-estar social da segunda metade desse século reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, e responsabiliza-se pela implementação da prevenção sanitária. Ver: DALLARI, Sueli G.; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A Saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: EDUPF. 2003. p. 34.
- ²⁴ Como referem Sueli G. Dallari e Deisy Ventura: "[...] o predomínio da ideologia neoliberal provocou uma diminuição do papel do Estado na sociedade em favor dos grupos associações, e da própria responsabilidade individual." Op. cit., p. 35.
- ²⁵ Aqui mereceria atenção particular o caso das políticas setoriais brasileiras, o que vai além dos limites do presente trabalho.
- ²⁶ BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70020419321. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- ²⁷ BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019855964. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- ²⁷ DALLARI, Sueli; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública ..., op. cit., p. 43.
- ²⁸ BRASIL Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019855964. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- ²⁸ DALLARI, Sueli; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública ..., op. cit., p. 43.

Recebido em: 11/07

Avaliado em: 12/07

Aprovado para publicação em: 12/07