

MEDICALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A AMEAÇA SUBREPTÍCIA À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS¹

MEDICALIZATION AND JUDICIALIZATION HEALTH: THE THREAT SURREPTITIOUSLY THE RIGHT TO UNIVERSALIZATION SOCIALS

Homero Gonçalves Neto²

Renata Braga Klevenhusen³

RESUMO: O artigo trata do fenômeno social de “medicalização” da vida que sucede a partir do início da modernidade, num período em que a ciência apresentou-se como promessa de salvação do homem contra as ameaças da natureza. Diante disso, analisa a constante parametrização e normalização dos comportamentos que coloca em risco a individualidade e subjetividade do sujeito, afastando de si a noção de saúde e, com isso, provocando uma escalada das demandas judiciais em busca da proteção desse direito previsto na Constituição.

Palavras-chave: Medicalização da vida; hermenêutica filosófica; direito à saúde

ABSTRACT: This paper deals with the social phenomenon of "medicalization" of life that happens from the beginning of modernity, a time when science was presented as a promise of salvation of man against the threats of nature. Therefore, it was shown that the constant parameter and normalization of behaviors dangers the subject's individuality and subjectivity, distancing itself from the notion of health and, thus, causing an escalation of lawsuits seeking the protection of that right under the Constitution .

Keywords: Medicalization of life; philosophical hermeneutics; right to health.

1. Introdução

O homem pós-moderno encontra-se imerso em uma sociedade altamente tecnicista, sujeito ao controle das autoridades que dominam o poder de dizer as verdades acerca do mundo e desacreditado em sua individualidade para além do papel de mero ator economicamente ativo no mundo capitalista.

Diante disso, especula-se que hoje o sujeito encontra-se subjugado por uma medicina também erigida no solo fértil da modernidade, submetida à mesmas mazelas

¹ Este artigo é produto do projeto de pesquisa “Judicialização da saúde: os impactos econômicos e sociais das decisões judiciais em face do direito à saúde no Estado do Rio de Janeiro” desenvolvido com apoio da FAPERJ.

² Advogado e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

³ Pós-Doutora pelo Instituto de Medicina Social (UERJ). Doutora pela UFSC. Mestre em Direito pela UERJ, Professora do Núcleo de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes , da Universidade Gama Filho e da Universidade Estácio de Sá.

de uma revolução tecnicista que desde o século XVIII investiu-se do compromisso de livrar o homem das ameaças da natureza, especialmente da morte e das doenças que tanto disseminaram-se após o período da revolução industrial.

A ciência médica tem assumido papel de autoridade ungida pelo Estado como fonte de saber legitimado pela cultura moderna, levando a se questionar como esse saber se tornou capaz de subjugar qualquer outra fonte dissonante de seus preceitos, criando-se uma ideologia de saúde forjada nas bases do constante controle do corpo.

Assim, ao entronizar a medicina como a autoridade apta a ditar o ideais de saúde do sujeito e, dependendo essa ciência unicamente de seus próprios fundamentos para revelar com cada vez mais precisão suas verdades, tentará concluir o estudo se isso não foi responsável por afastar o homem da consciência de sua corporeidade, causando o vazio do ser que transformou-se na angustiada sensação de incompletude.

Da mesma forma, considerando o perfil da sociedade industrializada e consumista, impõem-se entender essa relação insidiosa que pode estar por traz de uma ideologia de saúde, cuja parametrização sofre com o controle das autoridades intimamente ligadas aos meios de produção capitalista.

A partir dessas considerações, o presente artigo abordará as consequências dessa situação no âmbito das demandas judiciais por saúde. Será avaliado o atual estágio de Judicialização e como essa ocorre no sistema judiciário brasileiro, possibilitando o acesso irrestrito e democrático dos cidadãos, para avaliar se há como aplicar-se a hermenêutica filosófica como filtro contra excessos e distorções na interpretação do direito à saúde.

Baseado na observação de casos concretos e pesquisas pautadas na revisão da bibliografia correlata, o estudo analisará os principais métodos utilizados para a interpretação da Constituição Federal para a concessão de prestações assistenciais de saúde, avaliando com isso os riscos que o tecnicismo da ciência médica pode provocar numa sociedade controlada por ideologias ditadas pelas forças econômicas, onde uma sensação de patologia generalizada pode estar impregnada no ideário público, valendo-se do Poder Judiciário como partícipe de num fenômeno de “medicalização” da vida.

Serão abordadas ainda as origens históricas e sociais dos direitos sociais com objetivo de demonstrar a diferença entre os interesses originários e a atual concepção

desses direitos diante do quadro de gradual crescimento das demandas de saúde, cujas origens, especula-se estão intimamente ligadas às ideologias.

2. A Medicalização da vida na sociedade “patologizada

Não obstante existam estudos que façam uma diferenciação entre os fenômenos medicalização e farmacologização da vida, tratar-se-ão ambas como sinônimas, posto advirem de fato que têm uma origem sociologicamente comum, ou seja, a entronização dos auspícios da ciência médica no ideário público e formação da ideologia do consumo como principal via de acesso à saúde, apoiada no inculcamento de uma constante sensação de um corpo “patologizado”.

No entanto, vale coligir a diferenciação feita por Noémia Lopes⁴, qual contribui para uma melhor compreensão dos lindes de separação entre os termos, bem como, para entendê-los dentro do assunto que ora se propõe estudar.

O fenômeno da medicalização está relacionado com a crescente expansão da intervenção da medicina nos domínios mais privados da vivência humana. (...)É o caso da medicalização de comportamentos que até então eram exteriores ao campo da intervenção crescente de situações e comportamentos conotados com o desvio social – tais como o alcoolismo, a violência, ou a toxicodependência – estendendo-se até os mais recônditos domínios da resistência à intrusão clínica, tais como a sexualidade, a reprodução, a menopausa, a obesidade(...) Enfim, um leque crescente de esferas do âmbito privado e público que progressivamente foram transitando para o foro da intervenção médica. E pode acrescentar-se, ainda, a esta espiral de hegemonia médica, a própria medicalização do que correntemente é designado de prevenção e da promoção da saúde, se atendermos a toda a panóplia de exames e rastreios clínicos regulares e que as mesmas têm vindo a ser associadas.

Porém, o fenómeno da medicalização não se materializa apenas nesta progressiva expansão da intervenção da medicina. A consolidação do fenómeno prende-se sobretudo com a que os teóricos da sociologia da saúde têm designado como a disseminação cultural da própria ideologia médica (...).

A farmacologização remete para a dominância dos medicamentos nas opções terapêuticas, tal como a medicalização remete para a dominância das concepções médicas na interpretação da saúde e da

⁴ Noémia Lopes assina artigo que trata da diferenciação e introdução dos conceitos na sociedade moderna, especialmente pelo advento da medicina moderna, na segunda metade do sec. XX. (LOPES, Noémia, **Medicamentos e percepções sociais do risco**, Actas do Congresso Português de Sociologia – Sociedades Contemporâneas – Reflexividade e acção, Braga, Portugal: Universidade do Minho, 2004)

doença – constituem dois processos socialmente indissociáveis, mas que importa manter analiticamente separados.⁵

Na abordagem de tema, deve-se inicialmente revisitar as ideias de Ivan Illich⁶, que em 1975 já denunciava o tortuoso caminho pelo qual se seguia em direção à cultura medicalizante, forjada num contexto de avanço irrefletido da medicina moderna.

Considerando a iatrogenia como uma consequência do avanço da medicina, Illich denunciou três tipos dessa iatrogenia nefasta de uma ciência que expropria a saúde, apontando-as pelas vias da *iatrogenia clínica*, como sendo aquela que produz resultados catastróficos para os indivíduos que se utilizam das tecnologias médica e dela dependem unicamente; a *iatrogenia social*, que resulta na perda da autonomia do grupo no uso de técnicas de prevenção e controle da saúde, causando a passividade e inércia de um sujeito que perdeu a capacidade de se autodeterminar diante da força da ciência médica; e, por fim, a *iatrogenia estrutural*, ingente destruidora das tradições, culturas e rituais de sobrevivência e combate à doença, retirando a fé e a crença em meios que não sejam os técnico-científicos.

O absolutismo da técnica médica acaba por sobrepô-la a qualquer outro meio menos eficiente de cura e sua primazia revela a faceta intransigente de uma ciência que não induz à reflexão do paciente ou mesmo incentiva-o na busca por meios alternativos que não o interventivo/medicalizante.

O traçado do compromisso constitucional empreendido em favor da saúde, que encontra suas raízes históricas na já referida 8ª Conferência Nacional da Saúde, vê-se hoje na contingência de oferecer resposta às pretensões de garantia de uma saúde que, em pleno século XXI, se vê influenciada diretamente na sua delimitação, por fenômenos outros de cunho fortemente sociológico.

Unschuld⁷ aponta para a existência de condicionantes culturais da prática médica e, assim, as novas demandas postas a cada integrante de uma sociedade do

⁵*Ibidem.*

⁶ ILLICH, Ivan, **A expropriação da saúde: nêmesis da medicina**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975, p.190/191.

⁷ UNSCHULD, P.U. Culture and Pharmaceutics: some epistemological observations of pharmacological systems in Ancient Europe and Medieval China. *In*: GEEST.;WHYTE (eds.). **The context of medicines in developing countries**. Studies in pharmaceutical anthropology. Dordrecht: Kluwer, 1988. p. 179-197

espetáculo, transformam em patológicas, condições que normalmente se tinha por associada tão-somente a idade, ou ainda a momentos da vida.

A sociedade constrói como um desvio - suscetível de solução médica - comportamentos que pareçam de alguma forma menos consentâneos com a performance que se entende desejável de um cidadão da hipermodernidade.

De outro lado, as conquistas da medicina que dão resposta terapêutica a situações extremas, muitas vezes culminam por gerar uma pressão em favor da sua oferta para hipóteses menos graves - onde a medicalização se apresentara como um mecanismo mais cômodo, mas nem sempre necessário ou recomendável. Nesse sentido, Foucault, ao analisar a questão da resistência aos antibióticos, conclui: “De modo geral pode-se afirmar que pelo próprio efeito dos medicamentos – efeitos positivo e terapêutico – produziu-se uma perturbação, para não dizer uma destruição, do ecossistema não apenas do indivíduo como também da própria espécie humana”.⁸

O modelo de racionalidade moderna permitiu que o corpo fosse considerado como uma máquina e que a doença fosse tratada pela biomedicina de forma mecanicista e entendida como um mau funcionamento da máquina em locais específicos do organismo e que só poderia ser vencida com medicamentos alopáticos. Assim, os fármacos passam a ser o centro das atenções médicas e, também, do mercado, transformando a saúde em mercadoria, gerando o seu uso abusivo, aumento dos custos dos sistemas de saúde e impedindo a percepção da dimensão social da doença.

Foucault aponta para o fato da medicina contemporânea intervir sobre outros objetos que não as doenças: “(...) no século XX os médicos estão inventando uma sociedade, não mais da lei, mas da norma. O que rege a sociedade não são o códigos, mas a perpétua distinção entre o normal e o anormal, a perpétua empreitada de restituir o sistema de normalidade”.⁹

⁸ FOUCAULT, M. La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina. **Educación médica y salud (OPAS)**, 10(2): 152-170, 1976, p. 158

⁹ *Op.cit.*, p. 161

No mesmo sentido, Swaan¹⁰ defende que o processo de medicalização social não está restrito apenas ao desenvolvimento do conhecimento médico, mas, também, a intervenção médica na solução de conflitos, empoderando a classe para questões sociais e morais. Desta forma, o regime médico passou a ser o principal orientador social, o interventor indispensável na vida social, diminuindo o campo de autonomia do indivíduo sobre a sua vida e criando um novo modelo normalizador.

Hans Jonas conclui que esse processo de regulação social pela medicina é encarado, por vezes, como uma forma de delegação de responsabilidade ou de alívio para a sociedade:

Mas do alívio do paciente, um objectivo inteiramente dentro da tradição da arte médica, facilmente se passa ao alívio da sociedade do transtorno que lhe traz um comportamento individual difícil entre os seus membros: ou seja, facilmente se passa da aplicação médica à aplicação social, facto que abre um ilimitado campo de graves possibilidades. Os melindrosos problemas ligados à regulação social, e à ausência dela, na moderna sociedade de massas, levam a que o alargamento daquele tipo de métodos de manipulação a categorias não médicas se mostre extremamente tentador em termos de controlo social” .¹¹

Sobre a perda da autonomia causada pelas políticas sociais de saúde, Dâmaso afirma que a terapêutica deveria recuperar a autonomia e não gerar uma dependência. O projeto de saúde deve ter cunho educativo,: “*Educação para a vida’, eis aí o projeto da política sanitária mais radical e coerente com o desejo humano de autonomia*”¹²

Para Caponi, a definição de saúde dada pela OMS, autorizaria a legitimação de determinados estados patológicos como instrumentos de controle social:

é preciso negar-se a aceitar qualquer tentativa de caracterizar os infortúnios como patologias que devem ser medicamente assistidas, assim como é preciso negar-se a admitir um conceito de saúde

¹⁰ SWAAN, A. **The management of normality: critical essays in health and welfare**. London:Routledge, 1990

¹¹ JONAS, H. Técnica e Responsabilidade: Reflexões sobre as novas tarefas da Ética. In: **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Veja, 1994. p. 53.

¹² DÂMASO, R. Saúde e Autonomia: Para uma política da vida. In: FLEURY, S. (org.). **Saúde: Coletiva?** Questionando a onipotência do social. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 222.

fundado em uma associação com tudo aquilo que consideramos como moral ou existencialmente valorizável. Ao contrário, é preciso pensar em um conceito de saúde capaz de contemplar e de integrar a capacidade de administrar de forma autônoma essa margem de risco, de tensão, de infidelidade e, por que não dizer, de ‘mal-estar’ com a qual todos inevitavelmente devemos conviver”.¹³

A definição ampliada de saúde do VIII CNS permite considerar como medicalizáveis todos os aspectos da existência humana. Nesse sentido, Dworkin¹⁴ analisa a atribuição de status de doença à infelicidade. Essa concepção vem permitindo o uso abusivo de antidepressivos, sem considerar os efeitos da artificialização da felicidade. Assim, a lógica é de que a medicina seria responsável pela felicidade e que os aspectos perturbadores da vida seriam passíveis de analgesia química.

Afirma, ainda, o referido autor que o uso de psicotrópicos é mais danoso do que o consumo de álcool, pois, ao contrário deste, o uso de antidepressivos é legitimado por uma instituição poderosa: a classe médica. Para Dworkin, a infelicidade é necessária para que o indivíduo possa rever os rumos de sua vida e pensar nas consequências das suas ações sobre a vida dos outros. Certamente, o uso desenfreado de psicotrópicos representa uma ameaça e não podemos mensurar os seus efeitos a longo prazo sobre o tecido social.

Urge repensarmos a onipotência da medicina e a posição do fármaco como sinônimo de saúde, pois esta lógica induz o consumo indiscriminado de medicamentos e amplia, cada vez mais, o espectro daquilo que pode e deve ser medicalizado.

Partindo do pressuposto já denunciado, de que os males que afligem o homem são todos eles classificáveis e tratáveis de acordo com a técnica aplicável por cada uma das linhas de especialidades da medicina –ciência-, o corpo passa a receber a atenção visual e biológica capaz de somatizar a experiência do indivíduo na forma de sentimentos *medicalizáveis*.

¹³ CAPONI, S. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, IV (2): 287-307, jul./out. 1997, p. 300.

¹⁴ DWORKIN, Ronald W. **Felicidade artificial. O lado negro da nova classe feliz**. Trad. de Paulo Anthero S. Barbosa. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2007, p. 9-25.

Confundindo-se assim, muitas vezes, os próprios sintomas com as doenças, a medicina anuncia seu sucesso ao extirpar a dor, eliminar o sofrimento e redefinir as formas físicas de pacientes através de uma cultura dominada pela ideologia da cura através da ciência e imbuída de um espírito consumista que se inocula pela lógica mercadológica do hedonismo.

Assim, como bem descreve Agea, a medicina reivindica cada vez mais para si a autoridade para dominar todos os territórios da vida, determinando ao seu alvedrio os limites em que essas manifestações biológicas são aceitas como normais e *patologizando* tudo que lhe é anormal, porém, sem atentar-se para as demais fontes de saber não médico que demonstram a coerência e naturalidade de muito desses sentimentos.¹⁵

Assim, consignada a tendência moderna que induz a técnica médica a prosseguir avançando em direção à regulação da vida em todos os seus aspectos, encontra-se o sujeito contemporâneo em vias de tornar-se escravo de uma ideologia que lhe impõe cada vez mais a supressão de sua consciência.

Convicto de que o bem-estar mental, a disposição física, a beleza estereotipa, a capacidade intelectual, o equilíbrio emocional e tantas outras características individuais são determinantes para sua aceitação e permanência dentro do exigente corpo social, o homem contemporâneo sofre pela ameaça da constante sensação de carregar em si alguma patologia. Portanto, para conformar-se aos ditames de perfeito ajuste aos padrões, resta ao sujeito caminhar pelas vias da medicalização como a única alternativa de quem deseja ser normal.

Contudo, enquanto a camada mais abastada da população recorre aos inúmeros tratamentos médicos, medicamentos modernos e recursos tecnológicos avançados em busca da saúde perfeita, aqueles muitos que desejam manter-se dentro dos mesmos padrões estéticos e sanitários idealizados encontram-se privados dessas benesses.

O que aos poucos se vê é uma verdadeira revolução medicalizante, onde a divisão classista passa a apoiar-se também na capacidade de acesso aos recursos mais sofisticados da medicina, unindo esses com o *status* social que lhe condicionam a felicidade, enquanto para aqueles que possuem recursos insuficientes para

¹⁵ *Ibidem.*

submeterem-se aos melhores tratamentos sofrem pelo constante estigma da fragilidade e do adoecimento.

Entretanto, ainda que os acessos sejam maiores ou menores conforme a capacidade econômica do sujeito, a grande questão resiste por detrás dessa revolução e afeta todas as camadas sociais, transformando os cidadãos nessa quadra da história em fiéis seguidores de uma doutrina de medicalização. Aos poucos essa cultura invade os postos de saúde, os consultórios médicos, as clínicas estéticas e, num momento ainda pouco evoluído do perfil social do Estado Democrático de Direito, avança para o acólito Poder Judiciário e ameaça o plano político de universalização do acesso à saúde previsto no texto da Constituição de 1988, enveredando-se sorrateiramente pelas vias judiciais na forma de demandas por efetividade do direito à saúde.

3. O direito à saúde e a formação e (não) implementação política dos direitos sociais no Brasil.

Cabe inicialmente buscar um método de interpretação judicial eficiente, apoiado nas diretrizes constitucionais programadas pelo legislador ao longo da evolução do Estado Constitucional de direito, para se compreender os realces de um verdadeiro direito à saúde. Sabendo-se que na atualidade esse direito torna-se tão valioso para a implementação da face social do Estado, perfaz-se igualmente importante compreender o que se entende por saúde num contexto atual de medicalização, visto que estão em constante confronto as visões distorcidas do que se entende por saúde e a correta interpretação desse direito fundamental.

Constatando-se, portanto, que a ciência médica produz seus próprios padrões de normalidade, conforme avançam os artifícios técnicos que sustentam a sua *práxis*, bem como, que a sociedade fica à mercê do ideal de saúde corroborado por aquela, conclui-se com isso serem também contingentes os parâmetros que apoiam esses padrões, o que urge discernir o que seria um procedimento médico adequado ou inadequado dentro dos contornos da ordem legal vigente.

Sabendo-se, também, que os limites de um Estado Provedor encontram-se delimitados dentro de um texto legal soberano, bem como, sujeito às fronteiras orçamentárias, todo o reconhecimento das vitórias políticas e sociais se colocam em

linha de colisão com os interesses individualistas e mercantilistas. Portanto, torna-se conveniente combater os efeitos nefastos de uma ciência medica urdida pelos interesses privados e moldada pelo desejo liberal do livre mercado, que ainda se enraízam na cultura jurídica brasileira.

Em mesmo sentido, tendo em vista a conformação social e democrática do Texto Político, é preciso debelar a ameaça de universalizar-se um direito pelas vias transversas do individualismo, o qual deixa a população exposta aos assédios e pressões dos interesses liberais. A luta pela implementação dos desejos sociais visa combater também a ideologia objetificadora que enaltece o cidadão saudável como mero instrumento a serviço da produção e do consumo de uma sociedade capitalista.

É por esse diagnóstico de que existe uma divorciada visão da saúde como resultado da objetificação do corpo e como bem-estar do ser humano que no contexto atual faz eclodir a ameaça de que a judicialização se torne um instrumento oposto à imagem que ostenta, ou seja, como um inimigo real da verdadeira universalização e implementação eficiente dos recursos na promoção desse direito social fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

Parte-se então para o estudo da essência dos direitos fundamentais como obra da evolução social, fruto da luta em prol dos interesses de salvaguarda dos direitos básicos para a existência digna de uma comunidade jurídica e que se apresentam como limites da intervenção pública nos lindes da vida particular, bem como, compromissos de promoção da cidadania coletiva.

Para a preservação da saúde como direito social impõe-se compreender sua exata dimensão dentro da identidade histórica e a tradição de um Estado que pretende-se *democrático*, mas dentro de uma ordem justa fundada na lei e no *direito*.

Assim, como aponta Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ deve-se visualizar o modelo constitucional dos direitos fundamentais como matiz composta, “*a um só tempo, [de] direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva*”, sendo, portanto, capazes de gerar aos cidadãos a proteção de sua liberdade contra

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*, **Revista Eletrônica de Direitos do Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 23, julho/agosto/setembro de 2010, encontrado em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>.

ataques externos, bem como, a prerrogativa de promoção de seus interesses pessoais perante o Estado.

Esclarece ainda Mendes com base na *teoria dos quatro status*, que tais direitos podem ser qualificados como *direitos de defesa*, “(Abwehrrechte) destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público”¹⁷ caminhando evolutivamente até o *direitos de prestação positiva* “que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)”¹⁸.

Assim como Mendes e também apoiados na descrição evolutiva das constituições modernas conforme a *teoria dos status* de Jellinek, Winfried Brugger e Mônia Leal¹⁹ descrevem os períodos superados da história para que se chegasse ao estágio constitucional atual e que, nos seus quatros primeiros momentos, trazem a justificativa essencial para a fundamentalização desses direitos e garantias individuais.

Nessa abordagem, apresentam primeiramente a fase em que há a valorização da *soberania*, onde a anarquia e a ruptura do poder político e religioso exigiram a unificação nacional, com o estabelecimento de poderes soberanos os quais incidissem sobre os domínios territoriais desse estado e recaíssem diretamente sobre seu povo para regular a barbárie e proteger os cidadãos; nesse momento o cidadão atingiu um “*status subjectionis*”²⁰.

Num segundo momento, descrito como de busca da *liberdade*, entendem como a época em que o indivíduo alcança o “*status libertatis, negativus*” após o grande crescimento do poder estatal que sufocou a individualidade do cidadão, resultando no esmagamento das liberdades de exercício de direitos contra o Estado. Vieram então ao socorro da sociedade as forças de libertação contra o jugo desse poder opressor, a separação dos poderes, os direitos constitucionais contra os poderes e a secularização

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig, Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira, **Revista do Direito: Revista do programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado**, Santa Cruz do Sul: Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul-EDUNISC, n°28, jul/dez 2007.

²⁰ *Ibidem*

que levou para o poder do Estado o domínio sobre alguns institutos até então considerados religiosos²¹.

Não suficientes para fazer ceder todo o poder que estava concentrado nas mãos do Estado, os direitos continuaram a ser objeto de manipulação requerendo mais do que a simples não intervenção mas, também, a garantia de participação política efetiva; surge com isso a fase denominada como de busca da *democracia*, onde os indivíduos buscaram legitimar sua participação política, criando o cidadão com “*status activus*”. Vieram então os direitos de liberdade de expressão, associação, liberdade religiosa, voto e garantias de acesso ao poder que permitiram maior abertura para os reclamos do povo²².

Debalde essas conquistas, a omissão estatal quanto aos desejos populares e a possibilidade de maior manifestação surtiram revelar os desejos de um povo que sofria com a carência de assistência social e com os desníveis provocados pela liberdade sustentada pela exploração dos mais fracos. Esse período revela o “*status positivus*” do cidadão como solução para as fragilidades de sociedades ignoradas por seus governos, abandonadas à sorte da livre exploração mútua e impregnada de preconceitos e discriminações provocadas pela pobreza e marginalidade²³.

Com isso destaca-se dentro desse processo histórico um primeiro momento evolutivo de busca por liberdade frente ao Estado e a afirmação da individualidade do sujeito, construindo-se um núcleo fundamental inviolável de cidadania no interior da vida em sociedade; tal conquista é tributária das conquistas políticas provenientes dos ideais da Revolução Francesa de 1789.

Nessa esteira Carlos Simões²⁴ delimita as características desse período do *Estado de direito*, acentuando que em razão da origem revolucionária dos mesmos esses são tratados como direitos de *primeira geração*, ocupando-se o professor de informar que a partir daí “os direitos civis deixaram de ser concebidos como

²¹ *Ibidem*

²² *Ibidem*

²³ *Ibidem*.

²⁴ SIMÕES, Carlos, *Curso de direito do serviço social*, 3ªed., São Paulo: Cortez, 2009.

*manifestações da vontade divina e os governantes foram responsabilizados pela garantia de tratamento a todos com base no princípio da liberdade e da igualdade*²⁵.

Contudo, como prossegue Simões, a pobreza, a desigualdade e a expropriação impostas aos cidadãos e, principalmente aos trabalhadores possibilitou o questionamento do valor da solidariedade social, urgindo que a pretensão de bem-estar social se fizesse através da incorporação de direitos ao texto constitucional²⁶. Com essa introdução de novos direitos sociais seria possível compensar e reduzir as desigualdades, promovendo-se a justa distribuição ou redistribuição das riquezas sociais e naturais.

Exsurge assim o Welfare State como pretense salvador de uma humanidade cansada das mazelas criadas pelo liberalismo e das repercussões funestas de um período histórico de miserabilidade humana, responsável pelo florescimento da idéia de estabelecerem-se as condições de dignidade humana com a criação de direitos sociais.²⁷ Conforme aduz Humberto Dalla²⁸ esses direitos são enquadrados no Direito Constitucional como direitos de segunda dimensão em razão do período de surgimento após a instituição dos direitos de liberdade, de primeira dimensão.

Tratando-se de liberdades positivas provenientes do período após o segundo pós-guerra, cujo marco legal se deu pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, atualmente esses direitos sociais encontram-se objetivados na Constituição Federal de 1988, superando a simples ideia das liberdades negativas estabelecidas pelo liberalismo, bem como, inaugurando a noção de um direito de valorização do homem e das instituições que lhe alçam à condição cidadã.

Recorrendo-se ainda à historiografia no retrospecto de construção dos direitos sociais, deita-se o estudo na identificação do surgimento do Estado Social, admitindo-se com Marques e Mendes²⁹ a existência de duas fases bem reconhecidas na formação desse sistema de proteção social.

²⁵ *Ibidem*, p. 71.

²⁶ *Ibidem*, p. 72.

²⁷ TELLES, Vera da Silva, *Direitos Sociais: afinal do que se trata?*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999

²⁸ PINHO, H. D. B. . A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos, *Jurispoiesis* (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 143-158, 2006.

²⁹ MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. Democracia, saúde pública e universalidade: o difícil caminhar. *Saude soc.*, São Paulo, v. 16, n. 3, Dec. 2007 . Disponível em:

Assumida definitivamente como um compromisso do Estado na formação de uma rede de proteção e preservação dos direitos responsáveis pela emancipação, bem como, pela segurança social do cidadão dentro de uma sociedade dominada pelas forças de produção capitalista, os direitos sociais tornaram-se universais.

A necessidade de se promover o desenvolvimento da sociedade conforme se dispunha de recursos necessários para financiamento os serviços públicos fez dos direitos sociais uma forma de libertação dos cidadãos do jugo da exploração liberal, em busca do verdadeiro exercício de sua autonomia e individualidade.

Nesse seguir a Constituição de um Estado Democrático não mais se apresenta como simples garantidor da ordem liberal de proteção do individualismo, nem mesmo como um escudo protetor das políticas assistencialistas ou de manutenção da estabilidade política criada pela e para as elites; antes disso, o texto constitucional se coloca como um norte e um dever a ser implementado dentro dos limites de um acordo político de interesse social maior do que a simples liberdade, tendo como guardião um Poder Judiciário municiado de instrumentos de implementação e aberto aos reclamos da população.

Ao brandir a espada da Justiça como guardião do direito que se pretende implementar, o Poder Judiciário assume o papel de bem conceber o direito à saúde numa vertente de liberdade positiva, onde os ideais a serem alcançados coincidem com os interesses democraticamente estabelecidos e não com as forças econômicas dominantes ou majorias ocasionais. Assim, somente diante do catálogo de valores previstos de forma consensual e solidária é que se pode combater eficientemente a sobreposição de interesses liberais sobre os sociais.

Desta feita, como a saúde num Estado Democrático de direito não é assistencialista puramente, nem liberal que se orienta pela logica individualista, é a perfeita interpretação da constituição que determina o alcance da norma contra abusos e tergiversações que ameaçam o seu grandioso projeto democratizante de universalizarem-se os direitos sobre toda a coletividade. Há, entretanto, um constante choque entre os interesses liberais com o projeto social ainda não atendido e que urge

em nosso Estado aplacar a servidão do direito apenas àqueles mais próximos do Poder.

Visto isso, a busca pela implementação desses direitos tem obrigatoriamente que passar pelo filtro da interpretação Constitucional, depuradas as visões distorcidas de um povo ainda forjado nas bases do liberalismo que se mistura ao ideal de Estado social ainda não atingido, onde as *liberdades negativas* e *liberdades positivas* ainda são entendidos como forças comuns e que caminham lado a lado.

4. A Judicialização da Saúde e o problema prático de interpretação

Diante da necessidade de implementação, a garantia de que os direitos fundamentais sociais deveriam ser atendidos impuseram a atenção do Estado para com o compromisso republicano de bem zelar pela distribuição dos recursos de forma a cumprir a promessa de universalização dos serviços públicos. Contudo, nem sempre essa promessa fora cumprida a contento, diante dos inúmeros entraves políticos e conjunturais que se entrecrocaram durante a formação do Estado de Direito contemporâneo.

Como bem aponta Antônio Rodrigues de Freitas Jr.³⁰, ainda que muitos argumentos contrários a universalização possam ser obra de uma ideologia neoconservadorista de raiz liberal que intenta aplacar o sucesso desse Estado Providência, a realidade empírica (de causa indeterminada) reforça a presença de constantes crises que intermitentemente se instalam no interior do modelo distributivo.

Em suas elucubrações que combatem o discurso dos libertários contrários ao Estado Social, Freitas Junior informa os diversos argumentos que confrontam a sua ideia, porém, ao fim, reconhece estarem amparados por provas empíricas de suas ocorrências³¹.

Assim, dentre outras formas de obstrução, admite que as demandas sociais atendidas apenas por critérios políticos ignora os limites impostos pelo crescimento

³⁰ FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de, **Os direitos sociais e a constituição de 1988: crise econômica e política do bem-estar**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

³¹ *Ibidem*.

econômico e causa o desequilíbrio orçamentário que, especula-se, traria consequências desastrosas para a economia³².

Tratando de analisar as formas de exploração do capital e o acordo de estabilização entre esse e o Estado para evitar-se uma crise política, Joachim Hirsch³³ critica esse modelo afirmando que o mesmo foi quem permitiu o livre funcionamento do mercado, afastando as “*lutas que colocam em questão a hegemonia da classe indispensável à sua estabilidade*”,.

Desta feita, em seu estudo Hirsch³⁴ explica que a relação de dependência entre o Estado e a produção material no sistema capitalista revela uma limitação quanto ao poder de apropriação de rendas, o que, por depender de impostos, tende a seguir a esteira dos lucros da produção e, assim, também fica sujeito às intempéries econômicas e flutuações nessas mesmas taxas de lucros.³⁵

Sem adentrar na análise do interesse Estatal na majoração da *mais-valia*, fica a conclusão de que “*resulta daí, além de uma grande impossibilidade de planificar a margem de recursos, uma massa de manobra quantitativa para as ações do Estado extremamente limitada com relação à soma do conjunto da mais-valia produzida*”³⁶.

Isso induz a crer que, independentemente das discussões acerca da imperfectibilidade do sistema atual, toda a política de implementação dos direitos sociais passa primeiramente pela necessidade de viabilizá-los economicamente, o que depende intrinsecamente da capacidade privada de produzir riqueza e, proporcionalmente a isso, da arrecadação de tributos provenientes da exação como fonte de custeio.

Assim, considerado que a organização orçamentária do Estado Constitucional Brasileiro frente aos compromissos sociais reconhecidos como direitos coletivos é de competência exclusiva do Poder Executivo, José Reinaldo de Lima Lopes³⁷ afirma ser

³² *Ibidem*.

³³ POLANTZAS, 1977, p. 104

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p.101.

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito, *in*: FARIA, José Eduardo, **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**, 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores.

fundamental a compreensão de que o orçamento impõe limites que apenas o planejamento pode superar.

Contudo, por ser a questão redistributiva que atinge a realidade imediata dos cidadãos esse planejamento tem seu ponto fulcral nas mazelas dos países de modernidade tardia ou, como quer Anabelle Silva, “*pós-modernidade sem modernidade*”³⁸. Em tais casos não chegou-se a implementarem as políticas públicas mínimas consignadas nas respectivas Cartas Políticas, transformando essa situação de falta de efetividade em exemplo prático do que se chamou Neves de “*constitucionalização simbólica*”³⁹.

Considerando-se então que a promessa política atinge seu objetivo no exato momento de sua implementação, ficam abertas as chagas de um Estado Constitucional pouco eficiente, o que Lênio Streck⁴⁰ bem denominou como o “*simulacro de modernidade*” numa sociedade que encontra-se privada das garantias fundamentais. Como afirma Marcelo Neves, em nossa sociedade “*as normas não conseguem conformar os fatos da vida*”⁴¹.

Resta, porém, evidente aquilo que Anabelle Silva aponta como uma falha desse projeto de modernidade, onde ainda são visíveis lesões graves às primeiras dimensões dos direitos fundamentais, “*não tendo sido os benefícios do Estado social experimentados pela massa de credores necessitados das políticas públicas intervencionistas, de promoção da igualdade e de redistribuição mínima dos produtos da vida em sociedade.*”⁴²

Conformados esses direitos sociais de segunda geração no texto fundamental, tais prerrogativas seriam suficientes para garantir aos cidadãos o acesso aos serviços coletivos e dariam sustento à dignidade humana, centro gravitacional do Estado Constitucional, porém, o *déficit* que se verifica conduz ao opróbrio do cidadão e aniquila as conquistas obtidas.

³⁸ SILVA, 2005.

³⁹ NEVES, Marcelo, *apud*, SILVA, 2005.

⁴⁰ STRECK, Lênio, **Constituição ou barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito**, texto encontrado no site: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf

⁴¹ NEVES, Marcelo, *apud*, SILVA, 2005, p. 39

⁴² *Ibidem*, p. 48.

Não obstante ser o resultado desses avanços legislativos, como já visto, a saúde como direito social revela sua face de garantia fundamental cuja implementação possui uma acepção de liberdade negativa, bem como de uma liberdade positiva em face do Estado; ou seja, um dever Constitucional o qual exige a iniciativa política tanto para sua proteção contra ataques quanto para sua implementação para promoção.

Nesse sentido, quanto ao caráter de liberdade positiva dos direitos fundamentais sociais Cláudia Maria Perlingeiro dos Santos afirma que esses são compreendidos como “*posições de vantagens juridicamente tuteladas tendo como contrapartida a imposição ao Estado do cumprimento de deveres e obrigações necessárias à criação e manutenção das citadas posições de vantagem.*”⁴³

Assim, consabidamente, a saúde é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, consagrado como Direito Fundamental em razão de sua natureza de direito existencial mínimo radicado na dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, inciso III da mesma Carta.

Com isso, revela o art. 196 o desejo de universalizar-se o acesso à saúde, fazendo incluir dentre os direitos sociais a plenitude de uma vida digna, repleta das condições necessárias à inclusão do sujeito dentro de uma sociedade “livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I da CRFB/88).

Muito se discute sobre a natureza desse direito social como poder ou relação estabelecida perante o Estado, tendendo-se a reconhecer na prática judiciária a imediatidade da sua aplicação conforme a leitura do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Ocorre, contudo, que pela inércia política constatada, construiu-se com apoio na própria constituição a “*doutrina da efetividade*”, o que muito colaborou para a implementação dos direitos fundamentais antes tratados como meros conteúdos programáticos pelo Estado. Com isso, seguindo o pensamento de Luis Roberto

⁴³ SANTOS, Cláudia Maria Macedo Perlingeiro dos, *Jurisdição e direitos fundamentais: controle da omissão do estado na concretização do direito à saúde*, **Jurispoiesis**, ano 10., nº10, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Programa de Pós-graduação em direito, 2007, p. 375.

Barroso⁴⁴, a ineficácia desses direitos seria intolerável e são suas palavras que revelam o compromisso: “*se esta na Constituição é para ser cumprido!*”⁴⁵. Impõe-se a partir daí a necessidade de consecução dos fins políticos do Estado, o que encontra a via judicial como melhor caminho

Diante disso, considerando-se que as promessas não cumpridas esbarram num discurso político-econômico de limitação e independência, Barroso⁴⁶ faz um diagnóstico sobre as causas principais da intervenção do Poder Judiciário na implementação dos direitos sociais, eliminando a ideia de que a limitação residiria na independência dos poderes constituídos.

Como primeira grande causa dessa *Judicialização*, aponta Barroso a *redemocratização do país* trazida pela Constituição Federal de 1988. A criação de instrumentos democráticos de acesso à justiça, a participação popular na política reavivaram a consciência dos direitos e albergaram aos cidadãos uma maior capacidade de reivindicar seus direitos de forma ativa, “*em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.*”⁴⁷

A *constitucionalização abrangente* é considerada a segunda causa da judicialização e caracteriza-se pelo seu potencial de “*transformar Políticas em Direito*”. “*Na medida em que uma questão (...) é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial*”.⁴⁸

Por fim, a terceira e última causa seria a presença de *instrumentos de controle de constitucionalidade* muito evoluídos, cujo modelo eclético combina o sistema norte americano de controle constitucional incidenta e difuso, bem como o modelo europeu de ação direta, que permite levar questões diretamente ao Supremo Tribunal

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, artigo extraído do site: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ BARROSO, **Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, artigo extraído do site: www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf

⁴⁷ *Ibidem*, p. 3

⁴⁸ *Ibidem*, p. 3

Federal. Somado a isso a inúmeras pessoas legitimadas para a propositura de ações diretas fortalece o poder de reivindicação das políticas públicas.

Para alguns como Ricardo Seibel de Freitas Lima, cuja visão contrasta-se com a crescente implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário essa Judicialização chega a extremos, posto que invade a competência dos demais Poderes e esvazia o poder de planejamento como um “*voluntarismo irracional*”⁴⁹.

Contudo, como bem aponta Boaventura de Souza Santos⁵⁰, de balde ser rica a discussão acerca da legitimidade ou ilegitimidade do Poder Judiciário para receber as demandas por direitos sociais, sabe-se que a urgência pela implementação imediata dos direitos fundamentais em países periféricos fez desses direitos assegurados pela via judicial. Tal fato não deixa de retratar uma tendência dos Tribunais em todo o mundo, porém, nos países em desenvolvimento que experimentaram períodos de ditadura como o Brasil, a lenta transição democrática impede a implementação espontânea das políticas públicas.

Em artigo sobre o assunto, Souza Santos expõe as dificuldades de se investir de plena independência um Poder Judiciário não totalmente livre da cultura política de outrora, muitas vezes limitado pelo conservadorismo de seus membros, dominado por concepções retrógradas de direito e sociedade “*hostil à justiça distributiva e tecnicamente despreparada para ela*”⁵¹.

Nesse liar, é com Lenio Streck⁵² que segue-se à conclusão do Souza Santos de que o direito encontra-se apto a dar as respostas a uma sociedade que clama pelas promessas da modernidade. Porém, constricto dentro de um modelo de interpretação de cariz positivista, o judiciário se vê as voltas com um confronto de modelos interpretativos que se aliam ao interesse de apropriar-se da melhor leitura do texto, sem, contudo, aportar sua conclusão na efetividade de uma ordem política que necessita apropriar-se de sua verdadeira essência hermenêutica.

⁴⁹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas Lima, *Direito à saúde e critérios de aplicação*, **Direito Público**, n. 12, abr-mai-jun/2006.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Souza, **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES. n. 65, 1995, artigo extraído do site: <http://hdl.handle.net/10316/10965>.

⁵¹ *Ibidem*, p. 33.

⁵² STRECK, Lênio, *Os vinte anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico*, in: **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, ano 3, n. 4, jan. jun – 2008.

Como aponta Lenio Streck não se pode omitir ao constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX; “*daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nessa quadra de história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos*”⁵³.

É também pela visão de Lenio Streck que Gustavo Amaral apresenta sua posição acerca da hermenêutica constitucional na implementação dos direitos fundamentais sociais, apontando o texto fundamental como uma ferramenta à disposição do intérprete que a aplica.

Assim, sendo a saúde um bem fundamental que carece de guarida do intérprete contra violações de toda ordem, a tarefa de zelar por sua proteção passa pela judicialização dessa política pública, o que se faz invariavelmente pela via individual e que, por ser isolada suscita inúmeras discussões. Amparados pela Constituição que prevê a imediata implementação dos direitos sociais, fica compreendida a idéia de que enquanto forem tratados como bens necessários à manutenção da dignidade esses serão abarcados e, como bem aponta Ingo Sarlet, serão uma espécie de “*direito subjetivo definitivo à prestação*”.⁵⁴

Assim, aprofundando mais essa reflexão na caracterização dos direitos sociais fundamentais, é com Ingo Sarlet⁵⁵ que se apresenta o conceito de mínimo existencial como um núcleo assente contra intervenções de qualquer poder, reforçando a essencialidade dos direitos dessa natureza.

Segundo Ingo Sarlet, as premissas desse princípio impõe mais do que simples garantias de sobrevivência, ampliando-se para além dessa visão restrita para conferir meios de desenvolvimento que assegurem “*ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social*”⁵⁶.

Não obstante a delimitação do alcance da aplicação dos direitos fundamentais seja de difícil definição, entende Rogério Bento que será diante da situação prática que se definirá se os direitos pleiteados compreendem a parcela do mínimo existencial

⁵³ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁴ SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324.

⁵⁵ SARLET, 2008.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

ou se “*estão fora da linha demarcatória daquilo que se pode considerar indispensável para uma existência digna*”.⁵⁷

Diante disso, mesmo constatando-se que a feição paradigmática do mínimo existencial seja amplamente difundida, a certeza de que os direitos sociais ultrapassam esse piso tornam essa especulação desprovida de sentido, especialmente quando a saúde vem ao socorro de uma resposta jurídica que lhe sustente. Fica assim evidente que o conteúdo fundamental do direito à saúde insculpido dentro de uma lógica de solidariedade social marca uma tendência mais abrangente assumida pela nossa Carta Constitucional, a qual prevê dentre as políticas sociais a “*promoção, proteção e recuperação*” da saúde.

Resta indefinido, contudo, a exata linha divisória do conceito de mínimo existencial, frente à miríade de formas conceituais e variegada profusão de acepções quando se está imerso em uma sociedade formatada numa raiz multicultural e amplamente globalizada. Enquanto as palavras arregimentam em torno de si uma infinidade de definições que se intercambiam no largo espaço da linguagem, a definição das margens demarcatórias de um conceito tão amplamente empregado sempre serão difíceis de se encontrar.

Assim, dúvidas sobre quais as prestações compreendidas dentro desse limite sempre são o mote de discussões que se estabelecerão pelas inúmeras vias interpretativas, atuando a subjetividade como um ingrediente que desarticula as mais rígidas visões.

Nesse ponto, cabe consignar também que ao longo dos tempos o compromisso político variou conforme evoluíram as expectativas da sociedade, fazendo incidir sobre o Estado em cada momento uma demanda social específica qual antes não havia. Diante disso, os anseios de uma justiça distributiva ideal estará sempre em vias de provocar uma crise, transformando-se essa entropia numa oportunidade de auto-renovação que aperfeiçoa todo o sistema social.

No entanto, para que a saúde não se torne a panaceia que conduz constantemente a crer-se que esse direito fundamental social sempre estaria à margem

⁵⁷ NASCIMENTO, Rogério Bento do, *A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde*, **Jurispoiesis**, ano 11, nº 11, jan-dez 2008, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Programa de Pós-graduação em direito, 2008, p. 314.

da política e da justiça, imperioso se faz estabelecer um método rigoroso fundada numa compreensão hermenêutica para se obter um conceito apofântico concreto acerca do que seria a saúde, cuja previsão encontra-se tratada como direito fundamental atrelado à dignidade humana dentro do texto constitucional.

Assim, diante de um texto constitucional que pretende universalizar o atendimento às demandas de saúde, atendendo a todos aqueles que se acham necessitados de curarem-se das doenças ou promoverem uma melhora de seu bem-estar, resta evidente conhecer a real extensão desse conceito conforme o método hermenêutico apropriado para concretizar-se as promessas latentes do Estado Social de Direito.

Considerando que noção de saúde perpassa a ideia de equilíbrio e bem-estar de um sujeito dotado de força postulante e armado com instrumentos jurídicos que lhe permitem alcançar seus interesses particulares, resta divisar qual a dimensão de um direito que pretende reatar o homem com sua perspectiva de saúde e em conformidade com a ideia de bem-estar, diante dos inúmeros recursos tecnológicos e científicos que lhe servem de álibis nessa busca.

Como expõe José Ricardo Ayres⁵⁸, o projeto de felicidade humana pelo qual perpassa a saúde encontra suas raízes na ontologia, numa existência condizente com o objetivo de vida gestado no interior de um ser cultural, cujas raízes autênticas estão fixadas na tradição. Visto isso, questiona-se se estaria apta a ciência médica ou qualquer outra ciência, como a jurídica, para dizer sozinha o que seria o bem-estar e saúde do homem ou oferecer isoladamente todos os recursos necessários para atingir o êxito em seu projeto?

Antes de qualquer resposta há de se compreender que existe um nível hermenêutico de compreensão da saúde que supera a superficialidade de um diagnóstico técnico científico ou que atribua ao sujeito a pecha de doente pelo simples fato de estar em desequilíbrio com o meio. Considerando-se que o sujeito hoje encontra-se fustigado pelas diversas pressões sociais e ideologias de saúde, bem como, sujeitos a uma medicina que legitima sua autoridade nas raias de uma

⁵⁸ AYRES, José Ricardo C. M. , *Uma concepção hermenêutica de saúde*, **PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1):43-62-2007.

sociedade pautada pela produção e pelo consumo, torna-se urgente compreender o sentido da saúde conforme a integralidade do ser prevista no texto constitucional.

Portanto, não prescinde o intérprete de uma igual visão hermenêutica do texto que dê sentido a esse direito social, o que induz a concluir que são as condições objetivas que confluem para a sensação de dignidade e coexistência similar aos demais sujeitos que compartilham do mesmo ambiente social.

Não obstante a relação entre o intérprete do sujeito e o intérprete da lei contribua para conhecer melhor o sujeito e compreender suas necessidades existenciais e essenciais, é no momento em que o intérprete da lei depara-se com o caso concreto que os universos se fundem, possibilitando a perfeita compreensão da situação que se revela na profundidade do conceito de saúde.

Assim, quando a visão do intérprete encontrar-se habituada a perscrutar as idiossincrasias e particularidades do sujeito que propõe a questão e, no momento em que essas conformarem-se ao texto constitucional, a tarefa interpretativa que a si cumpre atingirá efetividade e evidenciará a resposta correta.

Assim, quando diante de uma demanda de saúde não pode o Poder Judiciário tratar as normas constitucionais como meros direitos positivos a serem reconhecidos como ordens imponderáveis, nem tratar os pleitos do sujeito como simples reclamos de usuários mal servidos pelo sistema público de saúde. Expurgando toda a superficialidade inata do homem moderno, deve-se vislumbrar em cada caso a oportunidade emancipatória de um sujeito que busca do Estado a proteção *integral* de seu direito social fundamental de saúde que consta registrado na Constituição Federal.

Dessa arte, como norma superior a Constituição representa um instrumento “*promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito*”⁵⁹ e a interpretação é o reflexo de um judiciário consciente desse papel transformador e emancipador, porém sem expor a sociedade à perfídia de um engodo “*liberal-individualista-normativista ainda preso à cultura positivista*”.

Sendo assim, é preciso que o Judiciário se debruce sobre o caso para ver além das aparências superficiais. Como um Poder que avaliza o direito no momento em que

⁵⁹ *Ibidem.*

o efetiva, a atenção daquele que aplica a lei deve impedir que uma intelecção equivocada atenda mais aos interesses espúrios do que à própria essência social do direito fundamental à saúde.

Considerando que os riscos da medicalização fragilizam o cidadão contemporâneo submetendo ao controle das autoridades, bem como às pressões econômicas e à normalização de uma sociedade que perdeu a noção de individualidade e as referências tradicionais em prol do liberalismo de outrora, fica a cargo daqueles que interpretam a lei aplicá-las para dar o contorno correto em vista do atual projeto político.

Portanto resta encontrar o equilíbrio na lei que se dá somente pela melhor compreensão do sentido do texto, ou seja, uma interpretação que resume-se num exercício hermenêutico que compreenda a essência do texto, sem necessidade de elucubrações e interpretações arrevesadas que atentem contra sua estrutura lógica e a historicidade presente em sua fonte principal, a Constituição.

5. Conclusão

O trabalho adentrou no entendimento acerca do legado deixado pela era moderna, empreendendo-se numa busca pelas causas que levaram o homem a condição de objeto na sociedade contemporânea. Assim, após delimitadas tais razões, partiu-se em busca das causas desse estado de objetificação, o qual provocou a desconstituição da essência integral do ser e retirou desse homem o poder de reconhecer-se como saudável perante uma sociedade pautada por padrões de saúde impostos pelas autoridades dotadas de poder para tanto.

Caminhando nesse sentido, tentou-se relacionar essas causas ao atual estágio de desenvolvimento da ciência médica, a qual restringiu os limites da salubridade aos estreitos padrões da normalidade, sugerindo uma situação de constante patologia dos cidadãos e oferecendo a “medicalização” como salvação para essa situação.

Nesse liar, pretendeu-se também evidenciar os reflexos dessa “patologização” que hoje exsurge como uma constante ameaça à universalização da saúde no Estado brasileiro, principalmente quando vislumbrado o crescente aumento das demandas

judiciais em busca de resultados médicos que eliminem essa inúmeras patologias (medicalização).

Nesse sentido, verifica-se que o tema hermenêutica filosófica figura como o pano de fundo da presente dissertação, encontrando-se aparente na primeira parte desse trabalho que trata do tema “medicalização”, através da discussão sobre a necessidade do homem ligar-se à sua essência ontológica tradicional de ser integral, assim como, na segunda parte, pela proposta de se fundar uma interpretação constitucional que supere o positivismo das interpretações atuais e compreenda o texto também na integralidade e profundidade hermenêutica.

A partir dessas premissas iniciais, procurou-se evidenciar o quanto a ciência e a técnica alcançaram o atual status na sociedade por meio da contestação das bases tradicionais do saber, expungindo o que não se adequava ao seu método próprio e, ao fim, sagrando-se vitoriosa pela deposição dos conhecimentos ditos vulgares..

Como resultado disso, têm-se um homem que não mais reconhece seu papel essencial na sociedade e dependente da técnica como única instância de poder capaz de dizer a verdade acerca do mundo. Assim, viu-se invadir aos poucos todos os setores da vida, para introduzirem-se neles os aparatos tecnológicos que não mais atendem ao homem, mas se fazem úteis para manter esse eterno movimento de *composição*.

Na tentativa de aproximar-se essas ideias daquelas que forjaram as bases sociedade moderna, procurou-se demonstrar que o homem, carente de fundamentos racionais para expurgar seus temores, almejou desde os primórdios livrar-se da condição natural de um ser finito, utilizando-se desse conhecimentos científicos e tecnológicos como principais aliados na batalha pela negação da morte e das doenças.

Contudo, da mesma forma como a ciência logrou legitimar-se como única instância competente para dizer a verdade, sua consequência objetificante também provocaram um rompimento do homem com sua essência natural, resultando assim no que Hans Jonas bem identificou como a dualidade de um ser dividido entre uma existência exterior/corporal (material) e outra interior (espiritual).

Entronizada como poder e alçada ao patamar de verdade a ciência adentrou nos domínios da vida para transformar em objetos todos os elementos sujeitos ao seu

escrutínio, o que incluiu seu corpo considerado em sua perspectiva interior e visualizável.

Fica assim evidente o resultado da combinação entre o poder científico para ditar a verdade e da predisposição pública para aceitá-las como certeza ideológica, produzindo-se uma sociedade pautada por padrões de saúde consubstanciados em regras de normalidade, contudo, não necessariamente individualizadas ao cidadão, mas sim, formatadas por um conceitos gerais pouco particulares.

Não obstante a estreiteza dos padrões conformados aos padrões de saúde idealizados pela ciência, por outro lado, os cidadãos destituídos de poder para saberem sobre a própria saúde passam nortearem-se por essas normas gerais, reduzindo sua busca por saúde ao mero cumprimento de regras gerais, abandonando-se sua ligação com sua essência individual.

Assim, procurou-se demonstrar que, da mesma forma como a ciência contribui para difundir uma cultura de saúde com base da aplicação prática de seus conhecimentos técnicos, essa também acaba por fomentar a formação de ideologias que incorporam o ideário coletivo transformando o sujeito em um refém de padrões de saúde inalcançáveis e que provocam em si a constante sensação de constante adoecimento.

Reconhecida a existência de uma Constituição que não alcançou atingir sua pretensão social e que, clama pela implementação dos direitos sociais de forma a cumprir as promessas textuais de seu programa, resta da efetividade às normas fundamentais, protegendo-se o núcleo pétreo da dignidade humana.

Demonstrada a imediatidade na implementação dos direitos fundamentais sociais para que o acesso universal às prestações de saúde seja eficiente, verificou-se necessária a intervenção judicial para suprir as carências que afetam esse núcleo fundamental de direitos da dignidade, reconhecendo-se um mínimo assente contra omissões.

Nessa linha, uma vez garantida ao cidadão o direito à saúde conforme previsto na Constituição Federal, valiosa se faz uma abordagem que reconheça o valor desses direitos, porém, que respeite os limites de implementação fundados numa resposta social aos ataques do liberalismo.

Desta feita, consignados que as ideologias medicalizantes gestadas no interior de um sistema capitalista provocam a objetificação do sujeito e o transforma em um instrumento de produção e consumo, vem a hermenêutica filosófica proteger a sociedade da invasão rasteira dessa ideologia de cariz liberal e que pode afetar todo o projeto social da constituição.

Assim identificados os riscos que a “medicalização” oferece pelo viés liberal de sua marcha, tentou-se demonstrar o quanto as ideologias de saúde podem ser usadas como subterfúgio das forças econômicas para fazer imperar seus interesses de objetificação do sujeito, utilizando-se da via Judicial como álibi nesse empreendimento.

Diante disso e, seguindo-se a linha adotada desde o início do trabalho, propôs-se a hermenêutica filosófica como uma forma de reatar o sujeito com suas origens ontológicas e tradicionais, assim como, um método seguro de interpretação para se proteger o homem da discricionariedade do intérprete que, assim como os cidadãos encontra-se sujeito à contaminar-se por essas forças ingentes.

Não obstante a saúde permanecer como direito fundamental inalienável do sujeito, apresenta-se a face oculta de uma ideologia que funda-se na necessidade de manterem-se vivas as forças de produção e de consumo, cuja função liga-se mais aos interesses das autoridades do que à procura pelo atendimento de uma necessidade essencial do sujeito contemporâneo.

6. Referências bibliográficas

AYRES, José Ricardo C. M. , *Uma concepção hermenêutica de saúde*, **PHYSIS: Ver. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1):43-62-2007

BARROSO, Luís Roberto, **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, artigo extraído do site: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, artigo extraído do site: www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig, Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as constituições alemã,

norte-americana e brasileira, **Revista do Direito: Revista do programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado**, Santa Cruz do Sul: Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul-EDUNISC, nº28, jul/dez 2007.

CAPONI, S. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, IV (2): 287-307, jul./out. 1997, p. 300.

DÂMASO, R. Saúde e Autonomia: Para uma política da vida. In: FLEURY, S. (org.). **Saúde: Coletiva?** Questionando a onipotência do social. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 222.

DWORKIN, Ronald W. **Felicidade artificial. O lado negro da nova classe feliz**. Trad. de Paulo Anthero S. Barbosa. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2007, p. 9-25.

FOUCAULT, M. La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina. **Educación médica y salud (OPAS)**, 10(2): 152-170, 1976, p. 158.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de, **Os direitos sociais e a constituição de 1988: crise econômica e política do bem-estar**, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

JONAS, H. Técnica e Responsabilidade: Reflexões sobre as novas tarefas da Ética. In: **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Veja, 1994. p. 53.

ILLICH, Ivan, **A expropriação da saúde: nêmesis da medicina**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1975, p.190/191.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas Lima, *Direito à saúde e critérios de aplicação*, **Direito Público**, n. 12, abr-mai-jun/2006.

LOPES, Noémia, **Medicamentos e percepções sociais do risco**, Actas do Congresso Português de Sociologia – Sociedades Contemporâneas – Reflexividade e acção, Braga, Portugal: Universidade do Minho, 2004)

LOPES, José Reinaldo de Lima, Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito, in: FARIA, José Eduardo, **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**, 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. Democracia, saúde pública e universalidade: o difícil caminhar. **Saude soc.**, São Paulo, v. 16, n. 3, Dec. 2007 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902007000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30 Dec. 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902007000300005>

MENDES, Gilmar Ferreira, *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*, **Revista Eletrônica de Direitos do Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, julho/agosto/setembro de 2010,

encontrado em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR MENDES.pdf>

NASCIMENTO, Rogério Bento do, *A efetivação do direito fundamental de acesso à saúde*, **Jurispoiesis**, ano 11, nº 11, jan-dez 2008, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Programa de Pós-graduação em direito, 2008, p. 314.

PINHO, H. D. B. . A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos, **Jurispoiesis** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 143-158, 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Macedo Perlinger dos, *Jurisdição e direitos fundamentais: controle da omissão do estado na concretização do direito à saúde*, **Jurispoiesis**, ano 10., nº10, Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Programa de Pós-graduação em direito, 2007, p. 375.

SANTOS, Boaventura de Souza, **Os tribunais nas sociedade contemporâneas**, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Oficina do CES. n. 65, 1995, artigo extraído do site: <http://hd1.handle.net/10316/10965>.

SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 324.

SIMÕES, Carlos, **Curso de direito do serviço social**, 3ªed., São Paulo: Cortez, 2009.

STRECK, Lênio, *Os vinte anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico*, in: **Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, ano 3, n. 4, jan. jun – 2008.

STRECK, Lênio, **Constituição ou barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito**, texto encontrado no site: www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf

SWAAN, A. **The management of normality: critical essays in health and welfare**. London:Routledge, 1990.

TELLES, Vera da Silva, **Direitos Sociais: afinal do que se trata?**, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999

UNSCHULD, P.U. Culture and Pharmaceutics: some epistemological observations of pharmacological systems in Ancient Europe and Medieval China. In: GEEST.;WHYTE (eds.). **The context of medicines in developing countries**. Studies in pharmaceutical anthropology. Dordrecht: Kluwer, 1988. p. 179-197