A *TEMPORALIZAÇÃO* DO DIREITO À SAÚDE: ENTRE O RISCO DA GLOBALIZAÇÃO DA DOENÇA E O DIREITO COMO MECANISMO DE SEGURANÇA[1]

THE *TEMPORALIZATION* OF THE RIGHT TO HEALTH: BETWEEN THE RISK OF THE GLOBALIZATION OF THE DISEASE AND THE RIGHT AS A SECURITY MECHANISM

CARLA LILIANE WALDOW ESQUIVEL[2]
CANDIDA JOELMA LEOPOLDINO[3]

"A riqueza não garante o saber que, por sua vez,
não garante o poder que, por sua vez,
não garante a saúde." Raffaele De Giorgi

Resumo: As preocupações com a saúde não são recentes, embora as primeiras estivessem relacionadas, tão somente, ao *risco* da morte e as medidas de *segurança* ligadas aos costumes ou a procedimentos mágicos ou religiosos. Outrossim, as preocupações vão sendo modificadas assim como o risco e a segurança para contê-las, de modo que transformam-se e aprofundam-se como risco econômico e, ao depois, como risco global. E, sob essa perspectiva passam também a ser globais as previsões relacionadas à segurança. Há, na modernidade, o incremento do risco-segurança. Nesse contexto surgem os primeiros direitos fundamentais igualmente impregnados por propósitos convenientes e influenciados pelo entorno, entre os quais o *direito à saúde* que passa a ocupar, no momento posterior, o rol dos direitos fundamentais-sociais das Cartas Constitucionais da maioria dos países, como a da Brasil. Não obstante a previsão como direito público subjetivo e de caráter prestacional, a realidade tem demonstrado a inexistência do direito e a exclusão. No entanto, se o direito se desenvolve nessa *temporalização*, não deve refutar a experiência, mas deve-se reescrevê-lo continuamente, considerando a efetiva proteção contra o *risco da exclusão*.

Palavras-chave: doença – risco – saúde – segurança – sistema legal - direito à saúde.

Abstract: The concerns about health are not new, though the first concerns were related solely to the risk of death and safety measures related to customs or magical and religious procedures. The worries are being modified as well as the risk and security to contain them, so that they become and deepen as economic risk and later, as global risk. And, from this perspective, there are also global forecasts related to security. There is, in the modernity, the increase of risk- security. In this context there were the first fundamental rights also impregnated for convenient and influenced purposes by the environment, including the right to health that comes to occupy, later, in the list of the Constitutional fundamental rights in most countries, such as of Brazil. Despite the

---

[1]Artigo apresentado para o XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE.

[2]Docente no curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE; Doutoranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Membro do Núcleo de Estudos Criminais - NEC na UFPR.

[3] Docente no curso de Direito do Instituto Federal do Paraná IFPR- Campus Palmas; Doutoranda em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Membro do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania - NDCC na UFPR

forecast as public right, reality has shown the Law absence and exclusion. However, if the law is developed in this "temporalization", the experience shouldn´t be refuted, but should rewrite law continuously, considering the effective protection against the risk of exclusion.

Keywords: disease - risk - health - safety - the legal system - the right to health.

INTRODUÇÃO

Pretende-se, através do presente trabalho, investigar a *temporalização*[4], ou seja, a *sequencialização* de acontecimento que ocorrem no ambiente da formação do *direito à saúde*, o seu *devir* histórico. Para tanto, é preciso fazer um resgate dos antecedentes da chamada *globalização da doença* e o surgimento das primeiras medidas de contenção, não enfrentadas pelo sistema legal, mas por outros subsistemas. É preciso, ainda, retroceder às primeiras concepções em torno da própria definição de saúde e as *preocupações* sanitárias, ultrapassando as mudanças de significado que foram alcançadas como resultado da conexão desse sistema com o ambiente. Finalmente, é preciso localizar um direito ou *pseudo-direito* à saúde no âmbito da modernidade-atualidade, especialmente caracterizada pelo incremento do *risco*.

Nesse sentido o *risco* pode ser definido como um tipo de ameaça, a possibilidade de um evento danoso imputado a uma decisão ou à consequência de uma *decisão* que poderia tê-lo impedido. Esse risco perturba a realidade e sua ordem e, dessa maneira, impõe mecanismos para o seu *controle*. A *segurança*, por sua vez, está representada por medidas destinadas a evitar ou minimizar o risco, mas não é mais um conceito oposto ao conceito de risco, posto que evitar o risco é por sua vez arriscado e não há segurança que esteja livre de risco.[5]

De acordo com Raffaele De Giorgi, o risco estabelece diferenças entre o passado e o futuro, que seriam superadas pela capacidade racional de representar o

---

[4] Optou-se pelo termo *temporalização* e sua definição, imediatamente relacionados à ideia de temporalidade (a dimensão temporal do antes e depois) e de tempo como elemento constitutivo da sociedade, explicitado na aula do dia 23 mai. 2013, na Escola de Altos Estudos ministrada pelo Prof. Dr. Raffaele De Giorgi.

[5] Essa definição de *risco* pode ser observada em GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, Mar./Jun. 2008, p. 39-40. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RiscoSociedadeG.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013; e GIORGI, Raffaele De. O direito na sociedade do risco. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 1, n. 5, 2005, p. 388-389. Disponível em: < http://www.faculdadechristus.com.br/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=36:revista-opiniao-juridica-nd-5&catid=3:revista-opiniao-juridica>. Acesso em: 16 ago. 2013. No mesmo sentido, conferir GIORGI, Raffaele De. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 218 e ss.

futuro e agir casualmente para a sua realização. Esse comportamento inevitavelmente modifica esse curso, entre o que foi e o que deverá ser sob o paradigma do risco. Segundo o autor em referência, o risco deve ser controlado pelas infinitas medidas de segurança que geram, tão somente, estabilidades artificiais.[6] Em outras palavras, nessa sociedade moderna além de colocar-se vínculos com o futuro, busca-se tê-los sob *controle* através de instrumentos como o direito que se tornaram insuficientes "[...] na medida em que o espaço do futuro se restringiu."[7] Assim, não apenas o risco, mas o próprio direito encontra-se vinculado ao tempo, representando uma forma de controle do futuro, utilizado como proteção contra o risco.

É através da observação do *devir* histórico da globalização da doença e do direito à saúde que se torna possível verificar a inevitável conexão destas à ideia de risco e de instabilidade dos mecanismos de segurança e a nítida distinção entre o passado e o futuro, entre o que foi e o que deverá ser no campo da saúde e do seu acesso.

Como marco teórico para investigação da temporalização do direito à saúde sob o paradigma sistemático, ter-se-á Raffaele De Giorgi e sua particular concepção de risco. Ter-se-á, ademais, inevitavelmente a figura de Niklas Luhmann e sua descrição do sistema social autopoiético, auto-referente e auto-organizativo.[8] O tema proposto – a temporalização do direito à saúde, risco e segurança – inegavelmente encontra-se penetrado pelas terias propostas por esses autores, particularmente a Teoria Sistemática, nascida da observação, construindo-se e reconstruindo-se.

A saúde faz parte do sistema social, nas palavras de Germano Schwartz, um *sistema* dentro de um sistema maior com o qual interage. É através desse intercâmbio com o mundo exterior que lhe confere estabilidade. "O interior do sistema-saúde é regulado por uma dinâmica própria (homeastase), que consiste basicamente em uma decisão (com graus de *risco*) que conduz a uma ação relativa à saúde". E como sistema, está relacionada com os demais sistemas sociais, *comunicando-se* com estes. Como sistema *aberto*, influencia e é influenciado pelo ambiente, ao mesmo tempo em que opera de forma *fechada*, conservando sua unidade interna. É em razão dessa abertura para o mundo que o *risco* será uma constância na seara sanitária. A saúde caracteriza-se

---

[6] Idem. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 40. Do mesmo autor, O direito na sociedade de risco, op. cit., p. 389.
[7] Idem. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro, op. cit., p. 389.
[8] DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação:* crítica à ideologia da exclusão. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995, p. 256.

como um processo dinâmico e, portanto, sistêmico. Sendo assim considerada, é "uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade".[9]

De sua vez a concepção saúde está vinculada a outros importantes conceitos como a própria vida e sua qualidade, dignidade humana, igualdade e outros direitos fundamentais. E nesse sentido, de busca pela qualidade de vida, assume uma posição auto-reflexiva, ou seja, é a saúde relacionada a si mesma e com a vida, e não no sentido apenas de cura e prevenção de enfermidades, mas com o aspecto de saúde integral (física, mental e social). Essa qualidade de vida, como parte da saúde, pode também ser vista como um processo sistêmico de modo que uma variedade de direitos compõe, interage, influi e modifica a qualidade de vida, entre os quais os direitos afins ao direito à saúde.[10]

Portanto, e à vista de uma concepção sistemática, não é possível conceber a saúde de forma estática, pois, como resultado de sua comunicação com outros sistemas sociais e sua interação com o ambiente, está sempre em mutação. E sendo a saúde sistêmica, sua proteção jurídica dar-se-á no âmbito sistêmico do direito, ou seja, a partir das decisões legais emanadas dos órgãos do sistema sanitário. Um direito mais sofisticado e mais adaptado à complexidade contemporânea (redutor das complexidades), mas que é instável na medida em que se sabe que o futuro sempre será inevitavelmente diferente. Tais decisões contém, intrinsecamente, um *risco* resultante da diferenciação e da comunicação entre o sistema de saúde e os demais sistemas sociais. Esse mesmo risco, consoante já se falou acima, vem a ter um vínculo com o futuro na medida em que todas as decisões que são tomadas podem gerar um dano futuro.[11]

Para proceder a investigação do direito à saúde sob a perspectiva acima delineada, recorrer-se-á a um método de abordagem dialético, pelo qual, a partir de um diálogo entre afirmações e oposições, se infere uma síntese. Para tanto, será analisada a doutrina relacionada ao tema à luz do marco teórico proposto, a fim de direcionar as futuras conclusões.

---

[9] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37-39.
[10] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 40.
[11] Idem, ibidem, p. 202-203. Nesse sentido, do mesmo autor, conferir: Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. Revista de Direito Sanitário, v. 2, n. 1, p. 27-38, Mar. 2001. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13085>. Acesso em: 20 de ago. 2013.

1 ENTRE O *RISCO* DA GLOBALIZAÇÃO DA DOENÇA E O DIREITO COMO MECANISMO DE *SEGURANÇA*: PRINCIPAIS DESENVOLVIMENTOS EM TORNO DA CONSTITUIÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Fazendo-se uma digressão histórica, verifica-se que, num primeiro estágio da civilização, a saúde restringia-se a medidas higiênicas e a práticas instintivas, provavelmente elaboradas a partir da observação do comportamento dos outros animais, como refugiar-se das intempéries naturais, lavar as feridas ou alimentar-se de determinadas ervas. E era o nomadismo primitivo responsável por disseminar as doenças e os comportamentos relacionados às mesmas. Assim, o conhecimento a respeito da saúde e da doença levava em consideração a necessidade de preservar a própria vida.[12] O tratamento dos males externos (*v.g*. fraturas e ferimentos) causados à saúde do homem primitivo assentava-se, desse modo, em uma medicina empírica, com métodos baseados em acertos e erros. No entanto, as doenças internas, ou seja, aquelas que não permitiam uma explicação eram inevitavelmente relacionadas ao sobrenatural. Nesse cenário, as doenças eram submetidas ao *curador* de doenças que reunia as funções de feiticeiro, cirurgião, botânico, médico e enfermeiro e o sucesso ou fracasso das intervenções dependiam da aceitação, pelas divindades, dos rituais e oferendas para afastar os maus espíritos. Desse modo, as práticas de saúde eram também religiosas.

O *risco*, nesse tempo, referia-se ao medo da morte causado pelas doenças e a busca de *segurança* estava relacionado a práticas instintivas e costumeiras, além de alcançar procedimentos mágicos e religiosos. Portanto, não havia um *saber* propriamente dito no tocante à saúde-doença, mas particularmente um *não-saber* que aos poucos deu lugar ao saber.

Desse modo, não obstante as relações mitológicas entre doenças e divindades tenham invadido a Grécia por influências orientais, a ideia de cura ligada à magia foi rompida pelos gregos durante os séculos V e IV a.C. nas primeiras tentativas de criar uma teoria científica a respeito a origem das doenças. Nesse sentido, os médicos gregos, também filósofos naturais, cunharam a primeira definição de saúde (*Mens sana em corpore sano)* e atribuíam aos elementos *saúde* e *doença* a ideia de harmonia ou

---

[12] REZENDE, Ana Lúcia Magela de. *Saúde:* dialética do pensar e do fazer. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1989, p. 14-15.

desarmonia entre o homem e a natureza.[13] Os romanos, por sua vez, conquistaram o mundo mediterrâneo, mas assumiram o legado da cultura grega, aceitando também a medicina e as ideias sanitárias helênicas. E os médicos gregos migraram para Roma a partir do século III a.C., mas durante a República e no início do Império, o conhecimento da medicina era elitizada, beneficiando apenas os mais abastados, enquanto para os demais restava a medicina popular e os deuses.[14]

Nesse desenrolar histórico, a Idade Média representa um retrocesso em termos de práticas de saúde. Assim, especialmente com o feudalismo (séc. IV a XVIII) as ações de saúde eram predominantemente práticas caseiras ou populares. E a igreja teve grande participação nesse retrocesso, retomando o aspecto sobrenatural relacionado à saúde-doença, desenvolvendo crenças em amuletos, águas-bentas, santos-óleos, esconjurações e exorcismos. No entanto, com o Renascimento alteram-se significativamente muitos dos conceitos em termos de saúde, especialmente pelo conhecimento científico almejado pelas classes, sendo os tratamentos fundados em práticas *sobrenaturais* considerados insuficientes para a cura das doenças. Assim, nesse *devir*, assiste-se ao ressurgimento da medicina leiga (século XIII) e ao aparecimento dos primeiros hospícios e asilos para separar os doentes do restante da sociedade (século XIV). Curiosa e paradoxalmente a Igreja é responsável por ressuscitar a medicina grega e com isso o caráter científico da saúde, criando condições para o nascimento da moderna saúde pública.[15] Verifica-se, nesse desenvolvimento histórico, que o *risco* transforma-se, assim como também se transformam as chamadas medidas de *segurança*. Nesse

---

[13] Para Ana Lúcia Magela de Rezende Hipócrates foi o divisor de águas entre os conceitos. Curar é proporcionar condições para refazer o equilíbrio. O *Corpus Hipocraticum* inaugura a era científica dos conhecimentos de saúde. Suas concepções cruzaram os séculos inaugurando o caráter epidemiológico do problema saúde-enfermidade (Ibidem, p. 44-45).

[14] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 28-29. Nesse sentido, DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988, p. 329. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000400008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso: 10 ago. 2013; OLIVEIRA, Euclides Benedito. Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov. 2001, p. 38; ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 34-47; RODRIGAÑEZ, Maria Paz Arenas. *Protección penal de la salud publica y fraudes alimentarios.* Madrid: Edersa, 1992. p. 97; RIPOLLES, Antonio Quintano. *Tratado de la parte* especial *del derecho penal*: tomo IV: infracciones contra la comunidad social. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 255-257; CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e sistema de saúde: fundamentos históricos e conceituais para uma discussão sobre o acompanhamento de direitos na prestação de serviços. In: ARANHA, Márcio Iorio (Coord). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde. Programa Apoio ao Fortalecimento do Controle Social no SUS.* Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 112; PAIS, Antonio Doval. *Delitos de fraude alimentario:* análisis de sus elementos esenciales. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996, p. 37-39; REZENDE, Ana Lúcia Magela de, op. cit., p. 15-33.

[15] REZENDE, Ana Lúcia Magela de, op. cit., p. 51-61; SCHWARTZ, Germano, op. cit., p. 31-32.

sentido, o não-saber do risco se transforma em saber que se transforma em não-saber e saber, numa relação paradoxal e circular, consoante ensina Raffaele De Giorgi.[16]

Foi também no Medievo (séc. XIV), que se criou a crença de que nas praças das principais cidades europeias, onde aconteciam atividades comerciais, políticas e religiosas, poderosos focos de doenças poderiam surgir, sobretudo se fossem comercializados alimentos adulterados ou deteriorados. Foi por essa razão que as autoridades municipais criaram medidas sanitárias, como a limpeza dos locais após a comercialização e sanções àqueles que transgredissem a lei. Mais importante que os fatos relatados acima foi o aparecimento de inúmeras epidemias no período medieval e que se espalharam pela Europa como a lepra que se transformou num sério problema social e sanitário em razão dos grandes deslocamentos de populações resultantes das Cruzadas pois, ao retornar ao Oriente, os cruzados a trouxeram. Para o controle desta e de outras enfermidades foram criadas ações em saúde pública, destacando-se o isolamento de pessoas vítimas de doenças contagiosas. E como os médicos não tinham muito a oferecer, a Igreja assumiu o controle isolando os impuros e submetendo-os a ritos de purificação. Outra importante epidemia desse período foi a peste negra, acreditando-se que era introduzida através dos artigos trazidos em navios, razão pela qual segregavam-se as embarcações, mercadorias e pessoas suspeitas.[17,18]

O trânsito de pessoas e de bens através das fronteiras dá origem ao que Giovanni Berliguer denomina como *globalização das doenças*. Nesse sentido, identifica essa globalização na descoberta das Américas (Séc. XV) e a comunicação entre o velho e o novo mundo, resultando a contaminação de populações desprovidas de imunidade

---

[16] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 31-32.

[17] ROSEN, George, op. cit., p. 55-63.

[18] O isolamento e a quarentena foram medidas que, segundo Carolina B. Gomes e Larissa de P. Gonzaga e Castro, já podiam ser observadas na Bíblia e no Alcorão, sendo que a primeira medida transnacional de cunho sanitário pode ser vislumbrada no séc. VII quando a China instituiu uma política para evitar a entrada de marinheiros com peste em seu território. (GOMES, Carolina B.; CASTRO, Larissa de P. Gonzaga e. O novo Regulamento Sanitário Internacional. *Revista de Direito Sanitário,* v. 13, n. 2, p. 137-155, Jul./Out. 2012, p. 138-139). Nesse mesmo sentido, conferir FERREIRA, Fátima de Paula; CASTO, Larissa de Paula Gonzaga. O direito à saúde e a globalização. *Revista Anhanguera,* v. 11, n. 01, jan./dez. 2010, p. 61-87. Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&Itemid=373 >. Acesso em: 10 jul. 2013).

natural, causando o maior genocídio ocorrido em toda a história da espécie humana.[19,20]

Medidas de caráter sanitário como o isolamento e a quarentena foram empregadas em diversos países da Europa, particularmente através dos hospitais marítimos e militares através dos quais se pretendia impedir a desordem econômica ou médica.[21] Estabeleceu-se, através da adoção dessas medidas sanitárias, a Vigilância Epidemiológica, sobretudo nos portos, local de trânsito de pessoas e de bens.

O *risco*, nesse contexto, transmuda-se, não se encontrando atrelado, apenas, à ameaça de morte, mas à ameaça ou risco econômico. A propósito, esse risco passa a ser difundido, ultrapassando os limites territoriais. É o princípio da *globalização do risco* através da globalização da doença, mas não só, uma vez que outros eventos igualmente se universalizam como a própria economia e a comunicação social. Nesse cenário são principiadas intervenções mais *racionalizadas*, através de tímidas *medidas* higiênico-administrativas oriundas do *Estado*, operando um código binário (lícito e ilícito) visando especialmente a *segurança* das relações comerciais, inclusive com outros países.

Ao final da Idade Média a assistência à saúde foi dividida em saúde para os poderosos, exercida por médicos graduados nas universidades; os artesãos e burgueses ficavam aos cuidados de médicos e cirurgiões com boa formação técnica; e para os pobres restava os curandeiros e os barbeiros, podendo refugiar-se ou morrer em hospitais mantidos pela caridade municipal. Marca o século XVI as grandes ondas epidemiológicas e a transição do mundo feudal ao modo de produção capitalista onde a atenção à saúde apresenta-se como reguladora da produtividade e da força de trabalho.[22]

---

[19] Tocante a isso, George Rosen refere-se particularmente à varíola, seguindo-se da malária e outras doenças que teriam penetrado no Novo Mundo pouco depois da descoberta da América (op. cit., p. 86).

[20] "Nas Américas, por exemplo, não existiam varíola, sarampo, febre-amarela, ao passo que na Eurásia e na África na havia sífilis. A sífilis manifestou-se de forma epidêmica, pela primeira vez no velho mundo, em 1495, com a conquista de Nápoles pelas tropas francesas de Carlos VIII. Os italianos por isso a chamaram de mal francês, enquanto os franceses, de mal napolitano. Quando chegou ao Oriente, os japoneses a denominaram de mal português e a estigmatização foi assim por diante. A tendência a culpar outros pelas epidemias é constante na história. Os judeus foram acusados de introduzir a peste negra na Europa; os irlandeses, de introduzir o cólera em Nova York; os italianos, a poliomielite no Brooklyn" (BERLINGUER, Giovanni. Globalização e saúde global. *Estudos Avançados*, v. 13, n. 35, p. 21-38 Jan./Apr. 1999, p. 23. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ea/v13n35/v13n35a03.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013).

[21] BATISTA, Vanessa Oliveira. *A proteção internacional do direito à saúde.* Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Vanessa.doc>. Acesso em: 22 jul. 2013, p. 23. Nesse rumo, FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 103 e 104. Segundo o autor em referência, havia interesse econômico na cura dos militares, já que se formavam de forma custosa.

[22] REZENDE, Ana Lúcia Magela de, op. cit., p. 51-61; SCHWARTZ, Germano, op. cit., p. 31-32.

Michel Foucault, ao reportar-se à história da medicina, indica o final do séc. XVI e início do séc. XVII, especialmente marcado pelo mercantilismo, como um período em que o mundo europeu, destacadamente a Alemanha, preocupava-se com a saúde da população, razão pela qual foram adotadas medidas para a sua melhoria. Há, segundo o autor, uma inquietação, não com o corpo do proletariado assumido pela administração estatal, mas o corpo dos indivíduos enquanto componentes globais do próprio Estado, ou seja, enquanto força do Estado em seus conflitos econômicos e políticos com seus vizinhos.[23] George Rosen, em relação ao séc. XVI e os conflitos entre os Estados faz alusão ao tifo, cuja contaminação seria característica do agrupamento de diferentes pessoas e à falta de higiene peculiar em acampamentos militares e que se espalhou por diversos locais da Europa. No séc. XVII, com o crescimento da indústria, sobretudo na Inglaterra, a preocupação central fundava-se na geração de riquezas e na perda de produtividade do trabalho decorrente de enfermidade, posto que se tornava um problema econômico. Por essa razão importava controlar as doenças comunicáveis, devendo o Estado adotar medidas para contê-las, entre as quais novamente se recorre ao isolamento em hospitais e a tentativa de impedir a entrada de pessoas ou mercadorias contaminadas em suas cidades através de seus portos. As medidas sanitárias adotadas durante a extensão do séc. XVII até a segunda metade do séc. XVIII, orientavam-se à uma medicina de exclusão e de assistência à saúde através das fundações de caridade que prestavam ajuda material com alimentos e medicamentos.[24]

Tocante a isso, destaque-se que a França foi marcada por uma *medicina social*, cuja preocupação não se dirigia aos homens, mas às coisas, ou seja, com as condições de vida e os meios de existência. Tal forma de ver as coisas repercutiu, inclusive, nas leis que se promulgaram nesse contexto. Assim, um pouco antes da Revolução Francesa, através da Assembleia Constituinte de 1790, decidiu-se pela criação de um Comitê de Salubridade dos departamentos e principais cidades, posteriormente substituído pelo Comitê de Assistência Pública. Salubridade, nesse caso, foi compreendida como "a base material e social capaz de assegurar a melhor saúde possível dos indivíduos". [25] Portanto, salubridade nada mais representava que a segurança dos componentes do sistema social.

---

[23] FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 82-88. *Vide*, a respeito, ROSEN, George, op. cit., p. 76 e ss.
[24] ROSEN, George, op. cit., p. 78; 92-98.
[25] FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 93; ROSEN, George, op. cit., p. 132.

Concomitantemente, esse período, sob os auspícios da Revolução Francesa e as esperanças do Iluminismo, dirigiu os interesses pelos direitos e condição dos homens e conduziu à preocupação com os problemas de saúde dos grupos e a luta por melhoramentos. "[...] havia a convicção de serem saúde e doença fenômenos de muita importância para o indivíduo, para a comunidade, e para o corpo político." [26] Esse período, coincidente com o término do séc. XVIII, foi igualmente considerado o primeiro momento em que se fez referência aos *direitos* estendidos a todos os homens, embora estes se apresentassem como uma reclamação da burguesia para o exercício da liberdade diante da aristocracia de então.[27]

Nesse sentido, não obstante o caráter conveniente da Declaração Francesa de 1789, promulgada pela Assembleia, pode-se afirmar que foi um dos primeiros documentos a repercutir sobre todas as nações, albergando o caráter universal dos direitos humanos.[28] No entanto, em que pese esse tenha sido um tempo de surgimento de inúmeras doenças e das preocupações sanitárias do período, a Declaração não fazia alusão, direta ou indiretamente, ao direito à saúde. Ainda assim, foi um importante momento desse *devi*r histórico para a reconhecimento do aludido direito.

Nesse desenvolvimento (séc. XVI até a metade do séc. XVIII) os elementos *risco* e *segurança* são marcadamente divididos e diferenciados em relação aos seus portadores-destinatários. As preocupações econômicas desse período são ainda mais acentuadas que no período anterior e o *risco* possui aprofundado caráter econômico. A *segurança*, de sua vez, é fundada nas medidas oriundas do Estado intervencionista (intervenção nas atividades econômicas). Inicia-se, ademais, a orientação para o reconhecimento dos direitos fundamentais dos homens, em que a saúde aparece implicitamente. Numa perspectiva *luhmanniana* pode-se verificar uma *dupla contingência* em relação ao direito-economia dentro desse sistema social auto-referencial que permite a contingência, a abertura e interpenetração. E o direito, como subsistema social-funcional, *responde* aos estímulos dos demais subsistemas sociais (*v.g.* economia), do seu entorno extremamente complexo, justamente para reduzir as

---

[26] ROSEN, George, op. cit., p. 110-111.

[27] DALLARI, Sueli Gandolfi. *A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro.* Belo Horizonte: Coopmed, 2001, p. 42.

[28] Sobre a formulação da Declaração Francesa de 1789, Michel Villey e Carlos Frederico Marés informam que não eram direitos destinados a todos os homens (VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos.* Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 161; MARÉS, Carlos Frederico. *A universalidade parcial dos direitos humanos* (Trabalho preparado especialmente para o Taller ILSA Región Andina "Los derechos indígenas em ela actual contexto latinoamericano". Quito, 27/29 de outubro de 1994). Curitiba, 25 out. 1994, p. 03).

complexidades através das suas *unidades elementares*. Desse modo, as normas legais apresentam-se como *programas de condicionantes* para a introdução no sistema dos estímulos (informações) do ambiente.[29] Assim, pode-se dizer que o direito, como sistema aberto que também é, influenciado pelas informações do ambiente e os influenciando, produz a realidade social. É de observar-se que no âmbito sanitário inegavelmente há essa "dupla via de interação", ou seja, o entorno influenciando a produção normativa que por sua vez cria a realidade, fato este que se repete recorrentemente, inclusive no momento subsequente.[30,31]

A partir desse período até o início do séc. XIX passa-se à preocupação com a organização do saber científico global em relação a questões afetas à saúde coletiva e é nesse contexto que o *Estado* desempenha diferentes papéis, destacadamente a normatização de caráter sanitário.[32] *Exsurge*, assim, o direito positivo que nada mais é que um *programa de decisões* para orientar condutas.[33] Mas este direito positivo é, igualmente, contingente, isto é, possui a contínua potencialidade imanente de transformação, sendo igualmente contingente a sua validade.[34] Há, portanto, nesse século, uma grande ruptura com o passado e a aludida positividade refere-se ao processo legislativo que "concebeu de forma inédita que a modificação do direito é parte integrante do próprio direito e imanente a ele"[35], significa dizer que a legislação é modificável, assim como o é o próprio *mundo*.

Esse período - final do séc. XVIII e início do séc. XIX – foi também marcado pela ideia de *codificação* e, particularmente, pelo alargamento da industrialização. Com esta, houve a introdução de inovações técnicas, a expansão dos transportes, como a

---

[29] DUSSEL, Enrique, op. cit., p. 259.

[30] Nesse sentido, conferir MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, nov. 2005, p. 161. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31117.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013. Segundo o autor em referência o sistema legal apresenta-se como um sistema aberto na medida em que é influenciado pelo entorno (*v.g.* política e economia), mas é fechado em suas funções e modo próprio de operação do código lícito-ilícito, ou seja, é aberto cognitivamente e fechado normativamente. Nesse sentido, tem autonomia e ao mesmo tempo conecta-se com os outros subsistemas sociais.

[31] A esse respeito conferir ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116-118.

[32] Michel Foucault, em relação ao isolamento e à quarentena refere-se a medidas de urgência e medicina de exclusão (op. cit., p. 88, 194-195).

[33] CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.

[34] GIORGI, Raffaele De. Contingência e legitimação. *Revista de Direito Administrativo,* v. 254, 2010, p. 18-20. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8072>. Acesso em: 24 ago. 2013.

[35] MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social:* Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351-373, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v18n1/30021.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

locomotiva, e de novos meios de comunicação, além da abertura de estradas e canais que permitiram o fluxo maior de pessoas e de bens entre os diferentes países, em especial os países da Europa. Inevitavelmente, esses acontecimento tiveram o condão de implementar a difusão das doenças, de modo que durante o séc. XIX houve uma pandemia mundial de cólera oriunda da Ásia que devastou a Europa e a América, seguida de outras grandes epidemias.[36]

Outrossim, o período iniciado no final do séc. XVIII e início do séc. XIX revelou-se, na ótica de Ana Lúcia Magela de Rezende, como um período de "falácia capitalista do bem estar e felicidade da sociedade consumidora"[37], um verdadeiro projeto de morte. Assim, a doença, nesse período, nada mais foi do que o resultado da exploração do trabalho do homem e a desigualdade sócio-econômica. A partir da instauração do capitalismo, houve mudanças em termos de saúde coletiva com a reestruturação de hospitais, no entanto, o objetivo era tão somente devolver os enfermos curáveis ao mercado de trabalho. Portanto, a saúde era mais um fator necessário à produtividade do que um direito, e a doença um transtorno econômico.[38] Ademais, a concepção de saúde funda-se na ideia curativa e no sentido de ausência de enfermidade.[39]

Nesse contexto, o *risco* está na própria sociedade, quer dizer, a sociedade moderna marcada por sua alta complexidade, apresenta-se, além de um sistema global, como uma *sociedade de risco*, pois, segundo Raffaele Di Giogi, foi ela que criou condições para se construir futuros diferentes, para manter elevada a contingência dos eventos, um risco que está entre o saber e o não saber.[40] Nesse sentido, a *segurança* assenta-se no saber (e não saber) científico global. Nesse tocante, o risco do saber é produzido pelo saber do risco e o risco do risco do não-saber é ocultado. E quanto maior o saber (conhecimento), maior é o não saber (das consequências). O risco é avaliado pelas condições de segurança e implicam uma escolha. E quanto mais se aumentam as

---

[36] ROSEN, George, op. cit., p. 203-204.
[37] REZENDE, Ana Lúcia Magela de, op. cit., p. 64.
[38] Idem, ibidem, p. 73, 144. Sobre o assunto conferir também FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 79 e ss; DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário, op. cit., p. 329. Semelhante é a lição de OLIVEIRA, Euclides Benedito, op. cit., p. 38; BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornélio Pieter de. A proteção da liberdade e o controle sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 2, jul. 2002, p. 86; COSTA, Geraldo de Faria Martins. A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, p. 132-141, jan./mar. 1997, p. 132. De acordo com Gastão Wagner de Sousa Campos, tiveram acesso à vida as forças industriais e científicas, e as ações políticas e sociais da burguesia tinham como objetivo conservar e desenvolver o capitalismo (*A saúde pública e a defesa da vida.* 3.ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 13-14).
[39] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 33.
[40] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 43.

medidas de segurança, mais se incrementam os riscos o que inevitavelmente ocorre no campo da saúde coletiva. O Professor De Giorgi exemplifica perfeitamente, nesse sentido, que:

> A descoberta de um vírus evidencia o não-saber de seu tratamento e, portanto, o risco do contágio. A descoberta do tratamento evidencia o não-saber das consequências. A descoberta de alguns efeitos evidencia o não-saber de outros. A consequência de tudo isso é simples. De fato, é bastante claro que se pode evitar um risco, mas somente com a condição de se correr outro risco sem saber exatamente qual. De outro lado, se, por risco, indicamos a possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha poderia ter evitado e, por perigo, indicamos a possibilidade de um dano futuro que uma outra escolha não poderia ter evitado, então parece evidente que, na sociedade moderna, o risco aumenta e o perigo diminui. Por essa razão a sociedade moderna é descrita como uma sociedade do risco.[41]

A globalização do risco através da globalização da doença principiada num momento anterior, com o trânsito transfronteiriço de pessoas e de bens, passa a aprofundar-se. E o risco não está mais associado apenas e tão somente à difusão da doença, mas a difusão de problemas de ordem econômica. E no campo da segurança, velhos elementos de estabilização ou formas de segurança não operam mais (observação empírica e tratamentos mágicos ou religiosos) e as garantias e seguranças não são mais procuradas no passado, pois este não gera estabilidade. Assim, além do risco, as *formas* de segurança, os eventos e processos também evoluem (tornam-se *novos*). Há desse modo, uma evolução da representação do tempo em conexão com a temporalização da complexidade que a sociedade moderna produz. É a complexidade que a própria complexidade produz. A preocupação moderna é com o futuro que se sabe que será continuamente diferente.[42]

Demais disso, nesse período (séc. XVIII ao XIX) o Estado Liberal chama para si a obrigação de exercer a política sanitária e, portanto, a segurança funda-se no direito do Estado que encontra-se vinculado ao tempo, representando uma forma de controle do futuro.[43] Há que se concordar com De Giorgi quando leciona que:

> Risco é uma questão que interessa ao tempo, ou melhor, à temporalidade, vale dizer, àquela dimensão da produção de eventos que torna possível a experiência da duração apesar da mudança. Risco refere-se ao futuro, às possibilidades de construir o futuro. Mas, não só ele, também à confiança dirige-se ao futuro e o direito desempenha uma função específica nesse sentido.[44]

---

[41] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 42-43.
[42] Idem, ibidem, p. 40-41.
[43] Idem. O direito na sociedade do risco, op. cit., p. 391.
[44] Idem. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 43.

É a especialização de determinados subsistemas sociais para a solução de problemas sociais específicos, *in casu*, aqueles relacionados à saúde coletiva coexistindo, no plano da temporalidade, com a construção de um mundo diferente. Esse direito produz a "estabilização normativa" que é uma complexa estratégia de construção de vínculos com o futuro e que torna possível a manutenção das próprias expectativas em caso de desilusão. Mecanismos de segurança, como as normas que são estabelecidas no interior do sistema legal, devem orientar-se ao futuro posto que se referidos ao passado se tornam incapazes de controlar ou impedir o risco.[45]

Consoante mencionado, o período pós-industrial caracterizou-se pela preocupação científica com a saúde e pelo surgimento dos primeiros movimentos relacionados à saúde coletiva. Desse modo, no âmbito do aparecimento de grandes ondas epidemiológicas e da necessidade da sua contenção e prevenção, da constatação do aumento do tráfego internacional de pessoas e de bens e de que as enfermidades ultrapassam as fronteiras geográficas, houve a necessidade de buscar soluções e a cooperação em nível internacional no campo da saúde pública, sendo que os primeiros passos para o controle multilateral das epidemias deu-se no início do séc. XIX. Desse modo, surgem inúmeros encontros de representantes dos Estados criando Comitês e Conferências na área da saúde, além de importantes organismos internacionais e inúmeros documentos legislativos nessa seara.[46]

De importância ímpar nesse ambiente, além de outras tantas, foi a Primeira Conferência Sanitária Internacional (1851). A partir dessa Convenção surgiram diversas normas que representaram a tentativa de criar um Código Sanitário Internacional. Tal tratativa indica que no séc. XIX é reforçada a preocupação científica da saúde. Contrariamente, a Conferência em questão, que visava a contenção de epidemias

---

[45] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 43.

[46] Nesse sentido, em 1839 teria havido o primeiro encontro em Constantinopla com representantes estrangeiros para discutir a respeito da cooperação internacional a respeito da saúde dos seus cidadãos, envolvendo questões afetas à quarentena e ao comércio transfronteiriço. Importante também foi a realização, na França em 1851, da primeira Conferência Sanitária Internacional com a presença da Áustria-Hungria, as duas Sicílias, Espanha, os Estados Papais, Grã-Bretanha, Grécia, Portugal, França, Rússia, Sardenha, Toscana e Turquia. A partir dessa Convenção surgiram diversas normas que representaram a tentativa de criar um Código Sanitário Internacional. Paralelamente surgiu, e 1863 o Comitê Internacional da Cruz Vermelha com o objetivo de assegurar a proteção e a assistência às vítimas de lutas e conflitos armados e os esforços para que os governos adotassem a Convenção de Genebra que obrigava os exércitos a cuidarem dos soldados feridos, independente do lado a que pertencessem. A partir dai surgem outras tantas conferências, Convenções e Instituições, inclusive de caráter internacional demonstrando a preocupação com a saúde coletiva. (ROSEN, George, op. cit., p. 212-213; COMITÊ Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: http://www.icrc.org/por/who-we-are/history/overview-section-history-icrc.htm. Acesso em: 04 ago. 2013; BATISTA, Vanessa Oliveira, op. cit., p. 16.).

características do período, tinha como propósito a preservação dos trabalhadores e o próprio comércio. O saber científico teve seus olhos voltados, novamente, à economia.[47]

Consoante se vê, o *risco*, no campo da saúde, é destacadamente um risco econômico, a razão primeira das medidas e das normas até então constituídas. Nesse sentido, estas normas que surgem no interior do sistema legal, deixam de estar relacionadas apenas às necessidades internas dos Estados e assim como o *risco* e como os mecanismos de *segurança*, também é concebido e observado de forma global. Portanto, o subsistema legal vai se auto-adaptando ao entorno, diminuindo a complexidade deste, ao mesmo tempo em que aumenta a sua própria complexidade por um processo de auto-organização autopoiética, ou seja, a auto-referencialidade, irreversível no tempo, no qual se deve reagir com velocidade.[48]

No tocante à repercussão prevalentemente econômica, não se pode deixar de fazer alusão à importância que possui a Organização Mundial do Comércio (OMC) que, na sua intervenção através de Acordos Multilaterais firmados no contexto do comércio internacional, inevitavelmente reflete sobre o ambiente sanitário. O Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (AMSF); o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (BTC); Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (AGCS) e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIRC) são, entre outros, exemplos de ajustes para proteção econômica e que imediatamente refletem sobre a saúde coletiva.[49,50]

Outrossim, outros diversos organismos e agências internacionais estão direta ou indiretamente implicados nas questões sanitárias mundiais e participam, de alguma forma, da elaboração de políticas internacionais de saúde tais como, entre estes, o Banco

---

[47] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 34.

[48] DUSSEL, Enrique, op. cit., p. 257.

[49] Segundo Thomas Bréger acordos multilaterais no âmbito da propriedade intelectual geraram efeitos negativos da interferência do direito da OMC no campo da saúde, especialmente relacionadas ao acesso dos países em desenvolvimento aos medicamentos que combatem, por exemplo, a AIDS. Haveria, desse maneira, a proteção dos interesses econômicos em detrimento da satisfação das necessidades sanitárias fundamentais das populações mais pobres (A saúde diante da globalização e das forças do mercado. *Revista de Direito Sanitário*, v. 13, n.2, p. 64-75, jul./out. 2012, p. 67). A respeito do assunto, e particularmente sobre patentes de medicamentos no âmbito do Mercosul conferir SEPULCRI, Nayara Tataren. Propriedade intelectual e desenvolvimento: uma análise sobre a problemática das patentes farmacêuticas no Mercosul. p. 35-68. In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Aspectos jurídicos da aproximação dos países com vistas ao desenvolvimento.* Curitiba: Íthala, 2010. E sobre os ajustes multilaterais conferir também LUCCHESE, Geraldo. LUCCHESE, Geraldo. A internacionalização da regulamentação sanitária. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 551, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200016>. Acesso em: 05 ago. 2013, p. 527-555.

[50] FERREIRA, Fátima de Paula; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga e, op. cit., p. 73-74.

Mundial (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).[51] Numa análise crítica, Giovanni Berlinguer avalia que a OMS, perdeu a função de *guia* nas políticas mundiais de saúde, em razão dos seus defeitos e pelo desinteresse dos governos. "[...] O poder e as influências, neste campo, passaram ao Banco Mundial e ao FMI, que hoje são líderes essenciais em questões de saúde, sobretudo para os países menos desenvolvidos".[52]

Não obstante não seja possível, por ora, analisar com mais profundidade essa afirmativa, reitera-se a constatação de que o *risco* à saúde se transformou inevitavelmente num risco econômico razão pela qual medidas são adotadas, órgãos são criados, investimentos financeiros são realizados. Aliás, segundo Raffaelle De Giorgi, uma característica complementar do risco é que ele pode ser monetarizado.[53] Assim, tanto saúde quanto doença possuem interesse e repercussão econômica, veja-se nesse sentido o surgimento de *novas* enfermidades, decorrentes de novos problemas. E o *meio* à saúde (*v.g.* medicamento) além de possuir elevado interesse econômico, traz em si mesmo o risco da própria administração ou do próprio acesso a esse recurso (*v.g.* medicamentos de alto custo).

Quanto a isso é fantástica sua argumentação no seguinte sentido:

> A economia reintroduz o perigo para alguns e o risco econômico para outros. Uma técnica bárbara que produz exclusão por meio de inclusão. Todos podem concordar com a possibilidade de evitar o risco. Todos têm direito. Mas, é desse modo que se verifica que, no mesmo país, 46 milhões de pessoas estão excluídas da assistência médica e sanitária. De fato, o risco não pode ser jurisdicizado. Diante do risco, o direito evidencia seus defeitos de construção. O problema não pode ser resolvido com mais ou menos direitos. a questão interessa à técnica jurídica, que pode intervir antes da ação, impedindo que ela aconteça e, por conseguinte, antes que se saiba se eventual dano futuro teria acontecido ou pode intervir depois de ocorrido o evento danoso. As consequências danosas são canalizadas para o plano da economia ou do próprio direito".[54]

Numa perspectiva diversa mas adequada à discussão aqui tracejada, Thomas Bréger chama atenção à saúde caracterizada pelo "mercado da doença em favor dos novos atores privados transnacionais" privilegiando os aspectos eminentemente

---

[51] Organismos que podem ser citados, entre outros, são o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (UNDP), o Fundo de Populações das Nações Unidas (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Conferir, nesse sentido, SOARES, Guido F. S. Aspectos internacionais da segurança sanitária num mundo globalizado: o regulamento sanitário internacional e a organização mundial do comércio. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO SANITÁRIO, 5., 1999, São Paulo, *Anais*... São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 151-175. Sobre o tema também é possível verificar alguns dos apontamentos de GELIS FILHO, Antônio; GELIS FILHO, Antonio. Globalização, serviços de saúde e Direito Internacional. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov. 2001, p. 63-64.

[52] BERLINGUER, Giovanni, op. cit., p. 26.

[53] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 46.

[54] Idem, ibidem, p. 46-47.

econômicos das atividades relacionadas aos serviços e produtos de saúde, gerando inevitável injustiça social diante das desigualdades provocadas por esse processo. No artigo em análise passa, então, a discorrer a respeito da dicotomia "valores mercantis" (próprios da globalização econômica) *versus* "valores humanistas".[55]

De importância fundamental nessa *temporalização* foi o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), marco do reconhecimento da vontade da comunidade internacional na promoção dos direitos humanos e o estabelecimento de mecanismos de garantia e proteção de tais direitos com a necessária intervenção do Estado.[56] Nesse sentido, a Carta Constitutiva das Nações Unidas, elaborada em junho de 1945, não estabeleceu expressa proteção aos direitos do homem, como, por exemplo, o direito à saúde. No entanto, proclamou a necessidade de "desenvolver e encorajar o respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais de todos", sem distinção, determinando à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social, entre outras obrigações, a elevação dos níveis de vida.[57] Inegavelmente amparou, ainda que de forma indireta, o direito à saúde no âmbito dos Estados.

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas foi criada, em 1946, a Organização Mundial da Saúde (OMS) cuja existência oficial deu-se em 1948 com a ratificação de sua constituição por vinte e seis países. É considerada autoridade diretiva e coordenadora dos esforços internacionais relacionados à saúde e tem por fim auxiliar a comunidade internacional a alcançar o mais alto nível possível de saúde.[58] E é a partir da Constituição da OMS que o direito à saúde começa a ser delineado, como um direito

---

[55] BRÉGER, Thomas, op. cit., p. 64-65.

[56] RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* São Paulo: Renovar, 2005, p. 50-51.

[57] GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 09-10.

[58] A respeito do surgimento e consolidação de organismos intergovernamentais ou não governamentais na seara da segurança sanitária internacional, conferir SOARES, Guido F. S., op. cit., p. 151-175 e GELIS FILHO, Antônio; GELIS FILHO, Antonio, op. cit., p. 63-64.

fundamental de todo homem "gozar do grau máximo de saúde." [59] Sob esse paradigma desponta um novo conceito de saúde, abandonando-se a ideia de saúde ligada a processos curativos, alcançando a prevenção de doenças através das condições essenciais de uma saúde integral. Nesse sentido, a partir da definição exarada pela OMS, a saúde pode ser compreendida como um estágio de bem-estar e adaptação física, mental e social ao meio, enquanto a doença pode ser concebida como desadaptação e mal-estar.[60]

Não se pode descurar do papel fundamental desempenhado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que surge no momento imediatamente subsequente, em forma de Resolução, aprovada unanimemente por quarenta e oito Estados que compunham a Assembleia Geral da ONU. Referida Declaração de Direitos delineou direitos e liberdades individuais e sociais que, em conjunto, conduzem ao ideal de dignidade humana[61] muito embora em nome destes igualmente tenham sido cometidas inúmeras atrocidades.[62] E foi nesse documento que a saúde passou a ser reconhecida como um direito, embora de forma indireta[63], consoante se lê em seu art. 25:

> Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.[64]

---

[59] Nesse sentido, cumpre mencionar que na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 22 de julho de 1946, a qual entrou em vigor em 7 de abril de 1948 consta, em seu Preâmbulo que "A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados". Tem a Organização objetivo de que todos os povos alcancem o mais elevado nível de saúde possível, e para isso, atuará como autoridade diretora e coordenadora dos trabalhos internacionais no domínio da saúde, estabelecendo e mantendo a colaboração entre Estados, vejamos: Art. 2, I: "Promover, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, o melhoramento da alimentação, da habitação, do saneamento, do recreio, das condições econômicas e de trabalho e de outros factores de higiene do meio ambiente; [...] u) desenvolver, estabelecer e promover normas internacionais com respeito aos alimentos, aos produtos biológicos, farmacêuticos e semelhantes". GELIS FILHO, Antônio, op. cit., p. 64. Conferir, também a CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Disponível em: <http://www.onuportugal.pt/oms.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

[60] REZENDE, Ana Lúcia Magela, op. cit., p. 86.

[61] GODINHO, Fabiana de Oliveira, op. cit., p. 11.

[62] GIORGI, Raffaele De. O direito na sociedade de risco, op. cit., p. 385.

[63] TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas. O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. *Tese de doutorado*, 2010, p. 80. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/fr.php>. Acesso em: 01 ago. 2013.

[64] Conferir DECLARAÇÃO universal dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu3.htm#Artigo23>. Acesso em: 05 mai. 2013.

Desse modo, as transformações ocorridos no séc. XX, as guerras desse período e as ideias do *Welfare State* incorporadas nessa trajetória, tiveram o condão de delinear uma nova concepção de saúde. Abandona-se a ideia de saúde curativa para conceber-se como um direito de todos aos processos de prevenção-cura.[65] E a partir da Declaração de 1948, efetivamente caracterizada pela universalidade dos direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, e cuja preocupação ultrapassa os limites territoriais e influencia todas as Cartas Constitucionais elaboradas no período pós-guerra, surgiram outros importantes documentos que têm o condão de dar mais força ao

[65] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 34.

conteúdo dos direitos humanos.[66,67]

Nesse ambiente surgem, em 1966, dois importantes instrumentos celebrados no âmbito da ONU que, segundo Marco Torronteguy efetivamente positivaram os direitos humanos.[68] Foram eles o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, direcionados a proteção dos direitos individuais, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, endereçados aos Estados, obrigados a implementar e assegurar referidos direitos. O primeiro tem em vista a proteção da vida e sua dignidade.[69] O segundo orienta-se ao bem-estar da sociedade, incluindo medidas relacionadas à melhoria contínua das condições de vida. Nesse sentido, faz referência à existência decente de todas as pessoas e a um nível de vida adequado em que se incluem medidas, por parte dos Estados Partes, relacionadas à alimentação, à moradia e à medicalização. Estabelece, ademais, que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. As medidas para assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão, entre outras, a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra as mesmas, além da criação de condições que assegurem a todos assistência e

---

[66] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 56; DALLARI, Sueli. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, fev. 1998, p. 57 ss. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 ago. 2013.

[67] Tais como a Declaração de Alma-Ata que surgiu em 1978 na cidade de Alma-Ata na URSS, no âmbito da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde realizado pela Organização Mundial da Saúde. Segundo a Conferência em questão, a saúde, sua promoção e proteção, é imprescindível para o desenvolvimento econômico e social contínuo, além de contribuir para a melhor qualidade de vida e para a paz mundial. A Declaração de Alma-Ata representou o ponto de partida das Conferências Internacionais sobre a promoção de saúde e de cujo contexto surgiram outros importantes documentos internacionais. Além deste importante documento pode-se citar, ademais, a Carta de Ottawa para a promoção da saúde (1986); a Declaração da Conferência Internacional de Promoção da Saúde (1992); a Declaração de Viena na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993); a Carta do Caribe para a Promoção da Saúde (1993); a Declaração de Jacarta sobre Promoção da Saúde pelo Século XXI adentro (1997); a Carta de Bangkok na VI Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde em Bangkok (2005), entre outras. Todas as Conferências e os documentos dai resultantes estabelecem medidas para implementação da saúde de todos os povos, entre as quais se incluem a imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças endêmicas, tratamento apropriado das doenças comuns e dos acidentes e distribuição de medicamentos básicos (ARANHA, Márcio Iorio (Coord.), op. cit., p. 193-319; ÁLVAREZ, Maria Andrich de. Alimentos: salud y consumo. Marco regulatório, algunas normas y las nuevas situaciones vinculadas con la seguridad alimentaria. In: FARINATI, Alicia (Coord.). Salud, derecho y equidad: princípios consitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. p. 216-217. CARTA dos direitos fundamentais da União Européia. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2000/c¬364/c¬36420001218pt00010022.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013; BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública:* manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília-DF: Síntese, 2003. v. 2, p. 35).

[68] TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas, op. cit., p. 84.

[69] PACTO Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 11 jul. 2013.

serviços médicos em caso de enfermidade.[70] À vista do exposto, pode-se afirmar que os direitos e garantias consignados nos referidos Pactos remetem-se inevitavelmente à tutela da saúde por considerar os valores bem-estar e existência digna.[71]

Em nível regional há que se fazer referência, ademais, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que entrou em vigor poucos meses depois da Declaração Universal (1948). Citada declaração, diversamente, faz referência expressa ao direito à saúde, em seu art. 11, mencionando que "Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade."[72] Além da menção explícita ao direito, alude aos meios ou fatores condicionantes da saúde, cujas prestações devem ser imediatas.[73]

Nesse mesmo circuito, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) prevê, entre outros direitos e garantias ali consagrados, o direito à vida, à integridade pessoal (física, psíquica e moral), além da honra e dignidade. Esses direitos, segundo a Convenção, devem ser protegidos por lei e em relação ao direito à vida, desde o momento da concepção, não podendo ninguém ser deles privado arbitrariamente.[74] De acordo com Marco Torronteguy referida Convenção faz referência à defesa da saúde pública como justificativa para eliminação excepcional de outros direitos por ela reconhecidos. Significa dizer que, no conflito entre os valores ali consagrados, o direito à saúde poderá prevalecer.[75] Portanto, segundo o autor mencionado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos atribuiria ao direito à saúde preponderância em relação a outros direitos sociais.

Igualmente no âmbito das Américas e em nível intergovernamental, a OMS atua através da Organização Panamericana de Saúde (OPAS). É através dessa

---

[70] Conferir em PACTO internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2013.

[71] Segundo André de Carvalho Ramos, a Declaração Universal de Direitos humanos e os dois Pactos formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos porque possuem alcance universal e abrangem várias espécies de direitos. Posteriormente muitos outros tratados e protocolos adicionais foram incorporados ao rol de direitos humanos (op. cit., p. 52).

[72] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos:* fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 328.

[73] TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas, op. cit., p. 104.

[74] Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto São José da Costa Rica de 1969 (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica em 22.11.69) – ratificada pelo Brasil em 25/09/92. CONVENÇÃO americana de direitos humanos: pacto San Jose da Costa Rica. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 05 ago. 2013.

[75] TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas, op. cit., p. 104.

Organização que OMS relaciona-se com o Brasil.[76] A OPAS tem como objetivos fundamentais a promoção e coordenação de esforços para combater enfermidades, aumentar a expectativa de vida e promover a saúde física e mental das pessoas no âmbito dos países americanos.[77] [78]

Em âmbito regional um pouco mais restrito, pode-se citar normas relativas à operacionalização do direito à saúde aquelas oriundas dos blocos econômicos, como ocorre no âmbito da União Europeia (UE) e do Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL). O MERCOSUL, do qual faz parte o Brasil, apresenta-se no contexto da globalização e evidencia o reconhecimento de valores comuns que dão origem à integração.[79] Caracteriza-se como uma união aduaneira com o objetivo de constituir-se em um mercado comum, com a livre circulação de pessoas, bens e serviços. E é por essa razão que as normas oriundas do MERCOSUL e com validade no território nacional devem promover não apenas a regulação das atividades econômicas, que repercutem na qualidade dos produtos e das informações a seu respeito[80], mas devem garantir as condições de saúde e a segurança da população envolvida. Assim, inúmeras são as regulamentações sanitárias que vigoram no âmbito do MERCOSUL. E o trabalho de harmonização desses regulamentos é realizado no recinto das comissões temáticas que constituem os subgrupos de trabalho.[81] No Brasil, a área de Relações Internacionais da Agência Nacional de Vigilância Sanitária concentra-se no Subgrupo n. 3 (Regulamentos Técnicos e Procedimentos de Avaliação da Conformidade) e no Subgrupo 11 (Saúde), competindo a este último a Vigilância em Saúde, Produtos para a Saúde e Serviços de Atenção à Saúde.[82]

No Brasil, o direito à saúde segue o mesmo paradigma do *devir* histórico internacional. Assim, o risco esteve primeiramente relacionado à doença e a segurança aos cuidados conferidos por feiticeiros e mágicos. Depois, a doença esteve associada ao pecado e a cura ao merecimento, desempenhando importantíssimo papel os religiosos no âmbito da saúde coletiva. Acanhadamente o Estado passou a intervir com medidas

---

[76] LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. *A Organização das Nações Unidas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 116.
[77] BATISTA, Vanessa Oliveira, op. cit., p. 28.
[78] LUCCHESE, Geraldo, op. cit., p. 551-552.
[79] PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150.
[80] A respeito da proteção dos consumidores no Mercosul *vide* TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. A proteção dos consumidores no Mercosul: algumas considerações. *Indicadores Econômicos FEE*, v. 25, n. 4, 1998, p. 278-293.
[81] LUCCHESE, Geraldo, op. cit., p. 551.
[82] FERREIRA, Fátima de Paula; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga e, op. cit., p. 76-78.

higiênicas e a adotar uma nova concepção de saúde a partir das diretrizes da OMS. Desse modo, a Carta Política de 1988, à vista das Declarações de Direitos e de outros importantes documentos legislativos internacionais, incorporou o direito à saúde, de forma expressa, no art. 6º e no art. 196 como direito de todos e dever do Estado. Cuida-se de direito fundamental na medida em que está conectado à vida e à dignidade humana. É, portanto, um conceito sistêmico na medida em que objetiva a prevenção e a cura de enfermidades e, concomitantemente, a melhoria da qualidade de vida, adaptando-se à complexidade social contemporânea. A Carta Política de 1988 incorporou, ademais, a definição de saúde indicada na Constituição da OMS e seguindo a mesma orientação, no sentido de obrigatoriedade dos governos pela saúde do seu povo, distribuiu as competências entre a União, os Estados e os Municípios. A partir das diretrizes estabelecidas no próprio texto constitucional (art. 198, CF) surgiu a Lei n. 8.080/1990 que regula as ações e serviços de saúde, ou melhor, o sistema de saúde pública para todo o território nacional e tem por fim operacionalizar o direito à saúde. Reforça-se, com a elaboração desta e de outras leis que emanam nesse contexto e da distribuição de competência no âmbito sanitário, a ideia de saúde como sistema.[83]

Do exposto, verifica-se a *temporalização* no âmbito das medidas alusivas à saúde e a sua transformação em um *direito*. Consoante se vê o *risco*, nesse devir, aprofunda-se em razão do próprio desenvolvimento da sociedade, não obstante a ciência, a tecnologia, a economia contemporâneas tenham contribuído para a redução dos *perigos*.[84] Portanto, o risco incrementa-se de modo que em um novo cenário (a partir da *Modernidade*) é marcado não só pela profusão da doença (das velhas e das novas), ou pelo acelerado desenvolvimento tecnológico que carrega em si o *risco* e conduz à busca de *segurança*, mas também da modificação do próprio direito. Não se está falando do direito individual à saúde, mas de um direito supraindividual de todos e em todos os lugares, a condições dignas de saúde. Para esse incremento são somados os esforços multilaterais, seja através de Tratados e Acordos Internacionais ou de diretrizes que se estabelecem no âmbito dos Organismos Internacionais e vinculam os Estados Partes. Desse modo, e de um ponto de vista *luhmanniano*, o direito apresenta-se como um sistema auto-referente, que é modificável a partir de si mesmo, a ideia de que a modificação do direito lhe é inerente.

---

[83] SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica, op. cit., p. 201.
[84] GIORGI, Raffaele De. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro, op. cit., p. 219.

No entanto, apesar da modificação gerada (o ambiente que influencia o direito e o direito que influencia o ambiente) a fim de assegurar *um direito* que passa a ocupar as pautas dos principais organismos internacionais e fomentar modificações inclusive no âmbito interno dos países, e em que pese a pretendida estabilização, é unicamente certo que o futuro poderá ser continuamente diferente e que a sociedade torna-se continuamente instável. Significa dizer que o *risco* se reproduz e se agrava continuamente não se podendo encontrar uma *segurança* definitiva, nem mesmo através do direito, até porque os "velhos" mecanismos se tornaram obsoletos. De acordo com Raffaele De Giorgi:

> A erupção do futuro introduz, no palco do presente, as razões de razões diferentes. Essa mesma premissa é válida para os sistemas sociais: as razões do direito não são as mesmas da ciência que, por sua vez, não são razões da economia e estas últimas, certamente, não são as razões das pessoas quando se preocupam com a saúde. [85]

Essa sociedade moderna do risco é também caracterizada pela *difusidade* do direito e pela profusão de normas, inclusive aquelas que asseguram o direito à saúde. No entanto, na análise realizada observou-se que a normatização das questões alusivas à saúde jamais foram despretendidas, nem no passado, nem no presente. O *risco* desde as primeiras preocupações em evitar a proliferação de enfermidades transfronteiriças e garantir a *segurança* nas relações comerciais esteve imbuído do caráter econômico. O tempo passou e, apesar de advogar-se um direito universal à saúde, continua privilegiando o mesmo caráter. As pretensões humanitárias são na verdade meramente econômico-políticas ou políticas-econômicas, repetindo a dimensão paradoxal e circular do próprio *risco*.

É certo que apesar de apresentar-se como um direito humano fundamental e universal, não o é em realidade ou é um não-direito. Oportuníssima, nesse sentido, é a lição de Raffaele De Giorgi:

> Segundo a forma moderna da diferenciação social, estamos vinculados justamente porque somos tratados como livres; existem novas formas de escravidão porque somos dotados de liberdade; existe mais pobreza porque existe mais riqueza; existe menos direito porque existe mais direito; somos abandonados a nós mesmos justamente porque a comunicação social é universalizada, ou melhor, somos destituídos de garantias justamente porque dispomos de garantias universais. Nessa sociedade, mais exclusão é produzida porque os sistemas sociais praticam a exclusão universal de todos

[85] Idem. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 41.

> no funcionamento de suas estruturas. Nessa sociedade, a única possibilidade que temos para construir vínculos com o futuro é o risco.[86]
>
> Esta sociedade pratica a inclusão universal de todos dentro das operações dos sistemas sociais. Mas, a inclusão é somente uma face de uma distinção que em outra face produz exclusão. A distinção fundamental, com base na qual esta sociedade opera, de fato, é a distinção da inclusão-exclusão. Quanto mais se expande a inclusão, tanto mais se expande a exclusão. Não há alternativas. Por isto todas as decisões são decisões de risco.[87]

Verifica-se a transformação das preocupações sanitárias num efetivo direito, cujo reconhecimento se tornou global. No entanto, e ainda fazendo referência a De Giorgi, a previsão do direito à saúde nos principais documentos nacionais ou internacionais, não significa a efetiva existência destes e a privação desse direito e seu acesso igualmente gera *risco* que os próprios indivíduos poderiam evitar.

Notas conclusivas

A partir da investigação realizada é possível afirmar que, ao contrário do que se imagina e provavelmente com contornos um pouco diversos, a ideia de saúde, ainda que diferentemente da concepção atual, já se fazia presente no primeiro estágio da *sociedade*. No entanto, numa primeira aproximação a saúde esteve relacionada à ausência de doenças e estas, por sua vez, representavam o *risco* da morte ou da extinção da espécie, enquanto os cuidados com a saúde estavam relacionados à reação para a sua preservação. Assim, surgem as medidas de *segurança* para prevenir ou minimizar os riscos.

E como a sociedade é uma máquina histórica, sociedade esta que é resultado da própria evolução, que em todas as suas representações parte de si mesma, consoante adverte Raffaele De Giorgi, se distingue de todo o resto, inclusive das sociedades precedentes. Nesse sentido, se o risco, num primeiro momento esteve relacionado ao medo da morte e a segurança a medidas que pudessem afastá-lo, no momento subsequente *risco-segurança* diferenciam-se. E o risco torna-se um risco econômico, matiz que permanece e aprofunda-se nesse *devir* histórico, mesmo na contemporaneidade quando o risco à saúde se complexifica e aparece ainda mais destacado com o surgimento de diferentes doenças com alto potencial destrutivo e em que a segurança é ainda improvável. E o risco se globaliza na sociedade global, assim

---

[86] GIORGI, Raffaele De. O risco na sociedade contemporânea, op. cit., p. 42.
[87] Idem. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro, op. cit., p. 209.

como se universalizam as medidas de segurança para evita-lo ou minimizá-lo. Nesse contexto surgem os esforços multilaterais para o enfrentamento sanitário e, concomitantemente, direitos fundamentais dirigidos a todos os homens. Timidamente a saúde, como direito, foi ocupando espaço, passando a ser prevista expressamente nas Cartas Políticas da maioria dos Estados.

Mas como não poderia ser diferente, o direito, conectado a essa temporalização, conecta-se inevitavelmente com os demais subsistemas, com o ambiente, influenciando e sendo influenciado pelas suas informações, numa verdadeira relação circular entre direito-política-poder-economia. Nesse cenário exsurge o direito à saúde, impregnado por interesses diversos (*v.g.* produtivos-econômicos), consoante se viu no decorrer da investigação procedida. Mais do que isso, embora denominado direito fundamental e universal, seu efetivo acesso é privilégio de poucos demonstrando a verdade na lição de Raffaele De Giorgi, segundo quem, com a inclusão de direitos ou o aumento desse rol, produz-se na verdade, a exclusão.

Mas, a despeito disso, e não obstante a *instabilidade normativa* ou ainda, da existência de um direito contingente, posto que não é possível saber o futuro e que o futuro certamente representa um risco, o direito deve, antes de tudo, ser utilizado como proteção contra o risco: do risco produzido pelo não-direito, ou seja, sua ineficácia em termos de proteção e acessibilidade aos direitos, nestes considerado o direito à saúde.

Referências

ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARANHA, Márcio Iorio (Coord.), op. cit., p. 193-319; ÁLVAREZ, Maria Andrich de. Alimentos: salud y consumo. Marco regulatório, algunas normas y las nuevas situaciones vinculadas con la seguridad alimentaria. In: FARINATI, Alicia (Coord.). Salud, derecho y equidad: princípios consitucionales. Políticas de salud. Bioética. Alimentos y desarrollo. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

BATISTA, Vanessa Oliveira. A proteção internacional do direito à saúde. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Vanessa.doc>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília-DF: Síntese, 2003. v. 2.

BRÉGER, Thomas. A saúde diante da globalização e das forças do mercado. *Revista de Direito Sanitário*, v. 13, n.2, p. 64-75, jul./out. 2012.

BERLINGUER, Giovanni. Globalização e saúde global. *Estudos Avançados*, v. 13, n. 35, p. 21-38 Jan./Apr. 1999, p. 23. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v13n35/v13n35a03.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornélio Pieter de. A proteção da liberdade e o controle sanitário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 2, jul. 2002.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *A saúde pública e a defesa da vida*. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

CARTA dos direitos fundamentais da União Européia. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2000/c¬364/c¬36420001218pt00010022.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTO, Larissa de Paula Gonzaga. O direito à saúde e a globalização. *Revista Anhanguera*, v. 11, n. 01, jan./dez. 2010, p. 61-87. Disponível em: <http://www.anhanguera.edu.br/home/index.php?option=com_docman&Itemid=373>. Acesso em: 10 jul. 2013.

COMITÊ Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: http://www.icrc.org/por/who-we-are/history/overview-section-history-icrc.htm. Acesso em: 04 ago. 2013.

CONILL, Eleonor Minho. *Epidemiologia e sistema de saúde:* fundamentos históricos e conceituais para uma discussão sobre o acompanhamento de direitos na prestação de serviços. In: ARANHA, Márcio Iorio (Coord). Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde. Programa Apoio ao Fortalecimento do Controle Social no SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Disponível em: <http://www.onuportugal.pt/oms.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013.

CONVENÇÃO americana de direitos humanos: pacto San Jose da Costa Rica. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 05 ago. 2013.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, p. 132-141, jan./mar. 1997.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro.* Belo Horizonte: Coopmed, 2001.

_____. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000400008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1998, p. 57 ss. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 ago. 2013.

DECLARAÇÃO universal dos direitos do homem. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu3.htm#Artigo23>. Acesso em: 05 mai. 2013.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação:* crítica à ideologia da exclusão. Trad.

Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

GELIS FILHO, Antônio; GELIS FILHO, Antonio. Globalização, serviços de saúde e Direito Internacional. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, nov. 2001.

GIORGI, Raffaele De. *Direito, democracia e risco:* vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. O risco na sociedade contemporânea. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 37-49, Mar./Jun. 2008. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RiscoSociedadeG.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

_____. O direito na sociedade do risco. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 1, n. 5, p. 383-393, 2005. Disponível em: < http://www.faculdadechristus.com.br/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=36:revista-opiniao-juridica-nd-5&catid=3:revista-opiniao-juridica>. Acesso em: 16 ago. 2013.

_____. Contingência e legitimação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, p. 09-26, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8072>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. Sobre o direito Kafka, Dürrematt e a ideia de Luhmann sobre o camelo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 29-43, Jan./Jun. 2007. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/56/42>. Acesso em: 29 ago. 2013.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Carolina B.; CASTRO, Larissa de P. Gonzaga e. O novo Regulamento Sanitário Internacional. *Revista de Direito Sanitário*, v. 13, n. 2, p. 137-155, Jul./Out. 2012.

LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. *A Organização das Nações Unidas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LUCCHESE, Geraldo. A internacionalização da regulamentação sanitária. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 551, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200016>. Acesso em: 05 ago. 2013.

MARÉS, Carlos Frederico. *A universalidade parcial dos direitos humanos* (Trabalho preparado especialmente para o Taller ILSA Región Andina "Los derechos indígenas em ela actual contexto latinoamericano". Quito, 27/29 de outubro de 1994). Curitiba, 25 out. 1994.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social*: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351-373, 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ts/v18n1/30021.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. Sociologias do direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 153-169, nov. 2005. Disponível em: <

http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31117.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 36-58, nov. 2001.

PAIS, Antonio Doval. *Delitos de fraude alimentario:* análisis de sus elementos esenciales. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.

PACTO Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 11 jul. 2013.

PACTO internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2013.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005.

REZENDE, Ana Lúcia Magela de. *Saúde:* dialética do pensar e do fazer. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

RIPOLLES, Antonio Quintano. *Tratado de la parte especial del derecho penal:* tomo IV: infracciones contra la comunidad social. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

RODRIGAÑEZ, Maria Paz Arenas. *Protección penal de la salud publica y fraudes alimentarios*. Madrid: Edersa, 1992.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011.

SEPULCRI, Nayara Tataren. Propriedade intelectual e desenvolvimento: uma análise sobre a problemática das patentes farmacêuticas no Mercosul. p. 35-68. In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos jurídicos da aproximação dos países com vistas ao desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2010.

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

_____. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. *Revista de Direito Sanitário,* v. 2, n. 1, p. 27-38, Mar. 2001. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13085>. Acesso em: 20 de ago. 2013.

SOARES, Guido F. S. Aspectos internacionais da segurança sanitária num mundo globalizado: o regulamento sanitário internacional e a organização mundial do comércio. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO SANITÁRIO, 5., 1999, São Paulo, Anais... São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999, p. 151-175.

TERUCHKIN, Sônia Unikowsky. A proteção dos consumidores no Mercosul: algumas considerações. Indicadores Econômicos FEE, v. 25, n. 4, 1998.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Dantas. O direito humano à saúde no direito

internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária. *Tese de doutorado*, 2010, p. 80. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326/fr.php>. Acesso em: 01 ago. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.* São Paulo: Saraiva, 1991.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.