

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS AS A FOUNDATION FOR THE EXERCISE OF THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL

FERNANDA DA SILVA LIMA

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesc (Mestrado em Direito).

MICHEL BELMIRO ILIBIO

Bacharel em Direito (UNESC) e mestre em Direito (PPGD/UNESC). Pesquisador do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC, UNESC).

RESUMO

A teoria dominante dos direitos humanos assenta-se num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais. Nessa concepção simplista, os direitos humanos são pontos de chegada, como se a mera positivação de direitos fosse suficiente para efetivamente garantir direitos na prática. A partir dessa problematização, e considerando que a implementação dos direitos humanos é tarefa complexa, busca-se na teoria da reinvenção dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores, contribuições para pensar-se criticamente o direito à saúde no Brasil. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, de procedimento, o monográfico. Além disso, empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, como forma de responder ao problema proposto.

Palavras chave: Direitos Humanos; Sociedade; Teoria Crítica.

ABSTRACT

The dominant theory of human rights rests on a set of typically Western assumptions. In this simplistic conception, human rights are points of arrival, as if the mere affirmation of rights were sufficient to effectively guarantee rights in practice. Based on this problematization, and considering that the implementation of human rights is a complex task, the theory of the reinvention of human rights, formulated by the Spanish philosopher Joaquín Herrera Flores, contributes to think critically about the right to health in Brazil. The research method used was hypothetical-deductive, procedure, monographic. In addition, the technique of bibliographical research was used as a way to respond to the proposed problem.

Keywords: Human Rights; Society; Critical Theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; 2 A TEORIA CRÍTICA DA REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; 3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm sido objeto de discussão em diversos espaços, não apenas pela academia, mas também nos foros políticos e sociais.

A consagração dos direitos humanos neste século vai ocorrer com a Declaração Universal de 1948, pois segundo o pensamento dominante essa carta representou um compromisso comum entre as nações, abrangendo um ideal a diversas culturas, que seria a proteção à dignidade da pessoa humana.

A positivação dos direitos humanos não implica necessariamente a eficácia de tais direitos. Nesse sentido é que os Relatórios de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas apontam para as violações aos direitos humanos e à dignidade, que em pleno século XXI atingem milhões de pessoas. (HERRERA FLORES, 2009)

Diante dessa contradição da teoria tradicional dos direitos humanos, críticas têm sido formuladas, especificamente, direcionadas para alguns elementos na concepção tradicional, que poderiam ser responsáveis por esta distância entre teoria e realidade.

Herrera Flores (2009) propõe uma nova perspectiva dos direitos como processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana. Para o jus filósofo, o que torna universais os direitos não se baseiam em seu mero reconhecimento jurídico, nem na adaptação de uma ideologia determinada que os entenda como ideais abstratos além dos contextos sociais, econômicos e culturais nos quais surgem e para os quais devem servir de pauta crítica.

A partir dessa problematização, e considerando que na atualidade os direitos humanos é tarefa complexa e de extrema relevância para parcelas significativas da população brasileira, ainda carentes dos recursos mais básicos como saúde, alimentação, moradia, educação, etc., objetiva-se buscar na teoria da reinvenção dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores, contribuições para pensar-se criticamente o fundamento do direito à saúde no Brasil.

O método utilizado no artigo foi o hipotético-dedutivo, pois partindo de um problema a investigação procura-se uma resposta por meio da análise qualitativa do referencial bibliográfico elegido para o estudo. O método de procedimento adotado foi o monográfico. Além disso, empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica.

Para fins de análise do objetivo central da pesquisa, o estudo foi desenvolvido em três partes: na primeira, o texto está organizado dentro de um panorama histórico/jurídico das principais declarações de direitos humanos que influenciaram para universalidade destas. Já na segunda parte, a pesquisa centra-se na teoria da reinvenção dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores; e por último, na terceira parte deste estudo, com vistas a responder a problemática desta pesquisa, procura-se refletir a fundamentação do direito à saúde no Brasil, e as possíveis contribuições da teoria da reinvenção dos direitos humanos de Herrera Flores, para pensar-se criticamente o direito à saúde.

1 A TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O estudo dos Direitos Humanos pode realizar-se a partir de distintas perspectivas. De forma a contribuir com o objetivo deste trabalho, o recorte teórico utilizado neste tópico focará na análise da construção jurídica a partir do contexto pós segunda guerra mundial, quando os direitos humanos se “universalizará” com a Declaração Universal de 1948.

De antemão, cabe assinalar os apontamentos de Bobbio (2004, p.18) ao mencionar que a invenção dos direitos humanos, a partir das declarações de direitos, compreendeu três fases distintas: a primeira compreende as teorias filosóficas; a segunda fase envolve a passagem da teoria à prática (positivação dos direitos naturais); terceira, e última corresponde à universalização dos direitos.

Ao afirmar que “as declarações nascem como teorias filosóficas”, Bobbio resgata o pensamento liberal moderno, em especial, de John Locke, mencionando a ideia de que o homem possui direitos por natureza e que ninguém lhe pode retirar (nem o próprio homem, nem mesmo o Estado). Locke mencionava que o estado de natureza, onde os indivíduos são livres e iguais, é o verdadeiro estado do homem, sendo que o estado civil “não tem outra meta além da de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e da igualdade naturais”. (BOBBIO, 2004, p.18)

Ainda que de maneira diferente a Declaração Universal dos Direitos do Homem não abandonou a hipótese do estado de natureza, isso porque, conforme assevera Bobbio (2004,

p.18) “as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração [...] conservam um claro eco de tal hipótese: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. 'São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. (BOBBIO, 2004, p.18)

A segunda fase de construção da teoria tradicional dos direitos humanos ocorre com a passagem do pensamento filosófico para a prática. As Declarações de Direitos dos Estados Norteamericanos e da Revolução Francesa são exemplos desse período, pois ocorrem no momento em que “essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, [...] e postas na base de uma nova concepção do Estado [...]”. (BOBBIO, 2004, p.18)

A proclamação de abertura da Declaração da Virgínia merece destaque, pois ao declarar que “todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948 [...]”. (COMPARATO, 1999, p.98)

Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre, direitos esses que pertencem a ele e a sua posteridade, como base e fundamento do governo.

1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade [...]. (COMPARATO, 1999, p.101)

No mesmo sentido a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressamente reconhece que suas disposições constituem-se numa declaração solene, e do povo francês, sobre os direitos naturais:

Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos,

resolvem expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem [...]. (COMPARATO, 1999, p.138)

Ao realizar a leitura do parágrafo primeiro da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 e do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, observa-se que a afirmação dos direitos “do homem é o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos, enquanto direitos positivos ou efetivos”. Em ambas as passagens, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade, pois somente valem no âmbito do Estado que os reconhece. (BOBBIO, p.18-19)

O triunfo da visão individualista coincide justamente com os eventos inaugurais da positivação dos direitos humanos: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, mas principalmente, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Elas agregaram, ainda, a expressão legal do projeto iluminista fundado na promessa de emancipação do indivíduo das formas de opressão política. (BRAGATO, 2014, p. 208)

Quando os legisladores da modernidade equiparam as noções de direitos humanos e direitos naturais do homem, como formulados pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, está-se, com isso, dizendo que os direitos humanos se fundamentam “como direitos que o homem porta porque tem uma natureza, que é a sua racionalidade”. (BRAGATO, 2014, p. 209)

O início da terceira fase (e última) descrita por Bobbio (2004, p.19) ocorre com a Declaração de 1948, na qual a afirmação dos direitos ocorrerá de forma universal e positiva.

A concepção atual de Direitos Humanos é fruto do processo de internacionalização da declaração, que foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, cujas revelações só foram feitas após o encerramento das hostilidades. (COMPARATO, 1999, p.209)

Quanto a força jurídica desse documento, Comparato (1999, p.209) não concorda com a afirmação de que este não possui força vinculante por tratar-se de uma “recomendação” que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros. Fundamenta sua discordância no sentido de que:

Este entendimento, [...], peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, que, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito a dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (COMPARATO, 1999, p.210)

Leciona Comparato (1999, p.209) que a Declaração, retomando os ideias da Revolução Francesa, “representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade”.

A Declaração de 1948 é ressaltada por Bobbio pelos dois sentidos que ela adquiriu, a saber, de universal e positiva. A universalidade é no sentido de que os “destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens”. Além disso, o sentido “positivo” da declaração coloca em movimento um processo cujo final os direitos do homem deverão ser, não mais apenas proclamados, mas efetivamente protegidos, até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 2004, p.19)

Para além de algo doutrinário ou reduzido a um sistema de normas jurídicas, menciona Bobbio que a Declaração de 1948, “proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. (BOBBIO, 2004, p.19)

Resgatar as características de construção jurídica dos direitos humanos pela teoria dominante é importante, isso porque, estas moldaram o discurso dos direitos humanos que conhecemos.

Aprende-se em grande parte das faculdades de Direito, que os Direitos Humanos foram conquistas das lutas políticas europeias da Modernidade para reconhecer os princípios de liberdade e igualdade difundidos pelo pensamento liberal, e que nesse contexto, irá ocorrer o empoderamento do “indivíduo racional” que passará a agir com autonomia e livre arbítrio, amparados num sistema jurídico que vai lhes conferir tais direitos (BRAGATO, 2014, p. 204-205)

Segundo esta concepção, os direitos humanos são considerados um projeto moral, jurídico e político criado na Modernidade Ocidental e que, depois de ter sido suficientemente desenvolvido e amadurecido, foi exportado ou transplantado para o resto do mundo. Como consequência, as origens dos direitos humanos têm pouco ou nada a ver com a história e a racionalidade dos povos não ocidentais. (BRAGATO, 2014, p. 205)

Boaventura de Souza Santos (1997, p.20) nos chama a atenção para observamos que no período pós-segunda guerra mundial, as políticas de direitos humanos estiveram em geral ao serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos.

Essa segmentação que o discurso hegemônico liberal impôs sobre os direitos humanos, tem feito que diversos protagonistas das práticas sociais, como ocorrem com aqueles que lutam pelas terras ou as lutas sindicais, e desde já se acrescenta a batalha pelo direito a saúde no

Brasil, não estejam contemplados por este discurso eurocêntrico/hegemônico. (GÁNDARA CARBALLIDO, 2014, p.77)

É importante reconhecer os direitos humanos como um produto cultural desenvolvido no marco da modernidade ocidental capitalista e que este, efetivamente, tem cumprido um papel legitimador da ideologia dominante. Acrescenta Gándara Carballido (2014, p.78) que a concepção hegemônica dos direitos humanos, não condiz com o imaginário de boa parte da população, mesmo entre grupos que participam das diversas lutas que estão em busca de novas formas de organização social, política e econômica.

No contexto desse desafio é importante refletir a necessidade de um pensamento crítico dos direitos humanos. Portanto, buscar-se-á as contribuições de Joaquín Herrera Flores, que propõe uma “Reinvenção dos Direitos Humanos”.

2 A TEORIA CRÍTICA DA REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Construir um pensamento crítico em direito humanos, conforme Gándara Carballido (2014, p.80) “não é uma tarefa que se pode plantar como fruto de um ensinamento especulativo”. A construção desse pensamento será resultado de um processo de diálogo permanente que deve sustentar-se desde os distintos processos de luta social que se desenvolvem.

Ao apostar no pensamento crítico, buscam-se alternativas de desenvolvimentos possíveis que superem os limites do discurso liberal dos direitos humanos, que só tende a legitimar práticas colonialistas e a favorecer o sistema capitalista. (GÁNDARA CARBALLIDO, 2014, p.80)

Superar a concepção de direitos humanos formalista, estatista e monocultural, em tempos de transição paradigmática e de novos horizontes abertos pelo globalismo neoliberal, é tarefa que se coloca para a teoria crítica dos direitos humanos. (WOLKMER, 2016, p.679)

Uma teoria de perspectiva crítica opera na busca de libertar o sujeito de sua condição histórica de um ser negado e de um ser excluído no mundo da vida com dignidade. A “crítica”, como saber cognitivo e exercício da prática emancipadora, tem de revelar o grau de alienação e de automação vivenciado pelo homem que, na maioria das vezes, não tem real e verdadeira consciência dos processos determinantes e aviltantes que inculcam representações míticas. (WOLKMER, 2016, p.680)

Com efeito, ressalta Wolkmer (2016, p.680) que a “teoria crítica” “tem um papel pedagógico transgressor”, isso porque, opera mecanismos para “conscientização, resistencia e emancipação, incorporando as esperanças, intentos e carências de sociabilidades que sofrem qualquer forma de discriminação, colonização e exclusão”.

A verdade de uma teoria crítica exige analisar os paradoxos e as contradições que moldam conservadoramente uma teoria tradicional dos direitos. Para isso, deve a crítica jurídica servir como instrumento de luta contra visões absolutistas e excludentes que postulam o fechamento categorial do direito a qualquer contexto social, economico, político ou cultural. Por tal razão, mais que um enfrentamento com a dogmática jurídica, a teoria crítica propõe um afastamento dos reducionistas normativistas fora da realidade social. (WOLKMER, 2016, p.681)

Nessa perspectiva, segundo Wolkmer (2016, p.681) se insere a “construção jusfilosófica de Joaquín Herrera Flores, insurgindo-se contra as falsas e passivas concepções formalistas, normativas e idealistas, defendendo a construção de uma proposta realista, histórica e contextualizada dos direitos humanos.”

Herrera Flores expõe que os direitos humanos constituem um dos principais desafios do presente século, e por isso, é necessário reinventar os direitos humanos de forma “aberta, diversa e plural”. (2009, p.13)

Para construir uma teoria crítica, importa o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade no marco de uma concepção material e concreta de dignidade. E por isso, a teoria crítica dos direitos humanos demanda uma nova perspectiva, contextualizada em práticas sociais emancipatórias, sendo os direitos vistos como “resultados provisórios de lutas sociais por dignidade”. (HERRERA FLORES, 2009, p.13-14).

Com essa visão queremos superar a polêmica entre o pretensão universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas. Ambas as afirmações são produtos de visões reducionistas da realidade. Ambas acabam por ontologizar e dogmatizar seus pontos de vista, ao não relacionarem suas propostas com os contextos reais. (HERRERA FLORES, 2002, p.14)

Os direitos humanos não podem ser considerados como algo dado ou construído de uma vez por todas em 1789 ou em 1948, pois estes se tratam de processos que, nos dizeres de Herrera Flores, podem ser descritos como dinâmicas e lutas históricas resultado dos movimentos de resistência contra a violência ocorrida pelas diferentes manifestações que o poder, tanto público ou privado, tem exercido contra os indivíduos e os coletivos. (2010, p.99)

Segundo Herrera Flores (2002, p.16) é importante adotar uma visão complexa dos Direitos Humanos assumindo a realidade e a presença de múltiplas vozes, “todas com o mesmo direito a expressar-se, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática que prima pela participação e pelas decisões coletivas”.

Ao contextualizar o porquê entende os direitos humanos como processo, Herrera Flores expõe inicialmente que vivemos em um novo contexto social, econômico, político e cultural, que data inicialmente da queda do Muro de Berlim e do anúncio do “fim da história” pelos que se autodeclararam vencedores da Guerra Fria. Neste novo contexto, irá ocorrer a paralisação das medidas interventoras por parte do Estado em relação às atividades econômicas. (2009, p. 23-24)

Se há quatro décadas o Estado controlava as consequências do mercado (poluição, destruição do patrimônio histórico-artístico, etc.) aplicando medidas interventoras, na atualidade é o mercado que impõe as regras aos Estados por meio de instituições globais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e, sobretudo, a Organização Mundial do Comércio. (2009, p.24)

Ainda, conforme Herrera Flores, desde essa influência do mercado sobre o Estado, assiste-se a uma deterioração do meio ambiente, o aumento das injustiças e desigualdades propiciadas pelo comércio e pelo consumo indiscriminado, o aumento da violência e o não cessar das guerras, as deficiências em matéria de saúde e de “convivência individual e social que sofrem quatro quintos da humanidade”, isso tudo, exprime o autor, obriga-nos a pensar e a apresentar “os direitos desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras”. (2009, p.25)

Ressalta Herrera Flores que na lógica da teoria dominante temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que temos direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. (2009, p.27)

Para superar essa lógica positiva/hegemônica/eurocêntrica de direitos humanos, Herrera Flores, indo além da teoria tradicional, propõe três níveis de trabalho para superar essa visão.

O primeiro nível seria “o quê” dos direitos”. Os direitos humanos, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. (2009, p.28)

Não pode-se admitir e tomar como dogma que o direito cria direito, pois isso é cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso. Assim, Herrera Flores (2009, p.29) inicia falando não de “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade: expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico - artístico etc. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens:

Assim, quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito. (HERRERA FLORES, 2009, p.29).

No segundo nível de trabalho, deve-se indagar o “por quê” dos direitos”, ou, em outros termos, as razões pelas quais construímos essa convenção que chamamos de “direitos humanos”. Para Herrera Flores (2009, p.30) promovemos processos de direitos humanos, primeiro, porque necessitamos ter acesso aos bens exigíveis para viver e, segundo, porque eles não caem do céu. O acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter. (2009, p.30)

No terceiro nível compreendido como “O “para quê” dos direitos”, os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Herrera Flores entende por dignidade:

[...] não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “a priori” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação. Mas, cuidado! Falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida. (2009, p.31)

Ao descrever os três níveis de trabalho Herrera Flores (2009, p.33) comenta que o “conteúdo básico dos direitos humanos não é o direito a ter direito”, será o “conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, [...], deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.

Ao adotar-se os três níveis de trabalho apresentado por Herrera Flores, este apresenta como resultaria revisada “criticamente” o preâmbulo da Declaração de Direitos Humanos de 1948:

Preâmbulo: “reconhecendo que os direitos humanos não constituem um ‘ideal abstrato’ que, como todo horizonte, se afasta a medida que nos aproximamos, proclamamos que tais direitos são o conjunto de processos que os indivíduos e os grupos humanos põem em marcha cotidianamente para ter acesso aos bens exigíveis para uma vida digna de ser vivida”

Artigo 1º. - Todos os seres humanos devem ter os instrumentos, meios e condições necessárias, a fim de que possam pôr em prática “processos de luta pela dignidade humana”.

Artigo 2º. - A dignidade humana é um fim perseguido pelos direitos humanos. A dignidade consiste na obtenção de um acesso igualitário aos bens, tanto materiais como imateriais, que se consegue no constante processo de humanização do ser humano.

Artigo 3º. - Para conseguir o anterior, os seres humanos em luta para abrir processos de dignidade devem ter suficiente poder individual e coletivo para exigir das instituições legislativas, internacionais e nacionais, um sistema de garantias (políticas, sociais, econômicas e jurídicas) que lhes permitam gozar do resultado de suas lutas. Para tal efeito, declaram-se como garantias mínimas as que se relatam a seguir... (HERRERA FLORES, 2009, p.33)

Levando-se em conta as contribuições de Herrera flores acima, o próximo tópico pretende analisar, ainda que brevemente, a construção do fundamento do direito à saúde no Brasil.

3 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 trouxe no Título II, um rol de direitos e garantias fundamentais que vão do artigo 5º ao 17º. Tais direitos estão divididos em: direitos e deveres individuais e coletivos; dos direitos sociais; direitos de nacionalidade; dos direitos políticos e direitos de criação, organização e participação em partidos políticos. Salienta Sarlet (2012, p. 67) que esses direitos, encontrados no Título II da CRFB/1988, contemplam direitos fundamentais de diversas dimensões.

A partir do artigo 6º da Constituição de 1988, constatamos o reconhecimento da saúde como direito fundamental e constitucionalmente positivado, o que demanda pelo Estado uma prestação positiva para garantir a saúde de todos, pois como direito fundamental, possui aplicação imediata (SCHWARTZ, 2001, p. 53).

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Embora o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 contemplem imenso rol de direitos que considera básicos aos direitos sociais, este não especifica caminho para sua concretização.

O artigo 196 da CRFB/1988 reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e deverá ser garantida mediante políticas sociais e econômicas (BRASIL, 1988).

Para Schwartz (2001, p.57) a norma do artigo 196 é auto-aplicável e de eficácia imediata, pois compreende que o “corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a ideia de que a saúde é direito fundamental do homem [...]”. Acrescenta o autor que as políticas públicas de saúde são o primeiro meio de efetivação deste direito, e que a atuação judiciária ocorre somente em momento posterior, quando constata-se a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito a saúde (SCHWARTZ, 2001, p.57)

Considera Sarlet que a norma do artigo 196, da CRFB/1988, integra o rol de direitos fundamentais, previstos no artigo 6º da magna carta, pois:

Com efeito, já se viu, oportunamente, que, por força do disposto no art. 5, § 2, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 311)

Dallari afirma que é indiscutível o fato de a saúde ser direito fundamental do homem, pois:

Ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde. (DALLARI, 1986, p.56).

Buscando garantir o direito à saúde para todos, por meio de ações e serviços públicos de saúde, a Constituição Federal de 1988, no artigo 198, constitui o surgimento de uma rede

regionalizada e hierarquizada, de atuação em todo território nacional, com direção única em cada esfera do governo. Tal rede é o Sistema Único de Saúde - SUS, instituído posteriormente com a edição das leis orgânicas da saúde. (BRASIL, 1988)

Tais colocações acima nos direcionam a um pensamento dominante de que a Constituição Federal de 1988, assim como a legislação infraconstitucional, asseguram o direito humano/fundamental à saúde para todos os brasileiros, e que estes não o precisam “defender”, pois a mera declaração de tal direito já os assegura de forma universal e igualitária. De fato, a positivação do direito à saúde na CFRB/1988 foi uma grande conquista para/da sociedade brasileira. Porém, inúmeros indivíduos não visualizam esse direito como um processo, que desenvolveu-se de maneira lenta e gradual ao longo da história.

Na análise de Vieira (2013, p. 314), foi com o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, no interior de suas lutas, que continuamente objetivou construir os alicerces de um sistema de saúde público que atendesse a todos os níveis de atenção à saúde de forma universal e igualitária.

As fissuras no paradigma dominante do capitalismo ditatorial que havia no país - o qual já demonstrava esgotamento com o fim do denominado “milagre econômico”, crise do petróleo e retorno inflacionário, falência do sistema de saúde previdenciário e modelo de privatização da saúde pública - refletiram nos resultados eleitorais da oposição, o que abriu a possibilidade de “forçar” o regime militar a “aceitar” a discussão com manifestações sociais da Sociedade. (VIEIRA, 2013, p. 315)

Segundo Vieira, “as experiências participativas se interligam com todo processo histórico realizado pela Sociedade para desprivatizar o público e torná-lo um patrimônio da coletividade”. (2013, p.338)

Ao tecer comentários sobre a articulação e atuação da sociedade em torno do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira, que buscava melhorar o sistema de saúde então vigente, Vieira assinala que:

Desse modo, participaram e atuaram nos debates e nas ações do PIASS, Prev-Saúde, PAIS, AIS e SUDS. Por conseguinte, era um movimento que espelhava as contradições e a complexidade de uma Sociedade que procurava reaprender e reinventar a cidadania no país. Portanto, o MRSB sintetizou uma articulação da Sociedade no processo de abertura política do país e para que ele viesse a ocorrer, o que culminou em um rompimento com o modelo de monismo jurídico e da representação da cidadania, já que as bases normativas do SUS não foram construídas pela democracia representativa, mas foram fruto do espaço de agora

que a Sociedade havia construído por décadas e que culminou na 8ª Conferência Nacional de Saúde. Assim, ao espaço institucional do Estado e ao Congresso Constituinte restou receber esse processo da cidadania participativa da Sociedade e inseri-lo (pelo menos em grande parte) na CRFB/1988. (VIEIRA, 2013, p. 315)

É com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, que as propostas do movimento da Reforma Sanitária adquiriram sua mais acabada expressão, introduzindo mudanças no setor da saúde, de forma “a torná-lo democrático, acessível, universal e socialmente equitativo” (GERSCHMAN, 1995, p. 42).

Nesta conferência, ocorreram discussões em torno do conceito de saúde, o reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado, a criação do SUS, a descentralização e hierarquização dos serviços, a atenção integral às necessidades de saúde da população e a participação popular no setor da saúde. (AGUIAR, 2011, p. 37)

Vieira (2013, p.340) ressalta que toda essa mobilização da Sociedade, se constituiu em uma resposta à crise de legitimidade do paradigma representativo liberal, pois o modelo hegemônico passa a ser questionado, tendo em vista a crise do Estado Social de Direito, mas também “pela nova reordenação do modelo capitalista em sua versão neoliberal, que procura retroceder inclusive as conquistas do *Welfare State*, que já eram consideradas insuficientes pela Sociedade”.

Lembra Vieira (2013, p. 275) que, “a saúde deve ser visualizada como um processo em construção, não como algo acabado. Ela é influenciada pelo meio no qual o sujeito humano convive e pelas relações políticas, econômicas e sociais”.

Segundo Vasconcelos e Pasche (2009, p. 532),

O SUS é um produto da Reforma Sanitária Brasileira, originada do movimento sanitário, processo político que mobilizou a sociedade brasileira para propor novas políticas e novos modelos de organização de sistema, serviços e práticas de saúde. Uma realização importante deste processo foi a inserção no texto constitucional da saúde como um direito de cidadania, e dever do Estado, e que realçou e deu força jurídica de relevância pública às ações e serviços de saúde.

Na mesma linha, porém descrevendo os conselhos de saúde, afirma Carvalho (1997, p.104) que,

Os Conselhos podem então ser vistos como estruturas permanentes, de caráter público, à luz do pacto do bem comum estabelecido para a saúde, examina e acolhe demandas, compatibiliza interesses e chancela uma agenda setorial ‘de

interesse público', capaz então de paramentar a ação do Estado. Seu lugar ou papel no sistema estatal de formulação e implementação de políticas seria o de, operacionalmente, estabelecer ou discriminar aquilo que é o interesse público, no processo cotidiano do processo de apresentação de demandas e conflito/pactuação de interesses. Muito mais do que uma 'porta de acesso' ao aparelho estatal e seus mecanismos decisórios, os Conselhos são, para os diversos grupos de interesse, uma arena de tematização e publicização de seus interesses específicos. Embora sejam detentores de poderes legais, sua principal característica não é a de operar com os poderes de governo e sim processar interesses de modo a estabelecer o interesse público.

Assim, afirma Vieira que (2013, p.361), não se pode vislumbrar a existência do direito à saúde ou do SUS sem o processo da cidadania participativa em saúde. O discurso que fundamenta à saúde como direito pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional, na atual configuração apresenta falhas e incoerências, como o discurso dominante dos direitos humanos. Isso tem refletido numa visão restrita da saúde, que muitas vezes é vista como ausência de doença (já ultrapasso) sendo que a concepção de direito à saúde abrange variados bens e proteção para as diversas formas de vida humana nesse país de dimensões continentais.

CONCLUSÃO

A teoria dominante dos Direitos Humanos tem contribuído ao longo dos últimos períodos para ocultar o caráter ideológico dos direitos garantidos nas "cartas internacionais", tanto que nega os diversos contextos locais dos países periféricos. Observa-se que os direitos humanos nessa visão são reduzidos a mera normas jurídicas que mencionam que todos os seres humanos possuem estes direitos desde o nascimento. Para a teoria tradicional, os direitos humanos são pontos de chegada. Como se a mera posituação de direitos fosse suficiente para efetivamente garantir direitos na prática. Por isso, os direitos humanos, na atualidade, devem ser entendidos de um modo diferente daquilo que foi estabelecido em 1948 na Declaração, autoproclamada, Universal.

De fato, conforme afirma o professor Herrera Flores, a discussão dos Direitos Humanos é um imenso desafio nesse presente século. Isso porque, mesmo diante de todos os avanços que acompanhamos com as declarações de direitos oriundas do modelo ocidental, elas são características e expressões de determinado momento distinto do que vivenciamos hoje.

Significativas são as contribuições de Herrera Flores para diminuir a distância entre a teoria e a prática dos direitos humanos. Para tanto, este adota e desenvolve uma concepção crítica de Direitos Humanos, lançando luzes ao demonstrar que a teoria hegemônica é por vezes um obstáculo para a efetivação dos direitos e garantias humanas.

Nesse sentido, uma das grandes contribuições do professor Herrera Flores foi possibilitar um caminho novo para as pessoas (militantes, intelectuais, etc) que lutam pelas causas dos direitos humanos, isto porque, ele nos possibilita fugir dos lugares mais comuns disponibilizados pelo pensamento jurídico ocidental que foi construído e moldado em torno do tema dos direitos humanos.

Não há dúvidas que a teoria crítica dos direitos humanos nos traz uma demanda nova de perspectiva, pois foi contextualizada em práticas sociais emancipatórias, o que nos permite concluir que os direitos são vistos como “resultados provisórios de lutas sociais por dignidade”.

O jus filósofo espanhol não via os Direitos humanos como produtos acabados, mas sim, por conquistas a serem efetivadas a cada dia e que dependem do envolvimento de todas e todos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou à Saúde como um direito fundamental do cidadão, direito este que, é dever do Estado e direito de todos. Tal direito ganhou um arcabouço jurídico, através das leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990, onde restou estabelecido um complexo de princípios, regras e limitações no âmbito das políticas de saúde.

Portanto, não pode-se enxergar a Constituição de 1988 como um ponto de chegada, que garantiu o direito fundamental a saúde. Pelo contrário, devemos compreender o direito a saúde como um processo de luta diária. É fundamental nesse processo, o fortalecimento dos indivíduos, grupos e organizações que atuam no âmbito da garantia do direito a saúde. Assim, possibilitar-se-á construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso ao bem saúde, fazendo com que a vida seja digna de ser vivida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Z. N. **SUS: Sistema Único de Saúde - antecedentes, percurso, perspectivas e desafios.** São Paulo: Martinari, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n.1, p. 201-230, abr. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

CARVALHO, A. I. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como reforma do Estado. In: FLEURY, S (Org.). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, S. G. **Direito à saúde**. São Paulo: Artes Gráficas, 1986.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel. Repensando los derechos humanos desde las luchas. **RCJ - Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 1, Núm. 2, p. 75-105, 2014. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/88>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

GERSCHMAN, S. **A democracia inconclusa: um estudo de reforma sanitária brasileira**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los Derechos Humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 72-109

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HERERRA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 05 set. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. Una concepción multicultural de los Derechos Humanos. **Revista Memoria**. Nº 101. Julio, 1997.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. Teoria Crítica dos Direitos Humanos. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (Org.). **Enciclopédia Latino-Americana Dos Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 679-684

VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. In: CAMPOS, Gatão Wagner de Sousa *et al.* (Orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. 2. ed. São Paulo: Hucitec/Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na República Participativa**: Pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde. 2013. 540p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2013.

Recebido em: xx / Aprovado em: xx

Preenchimento pelos editores.