

Interdependência dos Direitos Humanos e Direito à Saúde Pública no Brasil

Interdependence of Human Rights and the Right to Public Health in Brazil

Interdependencia de los derechos humanos y el derecho a la salud pública en Brasil

Carolina Lima Gonçalves

(Professora da Faculdade Sensus, Mestra em Direitos Humanos/PPGIDH-UFG, Brasil)

E-mail: carolina.lima.goncalves@hotmail.com

Resumo

O presente artigo investiga em que medida o reconhecimento da interdependência entre os Direitos Humanos impacta na efetivação do direito à saúde pública no Brasil. Para tanto parte-se da identificação e análise das principais características da Teoria das dimensões dos Direitos Humanos, com ênfase na dicotomia adotada para categorizar os direitos, também denominada de concepção canônica ou *standart*, cuja construção se funda na suposta distinção natural entre direitos civis, negativos e liberais frente aos direitos econômicos, positivos e prestacionais. Em seguida, inicia-se um exame da relação entre Estado e Direitos Humanos, uma vez que é no âmbito daquele que a luta pela efetividade de tais direitos se agudiza, perpassando pela orçamentação pública como instrumento de efetivação de direitos humano-fundamentais. Por fim, passa-se ao exame da tutela do direito à saúde pública no Brasil a fim de verificar se de fato a ideia de evolução progressiva, linear e expansiva dos Direitos Humanos se concretiza.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Direito à Saúde; Direitos Humanos; Orçamento Público.

Abstract

This article investigates to what extent the recognition of the interdependence between Human Rights impacts the realization of the right to public health in Brazil. Therefore, it starts with the identification and analysis of the main characteristics of the Theory of the Dimensions of Human Rights, with emphasis on the dichotomy adopted to categorize rights, also called the canonical or standard conception, whose construction is based on the supposed natural distinction between civil rights, negative and liberal rights against economic, positive and benefiting rights. Then, an examination of the relationship between the State and Human Rights begins, since it is in the context of the latter that the struggle for the effectiveness of such rights becomes more acute, passing through public budgeting as an instrument for the realization of fundamental human rights. Finally, the protection of the right to public health in Brazil is examined in order to verify whether the idea of progressive, linear and expansive evolution of Human Rights actually materializes.

Keywords: Social Rights; Rght to Health; Human Rights; Public Budget.



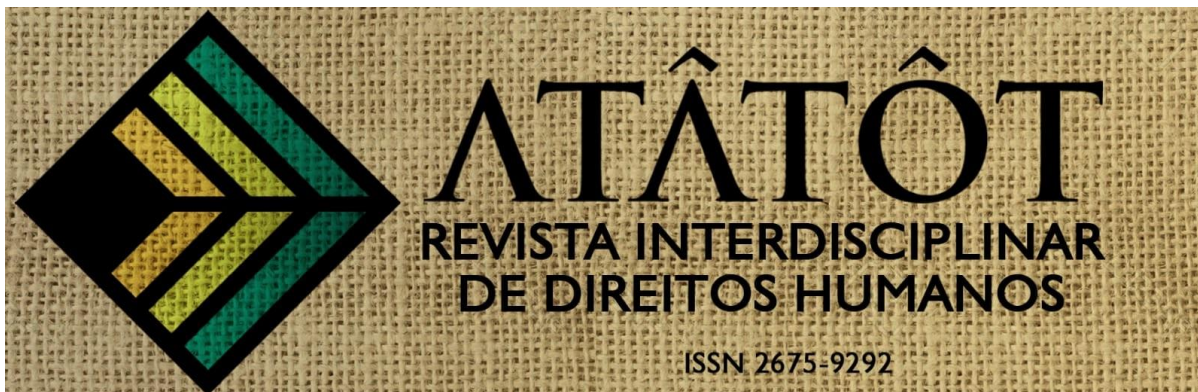
Resumen

Este artículo investiga en qué medida el reconocimiento de la interdependencia entre los Derechos Humanos impacta en la realización del derecho a la salud pública en Brasil. Para ello, partimos de la identificación y análisis de las principales características de las dimensiones de la Teoría de los Derechos Humanos, con énfasis en la dicotomía adoptada para categorizar los derechos, también llamada concepción canónica o estándar, cuya construcción se basa en la supuesta distinción natural entre derechos civiles, negativos y liberales en relación con los derechos económicos, positivos y a plazos. A continuación, se inicia un examen de la relación entre el Estado y los Derechos Humanos, ya que es en ese contexto donde se agudiza la lucha por la efectividad de tales derechos, pasando por el presupuesto público como instrumento para la realización de los derechos humanos fundamentales. Finalmente, examinamos la protección del derecho a la salud pública en Brasil con el fin de verificar si la idea de evolución progresiva, lineal y expansiva de los Derechos Humanos se materializa efectivamente.

Palabras-clave: Derechos sociales; Derecho a la Salud; Derechos humanos; Presupuesto Público.

Recibido em: 10/05/2021

Aceito em: 20/06/2021



1. Introdução

De início cumpre enfatizar que o presente trabalho não ignora a relevância da discussão acerca da universalidade dos Direitos Humanos¹. Tema instigante e profundamente investigado por diversos autores das mais diversas áreas do conhecimento, isto é, juristas, filósofos, sociólogos e antropólogos, os quais vêm travando rico debate sobre o caráter universal dos Direitos Humanos frente às questões regionais e culturais².

Contudo, o objetivo do presente texto é propor o exame das estruturas teóricas e normativas que se relacionam com a efetividade dos Direitos Humanos na órbita interna dos Estados. Em verdade, aqui, ainda, mais especificamente pretende-se compreender em que medida o reconhecimento da interdependência dos Direitos Humanos afeta a efetividade do direito à saúde pública no Estado Brasileiro.

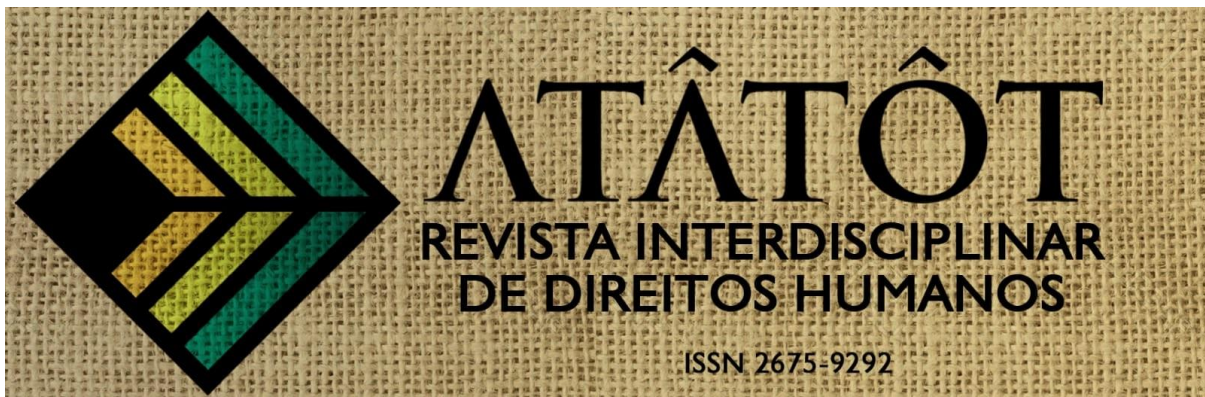
Para tanto parte-se da análise da perspectiva teórica das dimensões (ou gerações) dos Direitos Humanos, a qual propôs a categorização atomista de tais direitos, e que defende a distinção natural entre direitos civis, negativos e liberais frente aos direitos econômicos, positivos e prestacionais. Perspectiva que fora amplamente divulgada por Bobbio (2004) e por sua vez, objeto de crítica veemente por diversos autores, dentre eles Rabossi (1993).

Com efeito, partindo da premissa proposta por Hannah Arendt (1989) de que a manutenção de vínculo jurídico com um Estado impacta na proteção e efetividade dos Direitos Humanos, tanto no âmbito interno quanto internacional, buscamos examinar de que modo a atuação dos Estados, com ênfase nas políticas orçamentárias promovem a efetividade dos Direitos Humanos em seu próprio território. Desse modo, acolhemos as ideias de Schumpeter (1991) que propõe o exame das sociedades por meio das lentes da tributação e orçamentação a fim de descortinar as escolhas de reconhecimento intersubjetivo sancionadas por via estatal por meio das Constituições, conforme Habermas (2002) e Taylor (2000).

Assim, analisamos o direito à saúde pública no Brasil a fim de verificar - no que tange especificamente as regulamentações orçamentárias (ótica normativa e fiscal) - a adequação das políticas estatais brasileiras de promoção de Direitos Humanos à teoria das dimensões (perspectiva teórica). Com vistas a perquirir em que medida o reconhecimento da interdependência dos Direitos Humanos corrobora com a efetividade dos mesmos na órbita interna dos Estados.

¹ Nesse sentido, importa mencionar que o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados - no Brasil promulgada por meio do Decreto nº [7.030, de 14 de dezembro de 2009](#) - expressamente prevê que, em regra, os Estados que anuem a Tratados internacionais não podem invocar disposições jurídicas internas com vistas a justificar o descumprimento do acordo internacional dantes firmado.

² A título de exemplo cumpre referenciar importante texto de Baldi (2018) no qual o autor que desenvolveu fortes críticas a denominada versão hegemônica dos Direitos humanos, por meio da análise do secularismo, propondo o exame crítico dos Direitos Humanos sob uma perspectiva descolonial. Segundo o autor, embora haja uma disseminação da defesa da ideia de universalidade e interdependência há uma ênfase maior a certos direitos em detrimento de outros.



2. Concepção Canônica dos Direitos Humanos

De início cumpre asseverar que os direitos não são um dado da natureza, mas sim advindos da conjuntura sócio-cultural das sociedades, portanto, criação humana, de modo que toda a classificação corresponde à eleição de critérios distintivos decorrente da perspectiva vigente à época de sua elaboração.

Isso dito, tem-se que o presente trabalho objetiva examinar em que medida a perspectiva teórica que defende a distinção na essência entre direitos civis e econômicos corrobora para a mitigação da efetividade do direito social à saúde³.

Nesse passo, convém esclarecer que conforme Rabossi (1993, p.45) entende-se por concepção canônica de direitos humanos aquela que distingue essencialmente dos direitos civis dos direitos econômicos. Desde já ressaltamos que Rabossi, 1993 sistematiza tal concepção na medida em que constrói críticas contundentes a mesma, ou seja, o autor não concorda com a teoria que fora amplamente disseminada, pelos motivos que serão analisados nas linhas seguintes.

Ademais, cumpre ressaltar que há autores que embora reconheçam a categorização dos direitos humanos em gerações, em razão do contexto histórico que corroborou com sua concepção, ressaltam que distinção não significa, necessariamente, oposição. Nesse sentido, discorre Perez Luño, 1991, p.205:

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la **primera** los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (**Abwehrrechte**) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la **segunda**, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (**Teilhaberechte**), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su

³ Embora num primeiro momento pareça irrelevante o debate acerca da distinção natural ou não dos direitos humanos, é visível que a mesma apresenta consequências práticas, sobretudo, no que concerne a exigência de seu cumprimento. Como bem alerta Habermas, 2002, p. 230 que “*Apenas diante de um tribunal e no âmbito de um discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis através de ação judicial*”. No que concerne o direito à saúde, por exemplo, tem-se que o mesmo está inserido no art. 6º do Capítulo II – Dos direitos sociais, da Constituição Federal brasileira de 1988. Ocorre que, o art. 60 da mesma Constituição, em seu parágrafo 4º, dispõe matérias que, sequer, serão objeto de deliberação, dentre elas o inciso IV prevê os direitos e garantias individuais, os quais sob a perspectiva normativa expressa não se confundem com direitos sociais. Contudo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem fazendo uma interpretação alargada do conteúdo de “direitos e garantias individuais”, como se viu dos julgamentos do RE 587.008, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, DJE de 6-5-2011, Tema 107.] Vide ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994, no qual ficou firmado que: o poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado. Ou seja, se até a anterioridade tributária é salvaguardada como garantia fundamental, entende-se que o direito social à saúde também o seja.



ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos. (grifos no original)

Com efeito, é comezinha a diferenciação de tais direitos sob uma perspectiva atomista, a qual fora bastante difundida por Bobbio (2004, p. 8) para quem os direitos podiam ser segregados em quatro dimensões de acordo com as reivindicações históricas, assim:

As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

Segundo tal categorização é possível proceder ao exame dos direitos humanos centrando em quatro vieses, conforme sistematiza Ramos (2016, p. 29): a) direito - pretensão; b) direito-liberdade; c) direito-poder; d) direito-imunidade afirma-se, respectivamente, que há direitos humanos que materializam a possibilidade de exigir uma prestação de um terceiro, geralmente do Estado, sendo estes os chamados prestacionais. Por outro lado, há direitos humanos que consubstanciam um direito de não interferência de terceiros, com ênfase novamente na figura do Estado, isto é, tal categoria de direito gera em outro polo uma ausência de direitos, direitos de liberdade. Já o direito como poder seria aquele direito que quando exercido imputa uma sujeição a quem se dirige. E por fim, o direito-imunidade consiste na possibilidade conferida a uma pessoa de agir sem que terceiro possa imputar consequências a essa ação.

Nesse passo, ao discorrer sobre a história do processo de afirmação dos Direitos Humanos Lafer (2004, p. 14) distingue quatro fases. Uma. A positivação. Duas. Generalização. Três. Especificação. Quatro. Internacionalização. Propomos o exame da Teoria criada com base na etapa da positivação dos Direitos Humanos. Para tanto importa mencionar que, segundo Lafer (2004, p. 14) *“a positivação é, em síntese, a conversão da aspiração em prol dos direitos humanos em direito positivo”*.

Desse modo, Lafer (2004, p. 14) discorre que a positivação dos direitos humanos se deu em convergência com o reconhecimento da importância da graduação hierárquica do valor dos direitos humanos, razão pela qual tais valores foram gradualmente inseridos nas Constituições dos Estados de direito, passando a ser esta inserção uma das características do próprio modelo de Estado de direito.

Sob essa perspectiva Lafer (2004, p. 14) afirma, com base na teoria difundida por Bobbio (2004), que a etapa da positivação se distingue em três gerações. Sendo a primeira geração galgada em direitos civis e político; a segunda geração direitos econômicos sociais e culturais, e a terceira geração direitos de titularidade coletiva (solidariedade por exemplo).

Ou seja, ao tratar sobre a história do processo de afirmação dos direitos humanos Lafer (2004, p. 18) distingue a normatização no âmbito interno dos Estados, o que denomina de etapa



da positivação, da normatização na seara internacional que corresponde a etapa da internacionalização, a ver:

Observo que o primeiro momento dos direitos humanos no plano internacional foi distinto do que se verificou no plano interno e não é a expressão de uma preocupação com o futuro da espécie na lógica de um direito cosmopolita, Kantianamente atento a uma razão abrangente da humanidade. A sua “fonte material” obedeceu a lógica política da agenda internacionalista. Esta, por sua vez, não foi a das agendas internas, acima descritas, no sumário da etapa da positivação.

Aqui cumpre ressaltar que a análise da etapa da positivação, nos termos em que efetuada por Lafer (2004, p. 15) parte “(...) de uma política de Direito historicamente promovida e irradiada pela Declaração de Direitos da Revolução Americana e Francesa”.

Isto é, de acordo com Lafer (2004, p.15) a positivação dos direitos humanos deu-se, inicialmente, pelos Estados quando inseriram o valor dos direitos humanos em suas Constituições, o que ocorreu primeiro na Revolução Americana e Francesa e, posteriormente, houve a positivação de tais valores no âmbito internacional.

No que tange a normatização em órbita internacional convém ressaltar que há evidente distinção nesse processo, uma vez que a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Contudo, é preciso reconhecer que como bem alerta Lafer (2004, p. 21) “no plano internacional, a positivação dos direitos econômicos e sociais antecede a dos direitos civis e políticos”, uma vez que:

Um dos desdobramentos jurídicos do Pós-primeira Guerra Mundial e da criação da Sociedade das Nações, foi a OIT – a Organização Internacional do Trabalho – uma organização especializada, voltada para a padronização e harmonização em nível adequado, das condições de trabalho, mediante a negociação e a celebração de convenções internacionais.

Nesse sentido é verdadeira a afirmação de Perez Luño (1991, p. 217), para quem:

Conviene advertir, al enfilar el último tramo de estas relexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Nessa toada, algumas questões se impõem: a) é possível sustentar a ideia de positivação uniforme dos valores dos direitos humanos nas Constituições dos Estados, seguindo o modelo



das gerações descritas por Bobbio (2004), com base no que ocorreu nos Estados Unidos e em França, alijada de qualquer exame das questões culturais e do momento histórico em que se encontravam imersos os demais Estados? b) em que medida a teoria da distinção natural entre direitos prestacionais e não-prestacionais advinda da classificação dos direitos humanos em dimensões corrobora com a (in) efetividade do direito social à saúde no Brasil? c) qual a relevância em sustentar uma perspectiva progressista da proteção dos direitos humanos, baseada, tão somente, na positivação de certos direitos como a liberdade ainda que despido de total efetividade, como no caso da Constituição brasileira de 1824⁴, isto é, mantendo o real processo de luta pelo reconhecimento afastado dos holofotes .

Para compreender em que medida a concepção canônica dos direitos humanos fundamentais afeta a efetividade dos direitos, tradicionalmente, denominados sociais/prestacionais, e dado os fins deste trabalho, a examinar a especificamente as influências dessa teoria na efetividade do direito à saúde, importa observar que como concepção canônica entende-se a perspectiva amplamente disseminada de dicotomia natural dos direitos humanos em direitos civis e não prestacionais (negativos) e direitos econômicos e prestacionais (positivos) (Rabossi, 1993, p. 45).

Aqui importa elencar as principais características da concepção canônica nos termos em que descrita por Rabossi, 1993, p. 45, a ver:

- a. los derechos humanos son distintos, *por naturaleza*, de los derechos canônicos (sic) (los derechos políticos suelen ser ubicados junto a los derechos civiles, pero, em definitiva, su *status* es similar al de los derechos econômicos);
- b. que sean distintos por naturaleza que tiene sobre los derechos econômicos una primacía conceptual, legal y práctica; y ello implica, a su vez, que los derechos civiles son verdaderos *derechos* humanos, derechos humanos *auténticos*;
- c. la violación de los derechos humanos civile genera la responsabilidad internacional de los Estados; por consiguiente, denunciar y poner coto a su violación es la función primordial y excluyente de los órganos de control jurisdiccional universales y regionales, de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los organismos no gubernamentales y, em geral, de la opinión pública nacional e internacional;
- d. se sigue de lo anterior que em um sentido estricto de ‘violación de los derechos humanos’, no hay violaciones de los llamados ‘ derechos econômicos’ (ni tampoco em principio, de los derechos políticos); lo que hay son situaciones em la que um número variable de personas vê insatisfechas ciertas necesidades, o no goza de determinados bienes, o no puede acceder a cierta condición, etc; la solución de tales casos puede correr por cuenta del Estado (em la medida de SUS posibilidades) y /o de entidades nacionales o internacionales motivadas por principios humanitários o caritativos.

⁴ O art. 179 da Constituição Política do Império do Brazil previa em seu *caput* a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, contudo tão somente em 1888 a escravidão fora, burocraticamente e formalmente, abolida do Brasil, por meio da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.



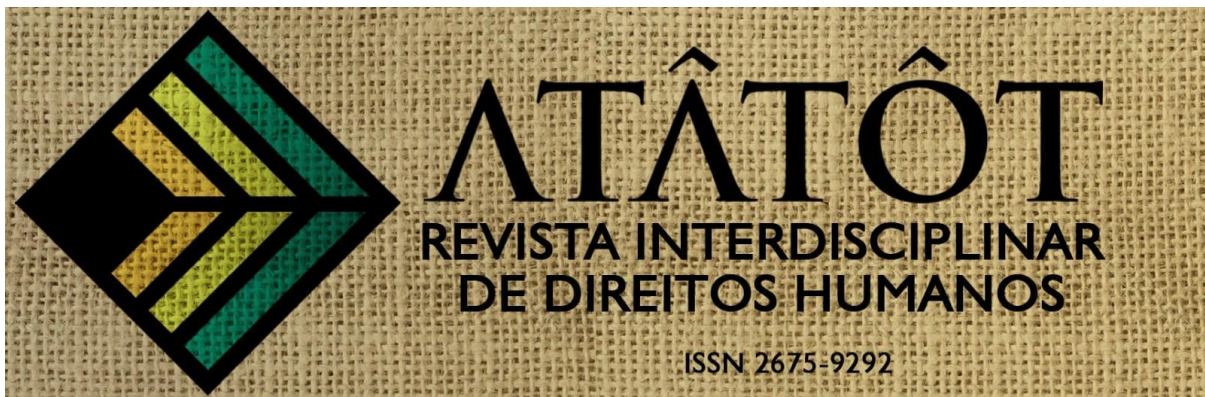
Isso dito, dentre todos os cânones e dogmas que lastreiam a concepção canônica (tradicional, *standart*, hegemônica) de direitos humanos sistematizados e criticados por Rabossi (1993) o presente trabalho se atem em analisar os seguintes: a) distinção essencial e natural entre os tipos de direitos humanos embasados na suposta genealogia que os distinguem em gerações (dimensões) numa perspectiva progressiva; b) alegada distinção entre direitos humanos que não custam para serem efetivados e, portanto, são direitos humanos por excelência (ex. liberdade e propriedade) frente a direitos humanos que exigem prestação do Estado, na medida de sua possibilidade, portanto de efetividade não imediata, mas progressiva.

Assim, Rabossi, 1993, p. 48, passa a descrever o esboço histórico e o panorama ideológico responsáveis pela distinção em dois tipos essencialmente dicotômicos de direitos humanos. Para tanto Rabossi explica porque a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esclarecendo que logo após o término da Segunda Guerra Mundial havia um enfrentamento entre o Leste e o Oeste do ocidente. Assim, o autor ressalta que havia um verdadeiro paralelismo entre tais lados:

Para el “Oeste”, los derechos humanos civiles eran prioritários: su goce era considerado una condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos humanos, y su efectivización suponía regímenes político-económicos liberales. Para el “Este”, em cambio, la prioridad correspondía a los derechos humanos económicos: su goce era considerado la condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos, y su efectivización requería regímenes político-económicos colectivistas. (Rabossi, 1993, p. 48)

Nesse desiderato, enfatizando a perspectiva ideológica quando do surgimento da posituação distinta dos direitos humanos no plano internacional, segregados em categorias Rabossi (1993, p. 50) defende que tal postura teve efeitos importante. Uma vez que, incentivou a ideia de que a distinção entre tais direitos advêm da realidade, isto é, disseminou-se a perspectiva de que tais direitos são, naturalmente, distintos, ao passo em que consolidou a ideia de que a sobreposição⁵ de um tipo de direito sobre os demais corresponde a razões teóricas. Bem como, embasou a teoria de que o gozo dos direitos civis é passível de ser garantido enquanto que o gozo dos direitos econômicos (sociais) é meramente desejável, estando

⁵ Segundo Rabossi a concepção canônica de direitos humanos sustenta que em razão dos direitos civis serem passíveis de efetivação são os verdadeiros direitos humanos, enquanto que os direitos econômicos e sociais dependem das condições de efetivação de cada Estado, portanto não podem ser cobrados no âmbito internacional. Desse modo, para a concepção canônica, os direitos civis, classicamente, denominados de primeira dimensão (geração) se sobrepõem, naturalmente e essencialmente, aos direitos sociais e econômicos. Nesse sentido, chama atenção o disposto no Artigo 2º, item 1. do do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992, que determina: Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Isto é, os direitos sociais e econômicos podem ser efetivados de maneira progressiva (não imediata) e na medida das possibilidades de casa Estado parte.



vinculado e dependentes de profundas alterações na estrutura sócio-econômica dos Estados. Nesse sentido, Rabossi, 1993, p. 50 enfatiza que:

Em suma, la división fortaleció en los foros institucionales (formales y no formales) técnicos, políticos y académicos una distinción teórica y práctica hasta discutible, que há tenido efectos contundentes em cuanto a la manera de conceptualizar los derechos humanos y la forma de encarar sus violaciones.

Com efeito, Rabossi, 1993, p. 53, explica que essa concepção canônica dos direitos humanos, originária da positivação em apartado no âmbito internacional dos direitos civis e políticos de um lado e de outro dos direitos econômicos, sociais e culturais pautou a distinção dos direitos humanos entre direitos positivos e direitos negativos.

Nessa esteira, ante o sentido polissêmico dos termos positivos e negativo enfatiza Flávio Galdino (2005, p. 151) que:

A dicotomia positivo/negativo diz respeito a duas situações interligadas, a saber: (i) a necessidade ou não de prestação estatal (em caso negativo ter-se-ia mera omissão) para consecução de direitos fundamentais, de modo que a expressão direitos *positivos* refere-se em especial, a direitos que demandam prestação estatal para sua efetivação e, (ii) em estreita correlação, os custos que essas prestações ocasionam para o Estado, de forma que positividade refere-se também a dispêndio de recursos.

A fim de aclarar com mais veemência a distinção entre direitos positivos e negativos dos direitos humano-fundamentais importa recobrar o exemplo de Galdino (2005, p. 152):

Na primeira das acepções, positivo, e negativo são expressões empregadas para qualificar o dever correlato ao direito em questão, sobre saber se se trata de uma prestação *facere* ou *non facere, in casu*, a cargo do Estado, que via de regra ocupa o polo passivo da relação jurídica que tem como objeto um direito fundamental. A não-turbação da propriedade privada constitui um *non facere*, uma obrigação negativa, ao passo que a entrega de merenda escolar a crianças cujas famílias não podem arcar com os custos respectivos configura um *facere*, uma obrigação positiva. Assim sendo, a omissão não gera custos para o Estado, ao passo que as prestações relativas aos deveres positivos ocasionam despesas.

Ocorre que, Rabossi, (1993, p. 53) chama atenção para a impropriedade de eleição de tal critério como elemento definidor e diferenciador dos direitos humanos, haja vista que “ los derechos de la personalidad y los derechos económicos suele exhibir, a la vez, aspectos positivos y aspectos negativos”. Ou seja, Rabossi sustenta que por vezes é impossível efetivar direitos de personalidade sem ter efetivado anteriormente ações positivas relevantes, bem como garantir os direitos econômicos requer assegurar a não interferência de certos agentes.

Ou seja, a distinção clássica dos direitos humano-fundamentais como prestacionais (positivos) e não-prestacionais (negativos) englobam a ideia de que os direitos humano-fundamentais envolvem as relações jurídicas dos particulares frente ao Estado, bem como consideram o aspecto do custo do agir estatal e se alicerçam no discurso da genealogia e evolução da positivação dos direitos humanos no âmbito internacional.



A fim de refutar a concepção canônica dos direitos humanos e descortinar as questões ideológicas nas quais tal teoria se alicerça Rabossi (1993, p. 46), examina a positivação dos direitos humanos no âmbito internacional demonstrando as origens da ideia de que violar direitos humanos relacionados à subsistência não pode ser compreendido com um grave passível de punição dos Estados, vejamos:

La concepción canónica encuentra apoyo en el sistema normativo internacional; tiene un claro origen ideológico y se escuda en argumentos técnicos que exhiben un grado de sofisticación nada depreciable. Um conjunto de “fuentes” tan peculiar há producido efectos importantes: La concepción canónica está prepupuestada en la teorización *estándar* de los derechos humanos y es um *esteriotipo* recurrente, no solo em los âmbitos especializados, sino em la manera “popular” de visualizar y valorar los derechos humanos.

Por sua vez, Galdino, (2005, p. 163), ressalta o impacto da distinção entre direitos humano-fundamentais positivos e negativos em razão de tal dicotomia orientar duas concepções tanto no âmbito teórico quanto na seara prática, qual seja “(i) *no plano teórico, o da formulação de uma linha evolutiva dos Estados contemporâneos, do Liberal ao Social; e (ii) no plano prático, da distribuição de recursos escassos em relação ao atendimento de direitos fundamentais.*”

Insta mencionar, que tanto Rabossi, 1993 por meio do exame da genealogia da positividade normativa dos direitos humanos na seara internacional, quanto Galdino, 2005 quando da análise dos discursos erigidos sob a dicotomia entre direitos fundamentais negativos e positivos convergem para a mitigação das teorias que corroboram para menor efetividade dos direitos sociais.

Em síntese, enquanto Rabossi, 1993 revela os estereótipos e ideologias que albergam a impossibilidade de exigência de cumprimento dos direitos básicos de subsistência e conseqüente punição do Estado violador, Galdino⁶, 2005 denuncia que em verdade todos os direitos custam, pois todos em alguma medida exigem uma atuação do Estado a fim de garantir sua efetividade, não sendo tal exigência, portanto, uma peculiaridade real (natural) dos direitos sociais.

Ademais, Galdino, 2005, p. 234, vai além e descortina a retórica da falácia do esgotamento dos recursos orçamentários, denunciando que tal discurso visa alicerçar escolhas políticas que objetivam não tutelar efetivamente direitos fundamentais, a ver:

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada a efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar *um* orçamento determinado. Isso porque os recursos públicos são captados em caráter permanente – a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente esgotados. Assim sendo, nada obstará a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa

⁶ P ara alcançar tal empreitada o autor se vale das análises perpetradas por HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. The Cost of rights: Why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.



em questão. Sem embargo dessa possibilidade muitos autores argumentam que esse meio - a exaustão da capacidade orçamentária - constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais. - O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não se gastar dinheiro com aquele mesmo "direito".

Isto é, tanto Rabossi (1993) quanto Galdino (2005) rechaçam a ideia de que há direitos humano-fundamentais naturalmente distintos, sendo que uns não exigem prestações estatais para sua plena aplicação, portanto são os direitos humanos autênticos, enquanto outros por dependerem de uma conduta positiva dos Estados (ação) encontram-se a mercê das possibilidades econômicas para sua prestação.

Assim, é possível afirmar que o ponto de chegada de Galdino (2005, p. 234) ao afirmar que em verdade o argumento estatal de ausência de recursos constitui uma escolha política de com quais direitos o dinheiro público deve ser gasto é um dos pontos de partida da sociologia fiscal, uma vez que como sustentam Martin, Mehrotra e Prasad (2009, p. 1):

Os sociólogos sabem que quase todos os assuntos que lhes dizem respeito - as obrigações do indivíduo para com a sociedade; os poderes e legitimidade do estado; a alocação de recursos públicos e privados; o surgimento da administração burocrática; a reprodução das desigualdades de classe, raça e gênero -passa pela tributação. (tradução nossa)

Em razão disso nas linhas abaixo analisaremos a promoção do direito social à saúde pública no Brasil, por meio das lentes do orçamento público. A fim de verificar se há uma efetivação progressiva de tal direito, de acordo com a concepção canônica dos direitos humanos (perspectiva teórica), e nos termos em que prescrito no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992 (perspectiva normativa).

3. Estado e Direitos Humanos: A Interdependência dos Direitos Humanos

A relevância do Estado para tutelar a efetividade dos direitos humanos é visível em Arendt, 1989, ainda que esta não se debruce sobre os direitos econômicos e sociais, como o direito à saúde, e que a mesma se atenha mais detidamente a questão judaica.

Contudo, Arendt, 1989, destaca a importância de manter um vínculo jurídico com uma nação, a fim de que haja uma tutela no âmbito internacional mesmo que os direitos humanos sejam desrespeitados na órbita interna do Estado.

Nesse sentido, assevera Arendt, 1989, p. 250:



Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.

Ademais, Arendt critica a fragilidade da ideia abstrata de indivíduo dotado de direitos humanos, isto é, fundamentar os direitos humanos em sua própria dignidade, e, portanto, individualidade, de modo desconexo com a ordem social a que pertence instaura um paradoxo. Assim, segundo Arendt, 1989, p. 253 “*o mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano*”.

Há aqui afinidade e convergência entre as ideias apresentadas por Arendt, 1989 e Habermas, 2002, no que concerne a necessidade de produção de igualdade como meio de proporcionar o respeito à dignidade, uma vez que aquela defende que:

Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membro de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais. Nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais, e somente com os seus iguais. (Arendt, 1989, p. 255)

Nessa toada, Habermas, 2002, p. 234, explica que não há que se falar em oposição e inconciliabilidade entre autonomia privada e pública, ou seja para o autor há, em verdade, uma equiprocendência entre ambas, dada a concatenação interna entre as autonomias. Portanto, faz-se necessário o enfoque que atribua “*(...) aos portadores dos direitos subjetivos uma identidade concebida de maneira intersubjetiva*”, pois apenas assim a partir dessa concatenação interna entre autonomia privada e pública, e da compreensão de que não é possível aos sujeitos privados desfrutar das liberdades subjetivas enquanto não definirem, como integrantes do Estado de direito e atores numa democracia quais são os critérios pelos quais se realizará a igualdade material.

Ou seja, há uma aproximação entre o que é sustentado por Arendt, 1989 e por Habermas, 2002, p. 290, a ver:

As liberdades de ação individuais do sujeito privado e a autonomia pública do cidadão ligado ao Estado possibilitam-se reciprocamente. É a serviços dessa convicção que se põe a ideia de que as pessoas do direito só podem ser autônoma à medida que lhes seja permitido, no exercício de seus direitos civis, compreender-se como autores dos direitos aos quais devem prestar obediência, e justamente deles.

Assim, a dignidade apresenta algumas perspectivas de autonomia. Uma. Atinente a igualdade de autonomia para dispor as regras que dirigem sua própria vida⁷. Duas. Relacionada

⁷ Como explica de maneira clara e sucinta Habermas (2002, p. 290), esta autodeterminação em sentido Kantiano relaciona-se com a ideia de que cada pessoa determine e siga as normas que ela própria define para si.



à soberania popular, direitos à comunicação e participação a fim de que o cidadão possa se auto-organizar em comunidade.

No mesmo sentido, ao examinar o desenvolvimento do conceito de dignidade Rosas, 2013, p. 174 afirma que na modernidade houve uma extensão da dignidade. Contudo, ressalta que esta extensão em si não é suficiente, alertando que:

(...) o reconhecimento de que todos os seres humanos têm dignidade, como uma propriedade moral de base, e são merecedoras de igual respeito, deixa no entanto em aberto a consideração de outros aspectos da igualdade e de demonstração de respeito, nomeadamente em relação à distribuição de bem-estar, recursos, bens sociais primários ou capacidades (ou seja, qualquer métrica da igualdade num sentido mais substantivo). A distribuição mais adequada de qualquer uma destas métricas igualitária não fica resolvida nem sequer endereçada pela ideia de dignidade como igualdade básica e igual respeito. Em qualquer dos casos, à dignidade igual é uma poderosa noção social e política e funciona em oposição, ou contraposição, face à desigualdade de base pré-moderna (2013, p 176)

Ou seja, Rosas, 2013 argumenta que a dignidade sem a busca pela igualdade, sobretudo em relação à distribuição de bem-estar, não se mostra apta e suficiente à alcançar o sentido mais substantivo de igualdade (igualdade material). Não bastando, portanto, a ideia de dignidade com o sentido de igual respeito à autonomia privada.

O que nos faz, retomar à afirmação enfatiza Habermas, 2002, p. 231, de que “*as injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivo*”.

Desse modo, tem-se que: a) dignidade é autonomia privada para decidir quais regras dirigem a própria vida; b) dignidade é autonomia pública, ou seja condição de participação na vida política, como cidadão para construir intersubjetivamente, no exercício do *status* político as normas de auto-organização em uma comunidade; c) dignidade é a distribuição mais justa e igualitária dos bens produzidos em sociedade.

Assim, Habermas, 2002, p.229 esclarece que o papel das Constituições modernas é justamente o de elencar quais foram as decisões, leia-se, os direitos, que os cidadãos, jurisconsortes livres e iguais, decidiram se impor mutuamente, de maneira intersubjetiva, vejamos:

As constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livre e iguais. A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo. Aí já estão pressupostos os conceitos do direito subjetivo e da pessoa do direito enquanto indivíduo portador de direitos. Embora o direito moderno fundamente relações de reconhecimento intersubjetivo sancionada por via estatal, os direitos que daí decorrem asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, potencialmente violável. Em última instância, trata-se de defesa dessas pessoas individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no



direito, seja na moral – dependa da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo.

Retomando a digressão histórica perpetrada por Rabossi, 1993, explica porque a Carta Internacional de Direitos Humanos de 1948 culminou na elaboração de dois documentos distintos, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esclarecendo que logo após o término da Segunda Guerra Mundial havia uma enfrentamento entre o Leste e o Oeste do ocidente.

No mesmo sentido Habermas, 2002, p. 294, esclarece que o paradigma jurídico liberal dominante encobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Assim, tece críticas à concepção jurídica liberal dominante, esclarecendo a perspectiva do Estado social surgiu para se contrapor aquela, bem como explica que só é possível alcançar a justiça social por meio de poder juridicamente, vejamos:

Essa “sociedade de direito privado” é feita sob medida em relação à autonomia dos sujeitos do direito, que, no papel de integrantes do mercado, procuram realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida. Vincula-se a isso a expectativa normativa de que se possa alcançar a justiça social pela garantia de um *status* jurídico negativo como esse, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdade individuais. O modelo do Estado social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente a essa suposição. A contestação que se faz é evidente: se a liberdade do “poder ter e poder adquirir” deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do “poder juridicamente”.

Assim, entendemos que não basta a afirmação de que a proteção à dignidade humana advém pelo simples fato de ser humano, pois com a mera afirmação de proteção em abstrato do ser humano o mesmo não se encontra protegido, uma vez que o vínculo jurídico com Estado impacta na tutela da dignidade, por meio da defesa dos direitos humanos, tanto no âmbito interno do Estado quanto na órbita internacional.

Ademais, dignidade não quer dizer, tão somente autodeterminação, mas também possibilidade de participação social, como cidadão, decidindo as normas intersubjetivamente, exercendo o *status* político.

Além disso, não é possível efetivar a proteção da dignidade sem perpassar pela igualdade, tanto igualdade de respeito pela autonomia privada, quanto igualdade no que concerne ao acesso a bens e direitos fundamentais produzidos em sociedade.

Desse modo, revela-se que só é possível o pleno gozo da proteção a dignidade humana a partir do reconhecimento da interdependência e inseparabilidade de todos os direitos humanos. A fim de aclarar ainda mais tal afirmação nos valeremos do termo utilizado por Habermas, 2002, para tratar da coesão interna entre direitos humanos e democracia, qual seja, equiprimordialidade, o qual pode ser transportado para o exame dos direitos humanos em si,



isto é, há uma verdadeira equiprimordialidade entre os direitos humanos, classicamente, segregados entre direitos civis e econômicos (em uma perspectiva atomista em gerações).

É exatamente nesse sentido que o Preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e inserido no direito brasileiro por meio do Decreto no 591, de 6 de julho de 1992 dispõe:

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria. Não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem, Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Ante ao reconhecimento da interdependência entre os direitos humanos a fim de alcançar a proteção da dignidade humana, passamos à análise da efetividade do direito social à saúde pública no Brasil, por meio das lentes do orçamento público que lhe é direcionado.

4. Orçamento Público como Instrumento de Análise da Efetivação do Direito à Saúde Pública no Brasil

O porquê da escolha da fiscalidade, isto é, tributação e orçamentação como lente para observar a efetividade do direito à saúde pública no Brasil retoma às razões, baseadas em diversos autores, apresentadas por Martin, Mehrotra e Prasad (2009, p. 2), que aqui podem ser sistematizadas, dentre outras, em: a) os dados sobre receitas (e despesas) são abundantes; b) os registros fiscais estão entre os primeiros sobreviventes registros escritos; c) tributação estabelece um das relações mais amplamente e persistentemente experimentadas que os indivíduos têm com o seu governo; d) Porque a ordem social depende do estado, e o estado depende dos recursos fornecidos pela tributação, essa relação pode ser renegociada, mas não será eliminada; e) os recursos extraídos por meio da tributação tornam possíveis as ações estatais. Convém ressaltar que todos os argumentos atinentes à tributação mantêm identidade ou aproximação com o gasto público, isto é, a orçamentação⁸.

⁸ A análise da sociedade por meio das escolhas fiscais é defendida por Schumpeter, 1991. Este autor atribui a Goldscheid o mérito de ter sido o primeiro a enfatizar a relevância do aspecto fiscal no exame das sociedades. Assim, para Schumpeter, 1991 o aspecto da política fiscal do Estado tem grande impacto no desenvolvimento da economia e conseqüentemente é um instrumento apto a fornecer uma ótica para a compreensão da sociedade, haja vista que a partir da observação da política fiscal de um Estado é possível compreender toda a forma de vida de uma sociedade - inclusive aspectos culturais.



Assim, passaremos ao estudo da normatização do direito humano-fundamental à saúde pública, e em seguida faremos a análise da adequação perspectiva teoria canônica que sustenta a progressividade dos direitos sociais ao Brasil, por meio das disposições orçamentarias.

Em breve digressão acerca da positivação dos direitos humano-fundamentais no direito constitucional brasileiro, verifica-se que a Constituição Imperial de 1824 trazia, um amplo rol de direitos chamados individuais, habitualmente classificados como de primeira geração, inserto no art. 179, contendo 35 incisos, contudo, os mesmos tinham pouco ou nenhuma efetividade social, basta lembrar que a escravidão só fora formalmente abolida em 1888.

Por sua vez a Constituição Republicana de 1891, tampouco trouxe acréscimos aos direitos humano-fundamentais, embora os direitos políticos tenham sido concedidos aos cidadãos brasileiros maiores de 21 anos, foram excluídos os analfabetos, os mendigos, os praças militares e os integrantes de ordens religiosas que impusessem renúncia à liberdade individual (art. 70).

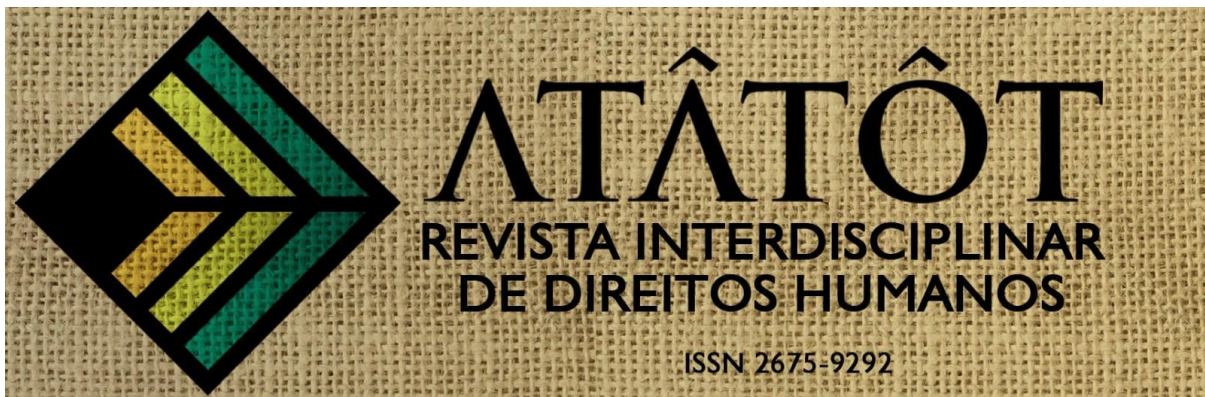
Desse modo, embora tenha havido positivação de direitos humano-fundamentais nas primeiras Constituições brasileiras, tal normatização não significou de fato, sequer minimamente, efetividade e tutela dos direitos ali erigidos.

A Constituição de 1934 alterou sensivelmente a tutela dos direitos humano-fundamentais no Brasil, haja vista que a mesma, elencava um amplo rol de direitos e garantias individuais, as quais incluíam as tradicionais liberdades civis, e pela primeira vez no Brasil, o mandado de segurança (art. 113, nº 33) e a ação popular (art. 113, nº 38).

Além disso, na Constituição de 1934 não só o direito de propriedade foi garantido como não mais poderia “ser exercido contra o interesse social ou coletivo” (art. 113, XVII): chegando ao nosso Direito a ideia de função social da propriedade. De modo que é possível afirmar que tão somente em 1934, com os direitos sociais, inicia-se a efetiva tutela dos direitos humano-fundamentais no constitucionalismo brasileiro. Haja vista, que além da positivação a Constituição de 1934 passa a prever instrumentos jurídicos com vistas a garantir a efetividade dos direitos tutelados.

Desse modo, verifica-se que a primeira geração de direitos humano-fundamentais constitucionalmente assegurados no Brasil tratou teve como conteúdo os chamados direitos sociais, os quais conforme a categorização clássica se encontram na segunda geração.

Por sua vez, a Constituição de 1937 demonstra a inadequação da teoria geracional e progressista à realidade brasileira, haja vista que embora tal Constituição tutelasse direitos sociais, retroagiu no que toca os chamados direitos individuais. Por exemplo, ao passo que trazia a admissibilidade de pena de morte em diversas situações que tangenciavam o crime político (art. 13), e a previsão de censura prévia da imprensa e de outros meios de comunicação (art. 15, alínea “a”), mantinha os direitos trabalhistas (art. 137) previstos anteriormente na Constituição de 1934.



Nesse sentido, com espanto comenta Flávio Galdino, 2005, p. 173 que:

Após a revolução de 1930, notadamente a partir de 1937, ocorre curioso fenômeno. Em um Estado totalitário, em que a representação política não passava de fachada, e em que os direitos individuais não eram tutelados, floresceram os direitos sociais - em verdade, se for o caso, a primeira geração brasileira de direitos fundamentais.

Desse modo, sustenta-se que não há que se falar em aplicação da teoria das gerações dos direitos humano-fundamentais à realidade brasileira. Tanto em razão da tutela efetiva ter se iniciado com os direitos sociais e não com os direitos liberais, quanto pela visível ausência de evolução progressiva, haja vista que o breve esboço histórico das constituições brasileiras releva movimentos ora de avanço ora de retrocesso.

No que tange, especificamente, o direito à saúde, em que pese a Constituição Federal de 1946 atribuísse competência à União para legislar sobre a proteção à saúde (art. 5, XV, b), tal direito só com a Constituição Federal de 1988 o direito à saúde foi expressamente previsto como direito social (art. 6º). Além disso, passou-se a prevê, na Constituição de 1988, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde, bem como previu em diversos artigos, dentre eles o art. 167, garantias para o custeio da saúde pública.

Aqui importa observar que dada à conformação constitucional do direito à saúde o mesmo se revela como um excelente instrumento para aferição da efetividade da cidadania, nos termos em que possibilita evidenciar as tensões entre Estado democrático e economia capitalista, como bem registra Fleury (2012, p. 159):

Ainda que o direito moderno traga implícita a utopia democrática da igualdade, como nos ensina Gramsci em Maquiavel (1980), a cidadania, como status jurídico e político a ser consolidado em cada situação concreta, é também o espaço de lutas pela democratização da esfera pública e do Estado. Ao assumir a saúde como direito universal de cidadania, sem requisitos de contribuição prévia ou prova de incapacidade, o seu exercício passa a depender das necessidades dos indivíduos e das condições asseguradas pelo Estado para que o direito na lei se transforme em direito em exercício. Estas condições dependem das relações entre as forças sociais presentes na conjuntura.

Nesse sentido, no que tange, especificamente, o direito à saúde pública, verifica-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, ora em vigor, delinea como deve se efetivar o direito à saúde pública, o que de logo demonstra o interesse em proteger tal direito.

Assim, para alcançar os objetivos elencados pela Constituição da República, há diversos dispositivos que dispõem do orçamento público destinado à saúde, de modo a tutelá-lo e garantir a sua máxima efetividade. Portanto, qualquer alteração normativa relacionada a esse direito fundamental é de extrema importância, vez que pode significar o alcance do programa delineado pelo Poder Constituinte Originário para o sucesso, ou sua total inocuidade.

Desse modo, o Sistema Único de Saúde, por meio do qual o direito público à saúde é efetivado no Brasil possui desde a sua estruturação constitucional previsão de receitas.



Contudo, tal regime de captação de recursos foi alterado pela a emenda constitucional nº 86 de 2015 que trouxe o chamado orçamento impositivo; e a emenda constitucional nº 95 de 2016 que instituiu o novo regime fiscal.

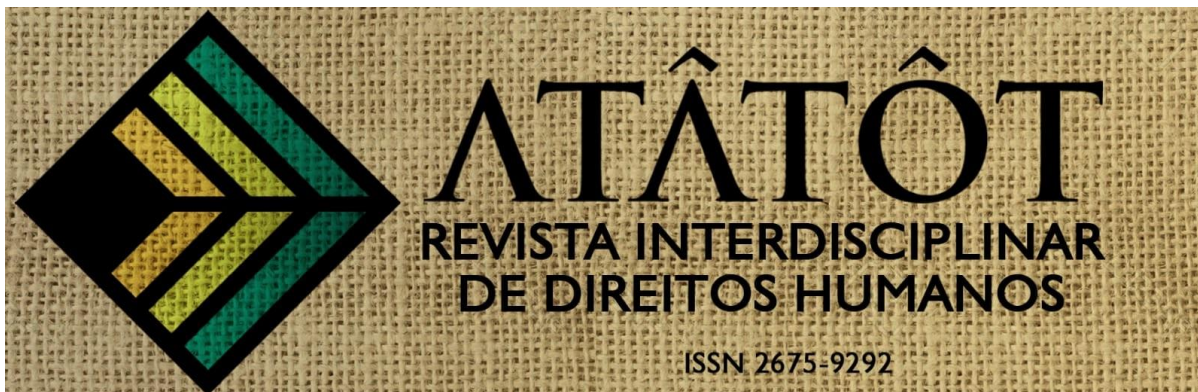
Os institutos acima mencionados modificaram substancialmente os dispositivos constitucionais que versam sobre o orçamento público, sobretudo, aqueles destinados à promoção da saúde.

Nesse desiderato, verifica-se que as atuais alterações na moldura constitucional atinentes ao custeio do direito humano-fundamental à saúde pública – implementadas por meio das emendas constitucionais nº 86 de 2015 e nº 95 de 2016⁹ - retratam o ínfimo interesse político atual do estado brasileiro de garantir o gasto mínimo material em saúde pública, bem como revelam a impropriedade de utilização da teoria geracional dos direitos fundamentais à realidade brasileira, haja vista que é visível a ausência de tutela progressiva, uma vez que as emendas constitucionais acima mencionadas demonstram profunda retroação.

No mesmo sentido, para além da análise técnico-jurídica, convém questionar se as Emendas Constitucionais, ora em comento, possuem legitimidade, nos termos em que conceituada por Habermas, 2002, p. 242, uma vez que para este:

É bem verdade que o direito positivo só exige comportamentos *legais*; no entanto, ele precisa ser *legítimo*: embora dê margem aos motivos da obediência jurídica, deve ser constituído de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelos simples respeito à lei. Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que as regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente.

⁹ Os aspectos mais austeros das emendas constitucionais mencionadas são: Após a vigência da Emenda Constitucional nº 86 de 2015, o limite mínimo corresponde a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro da União. Ademais, com a emenda nº95 de 2016 o orçamento da saúde, apenas, será corrigido monetariamente de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo- IPCA ou de outro índice que vier a substituí-lo. Logo, nos exercícios posteriores a 2017 não haverá nova deliberação acerca do incremento da receita destinada ao custeio da saúde, ainda que haja aumento da receita, mas tão somente a correção monetária daquela outrora definida. O IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo é o indicador oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, disponibilizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Além disso, a emenda nº95 de 2016 a receita atribuída à União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás passará a integrar o percentual mínimo constitucionalmente definido. Ou seja, a partir da vigência da emenda constitucional nº 86 de 2015, tal parcela deixará de ser um incremento à receita destinada à promoção da saúde para compor a receita básica. Por fim, importa mencionas que o art. 1º da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, que traz o novo regime fiscal, impõe que as normatizações ali erigidas vigorarão por vinte exercícios financeiros, leia-se por vinte anos.



Ou seja, será que as Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016 assegura a igual autonomia de todos os cidadãos? É possível afirmar que tais emendas exprimem a concordância de todos os cidadãos? Será que os cidadãos brasileiros se sentem destinatários e concomitantemente autores de tais emendas? Em razão dos limites do presente trabalho essas indagação não serão mais profundamente elaboradas, contudo reconhecemos aqui a importância das mesmas.

Além disso, urge observar que como bem registra Pinto (2017, p. 23) analisar as regulamentações orçamentárias que definem o gasto mínimo em saúde impõe ter em conta os postulados constitucionais da máxima eficácia dos direitos fundamentais, da qual erigem a progressividade e a vedação ao retrocesso, sob pena de total descrédito e mácula aos ditames constitucionais que definem o custeio de tal direito

Assim, a mezinha teorização a respeito do custo dos direitos sociais, ditos prestacionais, - um dos pilares da teoria canônica (geracional) dos direitos fundamentais - corrobora com políticas públicas que realizam cortes das alocações orçamentárias para tais direitos. Ou seja, a teoria da suposta gratuidade de certos direitos lastreia a orçamentação austera para a saúde pública brasileira.

5. Considerações Finais

No presente trabalho observou-se que a análise do orçamento estatal permite verificar a opção ideológica adotada, na qual costumeiramente se contrapõem dois valores: liberdade e igualdade, ambos relacionados à dignidade.

Ou seja, duas lógicas demonstram-se contrapostas: a) a lógica do mercado – na qual o indivíduo acessa os bens em função de sua posição no mercado, quanto melhor o *locus* ocupado mais bens; b) a lógica da cidadania – para acessar os direitos basta cidadania, e aqui os direitos sociais são elementos de pertencimento.

Nesse desiderato, pode-se afirmar que de acordo com a dignidade material, ou seja, aquela que não se limita à autonomia, dignidade implica intangibilidade de certas condições de existência. Aqui os direitos ditos sociais, com ênfase no direito à saúde pública, ganha relevância.

Ademais, o presente estudo demonstrou que a teoria canônica (geracional) dos direitos humano-fundamentais é inadequada à realidade brasileira, haja vista que o discurso de tutela linear e expansiva dos direitos humanos não se sustenta frente o breve esboço histórico das constituições brasileiras o qual releva movimentos ora de avanço ora de retrocesso. No que concerne, especificamente, o direito à saúde o mesmo se encontra em grave retrocesso perpetrado pelas emendas constitucionais supramencionadas.



Por fim, importa ressaltar que os direitos são instrumentos contra a vulnerabilidade humana, portanto, a falta de efetividade dos direitos sociais, perpetrada por políticas orçamentárias de austeridade, tende a maximizar tal vulnerabilidade. Assim, a teoria geracional que dissemina a suposta distinção natural de direitos humano-fundamentais entre gratuitos e vultosos tão somente corrobora com tal fragilização.

Ante ao que fora exposto sustenta-se que não há que se falar em superioridade teórica, histórica, nem tampouco ontológica dos direitos ditos não prestacionais. Ademais, como se viu todos os direitos implicam prestações (custos), razão pela qual a efetividade de certos direitos em detrimento de outros denota tão somente certa concepção política e jamais uma necessária ascendência de certos direitos.

Nesse desiderato, verifica-se que as atuais alterações na moldura constitucional atinentes ao custeio do direito humano-fundamental à saúde pública – implementadas por meio das emendas constitucionais nº 86 de 2015 e nº 95 de 2016 - retratam o ínfimo interesse político atual do estado brasileiro de garantir o gasto mínimo material em saúde pública.

Assim, a mezinha teorização a respeito do custo dos direitos sociais, ditos prestacionais, corrobora com políticas públicas que realizam cortes das alocações orçamentárias para tais direitos. Ou seja, a teoria da suposta gratuidade de certos direitos lastreia a orçamentação rígida para a saúde pública brasileira.

6. Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das letras, 1989.

BALDI, César Augusto. Secularismo, Islã e o “muçulmano”. No texto: p. 139-152. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1077>> acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 123-160, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: março de 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em março de 2017.



Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm> acesso em: 30 de setembro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito constitucional. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Saulo de Oliveira. Reconhecimento, Experiência e Historicidade: considerações para uma compreensão dos Direitos Humano-Fundamentais como (in) variáveis principiológicas do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: SOBREIA; FARIAS; OLIVEIRA JR. Filosofia do Direito. Florianópolis: Conpedi/FUNJAB, 2012, p. 289-310.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

FLEURY, Sonia. Desigualdades Injustas: o contradireito a saúde. *Psicologia e Sociedade* (Impresso), v. 23, p. 45-52, 2011.

FLEURY, Sonia. Direitos sociais e restrições financeiras: escolhas trágicas sobre universalização. *Ciência e Saúde Coletiva* (Impresso), v. 16, p. 2686-2688, 2011

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde em Debate*, v. 36, p. 159-161, 2012.

FLEURY, Sonia. O UVERNEY, A. L. M. O sistema único de saúde brasileiro? Desafios da gestão em rede. *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão* (Rio de Janeiro), v. 11, p. 74, 2012.

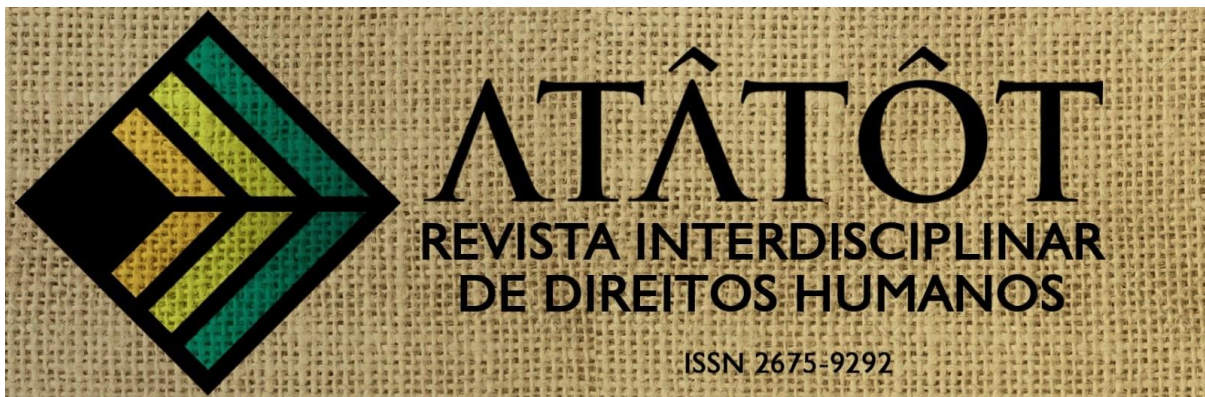
FLEURY, Sonia. Welfare State in Latin America: reforms, innovations and exhaustion'. *Cadernos de Saude Publica*, v. 33, p. ISSN 0102-311X, 2017.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: os direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola, 2002.

HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. *The Cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. IDEA - International Institute for Democracy and Electoral Assistance. *Voter Turnout since 1945: a global report*. Estocolmo: Idea, 2002.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass Robert, *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, tr. esp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, Presentación, Introducción.



LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio; PINHEIRO, Celso; FRANKLIN, Karen. (orgs) Filosofia e direitos humanos. Fortaleza: UFC, 2006.

MARTIN, Isac William. MEHOTRA, Ajay K. Mehrotra. PRASAD, Monica. The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective. Cambridge: 2009.

O'CONNOR, James. Usa: A Crise do Estado Capitalista. Tradução de João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

OFFE, Claus & RONGE, Volker. Dominação de Classe e Sistema Político. Sobre a Seletividade das Instituições Políticas. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 122-139.

OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1995, PP. 145 – 199.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Las generaciones de derechos fundamentales*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 10, 1991, pp. 203- 217.

PINO, Giorgio, “Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni”, *Ragion pratica*, XLVII, 2, 2016, pp. 495-517.

PINTO, Élide Graziane. Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege. Contas à Vista. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 10.12.2016.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos civis e políticos. *Sur, Rev. Int. direitos human.* [online].2004, vol. 1, n. 1, pp. 20-47. ISSN 1806-6445. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452004000100003>> acesso em 10.12.2016.

RABOSSA, E., “Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, XVIII, 1, 1993, pp. 45-73.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSAS, João Cardoso. Dignidade, direitos e democracia. In: COSTA, Marta Nunes (org.) Democracia, direitos humanos e justiça Global. Famicção: Húmus, 2013. p. 185-186.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais. 2 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo horizonte: Fórum, 2012.



SOUZA, Cláudio Pereira de; Daniel Sarmiento. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.