

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO - PPGDIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

**AS CIDADES SUSTENTÁVEIS E A SUSTENTABILIDADE URBANA:
CAMINHOS PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

LEILA CÁSSIA PICON

Passo Fundo

2017

LEILA CÁSSIA PICON

**AS CIDADES SUSTENTÁVEIS E A SUSTENTABILIDADE URBANA:
CAMINHOS PARA A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de Pós- Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Adriana Fosolo Pilati Scheleder

Passo Fundo

2017

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para os devidos fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo – RS, abril de 2017.

Leila Cássia Picon

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Senhor Deus, a quem pertence toda a sabedoria e o conhecimento, e à minha família, por me proporcionarem a alegria e o privilégio de chegar aqui.

“Ó profundidade das riquezas, tanto da sabedoria, como da Ciência de Deus! Quão insondáveis são os seus juízos, e quão inescrutáveis os seus caminhos! Porque Dele e por Ele, e para Ele são todas as coisas...” Romanos 11: 33-36.

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor, meu refúgio e fortaleza, socorro bem presente, minha infinita gratidão pelo Seu incomensurável amor, zelo e fidelidade, por ter me proporcionado a alegria de viver.

Aos meus queridos pais, Vonete Fátima Ribeiro e Nicácio Antônio Picon, e aos meus irmãos Nicácio Willyam Picon e João Paulo Ribeiro Monteiro – fontes de minha força e caráter -, meu eterno amor e admiração, pelo exemplo e amor incondicional, pelo incentivo nesta e tantas outras caminhadas vitoriosas, pelas condições proporcionadas, pelas expectativas depositadas, pela dedicação demonstrada.

Ao meu namorado Diego, por todo amor, atenção, companheirismo e compreensão. Esta conquista certamente também pertence a você.

Aos Meus tios Cléo Mario Picon e Jackson Marcelo Picon pela oportunidade e compreensão, sem o apoio de vocês este sonho não seria possível.

A minha querida tia Helen, pela amizade e carinho.

As minhas amigas e colegas, especialmente a Cássia Fraga Chiarello e a Lisiane Forti Rosado, que fizeram esta trajetória mais alegre.

A minha orientadora Dr^a. Adriana Fasolo Pilati Scheleder, pelo esmero e incentivo, pelas contribuições e experiências compartilhadas, pela disponibilidade de tempo e paciência na orientação deste trabalho, mas acima de tudo, pela amizade e confiança.

Ao Coordenador do Curso de Mestrado em Direito, Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, na pessoa de quem agradeço a todo o corpo discente e docente, obrigada por dividirem conosco seus conhecimentos e experiências.

A Universidade de Passo Fundo, pela oportunidade de ensino e pesquisa.

A FUPF pela concessão de bolsa de pesquisa, a qual foi fundamental para a realização do mestrado.

A todos que de alguma forma passaram pela minha vida, deixando um pouco de si e levando um pouco de mim, contribuindo para minha formação pessoal e acadêmica. Obrigada.

TERMO DE APROVAÇÃO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO	Associação brasileira de saúde coletiva
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DUDH/ONU	Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas
IARC	Agência Internacional de Pesquisa em Câncer
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
OMS	Organização Mundial da Saúde
OP	Orçamento Participativo
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde

RESUMO

A presente investigação parte da problemática sobre as cidades sustentáveis como um instrumento para a (des)judicialização das demandas da saúde. O objetivo geral desta investigação é analisar se as políticas públicas preventivas, englobadas nas cidades sustentáveis, irão reduzir o elevado número das ações curativas promovidas pela judicialização da saúde. Os objetivos específicos a serem perseguidos visam analisar o direito fundamental à saúde e os problemas quanto a sua promoção e prevenção, adoção de medidas de proteção coletiva sempre que necessário e de forma prioritária, e oferecimento à sociedade de informações claras e precisas sobre os comportamentos mais adequados para a redução dos riscos à saúde, além de examinar o papel das políticas públicas englobadas nas cidades para a promoção do saúde e avaliar qual o papel do Poder Judiciário na judicialização do direito a saúde frente aos deveres e limites do Estado na positivação e aplicabilidade. Para o desenvolvimento da presente dissertação utilizou-se como método de abordagem o analítico e como método procedimental o monográfico, através da pesquisa bibliográfica, descritivo-analítico, utilizando-se de legislações, doutrinas jurídicas e jurisprudências especializadas mais adequadas ao objeto do estudo. A partir do estudo realizado foi possível concluir que quando as cidades investem na saúde preventiva, através de políticas públicas voltadas para a sustentabilidade, ela está diretamente contribuindo para uma melhora da qualidade de vida da população e conseqüentemente levando a uma expressiva redução das ações curativas, que apresentam um alto custo e pouca efetividade. Não precisamos de cidades maiores, precisamos de cidades melhores que tenham um olhar atento para o desenvolvimento sustentável e para políticas públicas que expressem as reais necessidades do cidadão.

Palavras-chave: cidade sustentável; judicialização da saúde; políticas públicas; saneamento.

ABSTRACT

The present research starts from the problematic about sustainable cities as an instrument for the (de) judicialization of health demands. The general objective of this research is to analyze whether preventive public policies, encompassed in sustainable cities, will reduce the high number of curative actions promoted by health judicialization. The subject is extremely relevant and totally in line with the research line, since it is the duty of the State, through public policies, to concretize social rights, in particular, to ensure the fundamental right to health, especially related issues Preventive health and protection of the environment, through the so-called sustainable growth. The specific objectives to be pursued are aimed at analyzing the fundamental right to health and the problems related to their promotion and prevention, adoption of collective protection measures whenever necessary and as a priority, and providing society with clear and accurate information on the most Adequate to reduce health risks, as well as examining the role of public policies in the cities for health promotion and assessing the role of the judiciary in the judicialization of the right to health against the duties and limits of the State in the positivization and applicability . For the development of this dissertation, the analytical method was used as the methodological method and the monographic method, through the descriptive-analytical bibliographical research, using legislation, legal doctrines and specialized jurisprudence more appropriate to the object of the study. Based on the study, it was possible to conclude that when cities invest in preventive health, through public policies focused on sustainability, it is directly contributing to an improvement in the quality of life of the population and consequently leading to a significant reduction of curative actions, Which present a high cost and little effectiveness. We do not need bigger cities, we need better cities that have a watchful eye for sustainable development and for public policies that express the real needs of the citizen.

Keywords: sustainable city; Judicialization health; public policy; sanitation.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: DESAFIOS E RISCOS SANITÁRIOS DO SÉCULO XXI.....	17
1.1 Construção dos Direitos Fundamentais	17
1.2 Da efetivação dos Direitos Fundamentais a constitucionalização do Direito Fundamental à saúde	22
1.3 A Promoção do Direito à saúde e o Direito Sanitário	29
1.4 Desafios sanitários do século XXI	32
1.5 Riscos abstratos – transfronteiriços e transnacionais.....	34
1.5.1 Princípio da prevenção e da precaução: instrumentos de proteção para saúde pública e o meio ambiente	39
CAPÍTULO II – A PREVENÇÃO DA SAÚDE ATRAVÉS DA SUSTENTABILIDADE URBANA	47
2.1 As cidades e os desafios da sustentabilidade urbana	47
2.2 O papel das Cidades Sustentáveis diante dos impasses e problemas do direito a saúde	53
2.3 Água: o combustível da vida	61
2.4 Novos paradigmas para a sustentabilidade das cidades.....	67
CAPÍTULO III – A CURA ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVENTIVAS: UMA CRÍTICA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	71
3.1 A Participação Popular como instrumento para a construção da democracia participativa nas cidades.....	71
3.1.1 Democracia e Saúde	76
3.2 Evolução das decisões do STJ e do STF nas demandas da saúde.....	83
3.3 Crítica a judicialização da saúde: as ações curativas em detrimento das preventivas	91
3.3.1 As limitações orçamentárias e a prevalência do interesse individual em detrimento do interesse coletivo	96
3.3.2 Acesso elitizado ao Poder Judiciário	98
3.3.3 Falta de legitimidade democrática, conhecimento técnico e de decisões coerentes e que observem as diretrizes e políticas públicas.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	113
APÊNDICE 1	122
APÊNDICE 2	123
APÊNDICE 3	124

APÊNDICE 4	125
APÊNDICE 5	126
APÊNDICE 6	127
APÊNDICE 7	128

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No marco dos direitos fundamentais brasileiros, a Constituição assegura ao cidadão o direito à saúde, conforme expresso no art. 196, a saber: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Mesmo sendo um direito salvaguardado na Constituição, inúmeras vezes apresenta dificuldade quanto a sua efetivação, isso devido às lacunas deixadas, tanto pelo Poder Executivo, como pelo Poder Legislativo.

Para justificar suas omissões na satisfação dos direitos fundamentais, tornou-se comum os órgãos estatais suscitarem motivos econômicos como causadores do problema da não concretização dos direitos fundamentais, afirmando que a insuficiência de recursos seria o fator que implicaria em incapacidade de prestação adequada dos direitos fundamentais de defesa e sociais.

Diante de tal contexto, percebe-se um crescente número de ações judiciais para a efetivação do direito à saúde. O Poder Judiciário se viu na difícil função de decidir questões tão relevantes e urgentes para as quais não possui conhecimento técnico, sendo motivado, muitas vezes pela emoção, ou tão somente, pela letra da lei.

Sob esta ótica, nota-se que as ações curativas foram privilegiadas, em detrimento das ações preventivas que são menos onerosas e mais resolutivas como, por exemplo, o saneamento básico. Tal modelo econômico de custo-benefício e a judicialização da política, que, por vezes, faz com que sejam atendidos casos fora do protocolo, leva a que não sejam atendidas as demandas prioritárias, do ponto de vista epidemiológico.

A função do Estado é garantir que seja colocado em prática o que determinou a lei, se isso não ocorre e o cidadão precisar recorrer ao Poder Judiciário, é sinal que em algum momento o Estado deixou de proporcionar o que é seu dever.

Mas qual seria o motivo que levou a judicialização da saúde? Na opinião do Desembargador da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Genaro Baroni Borges: O sistema da saúde se tornou “judicializado” porque chegam ao TJ questões que não deveriam chegar, e a consequência é que o judiciário, tanto quanto o paciente é vítima da situação carente do Estado e se vê incumbido de administrar a escassez de recursos públicos, quando essa não é a sua função.¹

O que não se pode deixar acontecer é que a decisão de vida ou de morte esteja apenas sob a responsabilidade do magistrado.

O direito fundamental social à saúde carece de efetividade, após mais de 27 anos de promulgação da Constituição cidadã. Propõe-se o tratamento das políticas públicas como determinações constitucionais, isto é, mandatos a serem realizados pelo administrador. Se os tempos impõem um repensar o Estado, na época de transformações e pluralidade das fontes, assiste-se a uma época de transformações em que o direito administrativo tem que se afirmar, diante de um novo contexto histórico e político.

As soluções dos conflitos advêm de forma mais exitosa do equilíbrio negociado do que do apelo à força. O grande espaço de atuação estatal ocorre por meio das políticas públicas, em que o Estado coloca seus grandes balizadores em termos de ação prospectiva.

Com notória relevância o direito à cidade sustentável propõe uma nova forma de se (re)pensar o espaço da cidade, baseando-se em mecanismos de cooperação entre os diferentes atores sociais, gestão democrática da cidade e dignidade da pessoa humana. Implica em uma série de transformações nos padrões de relações humanas, consumo, produção e apropriação do solo e dos recursos naturais. As pessoas se tornam centro das preocupações, competindo às ações públicas guiar-se pelo pleno direito a qualidade de vida para todos.

A cidade sustentável visa através do saneamento básico à diminuição de doenças, tais como a dengue, a microcefalia e outras, bem como o custo que daí decorre. Desta maneira, devem ser revistas as ações de Políticas Públicas preventivas, porque o resultado muitas vezes vai ocorrer no futuro, como

¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Des. Genaro Baroni Borges. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113439635/apelacao-civel-ac-70043549922-rs/inteiro-teor-113439638>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

prejuízos à natureza – desenvolvimento sustentável e à proliferação de doenças. O dano é a previsibilidade para o futuro.

Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais. O mundo comum é aquilo que adentramos ao nascer e que deixamos para trás quando morremos. “[...] Transcende a duração de nossa vida, tanto no passado quanto no futuro: preexistia à nossa chegada e sobreviverá a nossa breve permanência”.² Por isso, o olhar preventivo significa o respeito à saúde das próximas gerações.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar se as políticas públicas preventivas de saneamento básico, englobadas nas cidades sustentáveis, irão reduzir o elevado número das ações curativas promovidas pela judicialização da saúde.

O presente estudo partiu da seguinte problemática: Diante do contexto atual, em uma perspectiva que se apresentam as ações curativas da judicialização em detrimento das Políticas Públicas preventivas, pode-se dizer que a cidade sustentável, através de Políticas Públicas de saneamento básico seria um vetor para a (des)judicialização da saúde?

As hipóteses que norteiam este estudo são: a) Sob o prisma do desenvolvimento urbano sustentado, as cidades devem voltar a crescer para dentro e não mais expandir-se; b) O desenvolvimento sustentado se apresenta como um vetor através do saneamento básico na promoção da saúde, pois ele engloba questões atinentes a serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos, coleta da drenagem pluvial, e coleta de lixo, que se constituem em condições fundamentais para saúde pública; c) O implemento de políticas públicas que satisfaçam tais prerrogativas mostram-se mais adequadas, pois apresentam um custo-benefício até quatro vezes menores do que as ações curativa da judicialização, além de garantirem tal benefício a toda coletividade, que vai além de um pequeno lapso temporal, visando o direito a saúde pública da população para além de uma só geração.

² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 64.

Com base nessas premissas, o resultado do trabalho em exame está exposto na presente dissertação em três capítulos, cujos conteúdos seguem de forma sintetizada.

No primeiro capítulo da dissertação a abordagem recai sobre a evolução dos direitos fundamentais até chegar ao direito fundamental à saúde, com o intuito de verificar os principais fatos que marcaram época em relação ao tema. Será também analisada a promoção do direito à saúde, posto que se apresenta como um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado e os riscos abstratos transfronteiriços, uma vez que não há como precisar a dimensão que esses danos alcançarão.

No segundo capítulo inicia com uma análise da concepção das cidades e os desafios da sustentabilidade urbana enfrentados na sociedade contemporânea, principalmente no que tange ao papel das Cidades Sustentáveis diante dos impasses e problemas do direito à saúde. Neste contexto, será abordada também, a questão da água potável, sua escassez e a importância que esta representa para a sobrevivência do ser humano. Por fim, será discorrido sobre os novos paradigmas da sustentabilidade nas cidades, como por exemplo, a educação e a governança local.

No capítulo final a questão a ser enfrentada relaciona-se com a participação Popular como um instrumento para a construção da democracia participativa nas cidades. Esta democracia participativa é primordial para a elaboração de políticas públicas que visem a concretização dos preceitos do direito fundamental social à saúde no Brasil. Outro ponto que norteia o terceiro capítulo é em relação a evolução jurisprudencial nas demandas da saúde, e finalmente, será tecida uma análise crítica quanto a judicialização da saúde e seus efeitos para a sociedade como um todo.

Para tanto, a pesquisa assumirá como método de abordagem o analítico e como método procedimental o monográfico, através da pesquisa bibliográfica, descritivo-analítico, utilizando-se de legislações, doutrinas jurídicas e jurisprudências especializadas mais adequadas ao objeto do estudo.

1 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: DESAFIOS E RISCOS SANITÁRIOS DO SÉCULO XXI

Neste capítulo inicial será abordada a trajetória histórica dos direitos humanos e fundamentais até chegar ao direito fundamental à saúde, com o intuito de verificar os principais fatos que marcaram época em relação ao tema. Será também analisada a promoção do direito à saúde, posto que se apresenta como um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado e os riscos abstratos transfronteiriços, uma vez que não há como precisar a dimensão que esses danos alcançarão.

1.1 Construção dos Direitos Fundamentais

Num primeiro momento, faz-se mister que se discorra a respeito da distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, sob esta senda, leciona o doutrinador Ingo Sarlet:

[...] assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, [...] Neste particular não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). [...] a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquela posição jurídica que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³

A distinção feita por Sarlet nos deixa claro que direitos humanos tratam da universalização para todas as nações e povos, ou seja, encontram seu

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 29.

reconhecimento e positivação internacional, a medida que os direitos fundamentais envolvem a positivação na Esfera dos Estados.⁴

Sob este prisma, percebe-se ainda que os direitos fundamentais são também direitos humanos da esfera internacional.

Assim, partindo da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, este trabalho adota a terminologia direitos fundamentais, distinção que apesar de meramente didática é necessária.

Os direitos do homem (liberdade, dignidade humana, igualdade, justiça e solidariedade) são tão antigos quanto à própria sociedade, não são fundamentalmente direito positivados, mas direito inerentes ao homem, que existem pelo simples fato de o homem ser homem.⁵

Segundo Ferrajoli os direitos fundamentais são direitos inatos e estendem-se a todos os indivíduos numa ordem universal, razão pela qual podem ser denominados “direitos naturais”, tais direitos caracterizam-se por diversas classificações:

Son fundamentales los derechos "que no se pueden comprar ni vender" esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar. Por su parte, son "derechos subjetivos" todas las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscritas a un sujeto por una norma jurídica y en razón de su *status* o condición de tal, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, "como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".⁶

Sintetiza Marmelstein, que os direitos fundamentais têm um evidente conteúdo ético, são valores essenciais para uma vida digna em sociedade, ligados intimamente a ideia da dignidade da pessoa humana e da limitação do poder, afinal em um ambiente opressor não há espaço para uma vida digna.⁷

A partir do momento em que surgem a opressão e a submissão, quando existem mais deveres do que direitos, a história começa a erigir a busca pelas

⁴ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito a Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF. 2003. p. 57.

⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madri: Trotta. 1999. p. 37.

⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

liberdades. Segundo o entendimento de Simm, foi a partir da idade Média que surgiram as primeiras manifestações que ocorreram para reconquistar as liberdades do homem, e que tais manifestações ocorreram todas na Inglaterra.⁸

Nesta mesma senda, Ferreira Filho, o autor assevera que as concepções iniciais dos direitos fundamentais têm como marco a Constituição inglesa de 1215. Os direitos ali estabelecidos, entretanto, não tendiam a assegurar um campo irredutível de liberdades aos indivíduos em geral, mas essencialmente asseverar poder político aos barões, mediante a restrição dos poderes do rei.⁹

Segundo a evolução histórica dos direitos fundamentais, surgiram na Grécia antiga novos conhecimentos imprescindíveis ao homem, como a igualdade e a liberdade, sendo destacada a participação política dos cidadãos, anterior às leis escritas, a existência da crença em um direito natural elevado (de ordem divina). Mas apenas com o direito romano foi plausível implantar um preceito de proibições que abrigasse os direitos individuais com referência aos ordenamentos discricionários do Estado. Em seguida, surgiu a Lei das XXII Tábuas, o primeiro documento escrito que assegurava ao cidadão os direitos de liberdades e de propriedade, bem como a proteção a esses direitos.¹⁰

As religiões se comparam a grandes códigos morais da humanidade que ainda fazem parte da vida das pessoas. Praticamente todas as correntes religiosas pregam a paz, o respeito ao semelhante, o respeito a vida, a fraternidade, a caridade, a compaixão, a piedade, etc., valores que estão na base da noção da dignidade humana.¹¹ E o pensamento cristão que até hoje influencia a sociedade ocidental, estabelece que “não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só Cristo” (Epístola aos Gálatas, III, 26), nesta senda, percebe-se claramente o dever do respeito aos semelhantes, independente de adjetivos.

É inegável, portanto, que a filosofia por detrás da limitação do poder e da dignidade humana sempre fez parte da consciência humana. Nas sociedades

⁸ SIMM, Zeno. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. São Paulo: LTr, 2005, p. 19

⁹ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 93

¹⁰ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito a Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF. 2003. p. 59.

¹¹ No portal DHNet <<http://www.dhnet.org.br>>, há um relato histórico bastante interessante sobre a evolução dos direitos humanos em face das religiões, escrito por João Batista Herkenhoff, que merece ser lido.

mais primitivas a noção de dignidade humana não é a mesma que temos atualmente no século XXI, haja vista que naquela época aceitavam a escravidão sem questionamento algum. Da mesma forma, a noção de igualdade era substancialmente diferente, sendo a mulher, em outras sociedades antigas equiparadas a animais ou a objetos – ou nem mesmo isso.

As sociedades antigas conheceram os direitos dos homens, embora não tenham conhecido os direitos fundamentais, posto que estes valores não eram positivados através de normas jurídicas. Do mesmo modo que as sociedades antigas enfrentam grandes dificuldades quanto a proteção dos direitos do homem, a sociedade contemporânea também encontra tais dificuldades, estando longe de respeitar os valores mais básicos para uma vida digna, ainda que reconhecidos oficialmente como normas jurídicas merecedoras de uma proteção especial.

Sob o caso em tela, Marmelstein cita alguns exemplos do estágio primário que ainda se vive no que se refere a proteção dos direitos do homem/fundamentais:

- a) o trabalho escravo ainda é, infelizmente, uma realidade em diversos lugares do mundo, inclusive aqui no Brasil, conforme reconhece o próprio Ministério do Trabalho;
- b) até pouco tempo atrás, prevalecia a ideia de que as mulheres eram irracionais e muito emotivas para exercerem qualquer direito político. Isso sem mencionar o preconceito ainda existente em relação ao trabalho feminino em diversos campos, como nas forças armadas, para ficar apenas com um exemplo notório;
- c) do mesmo modo, hoje, o pensamento dominante – mesmo sem base científica – é de que os casais de pessoas do mesmo sexo são emocionalmente instáveis para obterem o direito de adotarem crianças. Os próprios homossexuais são estigmatizados e discriminados mesmo nos países mais civilizados, havendo, inclusive, leis pelo mundo afora que consideram a prática do homossexualismo como crime;
- d) até mesmo países evoluídos como os EUA adotam práticas desumanas, como bem demonstram as condições vividas pelos presos Guantánamo (base militar norte-americana situada em Cuba), assim como as torturas praticadas por soldados norte-americanos no presídio de Abu Ghraib (base militar norte-americana situada no Iraque);
- e) tudo isso sem falar nos milhões de seres humanos que vivem em estado absoluto de miséria, totalmente excluídos das vantagens sócias.¹²

¹² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32-33.

Ainda há muito a evoluir, nem a sociedade antiga era tão indiferente, nem a sociedade contemporânea é composta somente por seres humanos acolhedores que respeitam totalmente os direitos dos seus semelhantes.

Sempre houve a noção de valores ligados a dignidade humana, é da essência do homem indignar-se contra as injustiças, no entanto tais valores não eram positivados pelos ordenamentos jurídicos, não havendo por parte das autoridades um reconhecimento formal que estes valores representavam direitos que poderiam ser invocados perante um órgão imparcial e independente, mesmo contra a vontade do soberano.

Sob esta égide, é possível perceber que não haviam direitos fundamentais na antiguidade, nem na Idade Média, nem durante o Absolutismo, pois a noção de Estado não estava solidificada.

A ideia de direitos fundamentais ganhou efetividade somente por volta do século XVIII, com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais limitavam a atuação do jurídica poder político.¹³

Os direitos fundamentais recebem sua efetividade quando garantidos em texto constitucional. Atualmente, destaca-se a Constituição do Brasil de 1988, que acolhe os direitos fundamentais em seu Título II “Os direitos e garantias fundamentais”, e é subdividido em cinco capítulos, os quais abordam os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Ganham assim, os direitos fundamentais, uma segurança na lei, possibilitando que se façam valer os direitos de todos os cidadãos. Em sequência será analisada a efetivação dos direitos fundamentais.

¹³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

1.2 Da efetivação dos Direitos Fundamentais a constitucionalização do Direito Fundamental à saúde

Os direitos fundamentais devem ser exercidos como uma radicalização do “*to enforce the law*”, que significa “aplicar a lei”. *Enforced*, conforme afirma Derrida, não há direito que não se legitime.¹⁴

O *enforced* é atinente ao caráter autopoietico do sistema do direito e observa que as suas condições de reprodução sistêmica são efetivamente alcançadas. Os direitos fundamentais, ainda que sejam núcleo basilar do subsistema constitucional, causam a si mesmo de forma exasperada, visto que devem indicar as bases de sustentação que legitimam tanto o direito como a política. Neste diapasão:

Os direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado e da Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Significa isto que a interpretação da Constituição precompreende uma teoria dos direitos fundamentais, no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e o alcance intrínseco dos direitos fundamentais.¹⁵

O Poder Judiciário tem a função de garantir os direitos fundamentais, posto que não são direitos passíveis de negociação. A função de decidir do judiciário aparece como pedra angular para que haja uma real concretização dos direitos fundamentais. Cabe aos juízes, com respaldo em nossa constituição o grande desafio de cotidianamente garantir o respeito e o fomento de tais direitos.

Já os direitos sociais, que são os direitos de segunda dimensão, aparecem com o chamamento do Estado para interceder na sociedade, a fim de asseverar a igualdade. Demandam uma prestação positiva do Estado (status positivo de Jellinek). Sob este prisma, a primeira Constituição a incorporar os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais), foi a Constituição do México em 1917, logo em seguida, pela Constituição da Alemanha.¹⁶

¹⁴ DERRIDA, Jacques. Force de loi. Le “fondement mystique de l’autorité”. In : **Cardozo Law Review**, v. 11, ns. 5-6, jul./ago. 1990, p. 924.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 2ª edição. Editora Almedina, 1980.

¹⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado constitucional solidarista: Estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional 1**. Saraiva: 2010, p. 59.

A primeira Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a tratar da ordem dos direitos sociais, que teve um Título denominado “Dos direitos econômicos e sociais”, encontrado junto com os conceitos de ordem econômica devido à visão de dependência econômica atribuída a esses direitos, o que ocorreu até o advento da atual Constituição. A Carta Cidadã acaba com esse conceito no intuito de demonstrar a importância das prestações materiais e ratificar que essas prerrogativas são normas jurídicas como às outras e não *ancilla* da seara econômica¹⁷

Sob este mesmo prisma, Ingo Sarlet assevera que os direitos fundamentais sociais amparados em capítulo próprio evidenciam a sua autêntica e incontestável condição de direitos fundamentais.

José Afonso Silva nos traz o conceito de direitos sociais:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.¹⁸

Os direitos sociais por apresentarem condições de direitos fundamentais do homem, requerem prestações positiva por parte do Estado, dependendo de uma atuação direta e indireta deste, que deve garantir melhores condições de vida aos que mais necessitam. Essas normas constitucionais devem assegurar uma igualdade de direitos entre cidadãos desiguais. Deste modo possuem ligação com o direito de igualdade material.

Agra, leciona que os direitos sociais são direitos humanos:

Direitos sociais são a espécie de direitos humanos que apresenta, como requisito para sua concretização, a exigência de intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática quer na realização de uma prestação jurídica. Os direitos de liberdade são forcejados no individualismo, posteriormente sendo reestruturados para o consumidor. Já os direitos sociais consideram o homem além

¹⁷ AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs). **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 524.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 287.

de sua condição individualista, abrangendo-o como cidadão que necessita de prestações estatais para garantir condições mínimas de subsistência. A titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade.¹⁹

Alguns doutrinadores entendem que os direitos sociais dependem de uma atuação efetiva do Estado, visto que estão elencados como normas de eficácia limitada, mas que criam condições para que se alcance a igualdade real.

A grande importância do reconhecimento dos direitos sociais auferida destaca-se com sua positivação constitucional. Jose Joaquim Canotilho doutrina que os direitos sociais são abrangidos como autênticos direitos subjetivos intrínsecos ao espaço existencial do cidadão, altivamente da sua justicialidade e exequibilidade emergente.²⁰

Neste sentido, os direitos sociais, percebidos como direitos fundamentais a prestações, necessitam de uma atuação positiva do Estado. Para serem concretizados necessitam dessa atuação efetiva, além de seu reconhecimento constitucional. Sem isso, não há o que se falar em igualdade entre os cidadãos no Estado Democrático de Direito.

A efetivação constitucional do direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, seguramente pode ser vislumbrada como pedra angular dos principais avanços da nossa Constituição Pátria, que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social amplificado, especialmente, a partir do pós-II Guerra.

Até o ano 1988, a tutela do direito à saúde era restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI), ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*). Em geral, não obstante, a proteção da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º;

¹⁹AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs). **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 515.

²⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV).

A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente interligado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da sistematização introduzida em 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e acolhendo, de outra parte, às exigências do Movimento de Reforma Sanitária, que balizaram o constituinte originário, especialmente pelo resultado das discussões travadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde.²¹

A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, da evolução dos sistemas de proteção antes estabelecidos em nível ordinário (do Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975 e, já em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS). Algumas das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde também são reflexos deste processo, tais como: a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e

²¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde²².

Além de considerações mais particulares acerca do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, a serem ampliadas nos tópicos subsequentes, importa aqui salientar, também, que a compreensão larga do direito à saúde, na esteira da consagração de outros direitos fundamentais sociais, tem sido elemento de uma constante abertura ao Direito Internacional, cujas normas passam, assim, a conversar com o sistema constitucional pátrio. Nesse interim, e no que diz respeito ao direito à saúde, destacam-se alguns dispositivos protetivos, entre os quais (e a listagem é, à evidência, simplesmente exemplificativa): Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar à saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966²³, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”²⁴, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”²⁵, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito)²⁶

O Direito prestacional à saúde está elencado no Título VIII da Constituição, “Da Ordem Social”, tendo sido abrangido pelo constituinte, no Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, fazendo parte do distinto grupo

²² RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.262e ss.

²³ O PIDESC foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

²⁴ O Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

²⁵ O Protocolo de São Salvador foi internalizado pelo Decreto-legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto nº 3.371, de 31 de dezembro de 1999.

²⁶ VANDERPLAAT, Medine. “Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública.” In: Saúde e Direitos Humanos. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf>, acesso em 17 de jul. de 2016.

de direitos assegurados maneira especial pela Constituição. Destarte, com o direito à saúde agregando os direitos fundamentais individuais, almejou o constituinte pátrio, por expresse, constar no artigo 5º, § 1º,²⁷ que esse direito tivesse aplicação imediata.²⁸

O direito à saúde é um direito fundamental do cidadão, podendo ser tomado como direito individual coletivo e difuso. É um direito individual na medida em que qualquer pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica como corolário do seu direito de personalidade. Nesse caso, dispõe de ação e pode exercer pretensão objetivando a abstenção de comportamento de terceiros que venham a pôr em risco sua saúde.²⁹

Assim como a garantia à propriedade à liberdade e à segurança, o constituinte decidiu que o direito à vida é inviolável, e sendo à saúde uma condição para garantir a vida, igualmente está compreendida como direito individual pelo fato de estar expresse no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com proteção consolidada pelo disposto no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição, que consolida as cláusulas pétreas da Carta Magna.

Assim, é possível dizer que a noção de que à saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultante de um processo de evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja à saúde em si mesmo considerada.³⁰

A nossa carta magna consagrou a instituição de um Estado Democrático designado a garantir que sejam exercidos todos os direitos sociais individuais, na sociedade de cunho fraterno, plural, estabelecida sob a harmonia social, além do que, ao arraigar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no inciso III, do artigo 1º, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e definir como objetivos fundamentais da República “a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria; promover o bem estar de todos, sem preconceitos de

²⁷ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 280.

²⁹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 289.

³⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 236.

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, ratificou o constituinte a grande valia da reserva aos direitos fundamentais.

Cabe ao poder público a responsabilidade pelos serviços e ações referentes à saúde, entretanto o constituinte não auferiu somente ao ente público tais responsabilidades, conforme expresso no art. 199 da CF e 1988, ou seja, permite que a iniciativa privada participe ativamente de ações e serviços atinentes à saúde.

Entretanto, à saúde, na qualidade de direito social, necessita da ação positiva do Estado com o objetivo de trazer concretização e eficácia ao disposto na CF/88. Neste contexto, José Afonso da Silva define direito social nos seguintes termos:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que possuem íntima conexão com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.³¹

Alexandre de Moraes também sintetiza que:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.³²

Com isso, compreendemos que os direitos sociais são aqueles que, perante a previsão normativa, habilitam os indivíduos a exigirem do Estado uma atitude ativa, ou seja, que proporcione prestações de natureza jurídica ou material que são imprescindíveis a aplicar as condições fáticas, desaguando no eficaz exercício das liberdades fundamentais e propiciam igualização de conjunturas sociais desiguais, desenvolvendo melhores condições de vida aos mais necessitados de recursos materiais.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. p.277.

³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 205.

Portanto, é de fácil percepção que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado. A força vinculante e curadora dos direitos sociais transforma a clássica pretensão jurídica constituída no direito subjetivo; de uma pretensão de omissão dos poderes públicos muda-se para uma vedação a omissão ou um dever de atuar. Com o advento da Constituição dirigente juntamente com o Estado Social de Direito, ao estabelecer que o Estado se abstenha de intervir nos direitos do indivíduo a direção muda no sentido de determinar que o Estado interfira ativamente e garanta prestações básicas e imperiosas aos indivíduos.³³

1.3 A Promoção do Direito à saúde e o Direito Sanitário

Como é possível perceber, foi percorrido um longo caminho até a efetivação do direito fundamental à saúde. A promulgação da Constituição de 1988 instituiu o Estado democrático de direito, que, através da democracia, assegurou uma posição igualitária à população para que todos tenham uma vida digna, tendo como suporte o Estado na função de garantidor dos direitos sociais.³⁴

A redemocratização aumentou o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O período culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do (SUS) Sistema Único de Saúde. A Magna Carta estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Segundo Rocha,

O direito à saúde possui a natureza jurídica de direito difuso, na medida em que a Constituição Federal de 1988 trata-o como um direito de todos (art. 196 *caput*), enquadrando-se completamente no conceito normativo do CDC (art. 18, 1), como sendo aquele “transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os interesses ou direitos difusos – o CDC trata interesse e direito como expressões sinônimas –

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra. Coimbra. 2001. p. 365.

³⁴ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF. 2003. p. 92.

caracterizam-se por uma pluralidade de titulares indeterminados, bem como pela indivisibilidade do objeto de interesse, que necessariamente aproveita em conjunto.³⁵

A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não seria mais limitada aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde.³⁶

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de regras gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo do mesmo modo suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II).³⁷

Como é possível perceber, todas as esferas do governo são competentes para formular e executar as políticas de saúde.³⁸

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, alvitando a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é idealizado como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta.

A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de

³⁵ ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito da saúde. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora LTr, 1999. p. 46.

³⁶ O Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Tal sistema deve ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”. O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes.

³⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi, **Competência municipal em matéria de saúde**, Revista de Direito Público, 92:173, 1989.

³⁸ No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

Em 1990 foi regulamentada a Lei 8.080/90 que controla todas as ações e os serviços de saúde no Brasil, que criou o SUS (Sistema Único de Saúde), em consonância com o art. 200 da Constituição Federal de 1988. Estabelece que a saúde é um direito fundamental do cidadão, devendo o Estado dar as condições para o seu cumprimento, regulado pelo art. 2º *caput*. Importante destacar que a obrigação do Estado

“Consiste na formulação e na execução das políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e os serviços para a sua promoção e recuperação”.

³⁹

O art. 3º dessa lei, entretanto, enfatiza, quanto a saúde, outros fatores determinantes para o seu êxito, que devem dar um melhor padrão de vida à população, cuidando do seu bem-estar:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e a economia do País.

Paragrafo único: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.⁴⁰

O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental deu origem a uma abundância de regras e decisões jurídicas que têm o desígnio de garantir esse importante direito, dando vida e conteúdo a uma parte específica da ciência jurídica, que denominamos de direito sanitário, direito este que será aprofundado na sequência, posto que está diretamente ligado promoção da saúde pública.

³⁹ Lei 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.

⁴⁰ Lei 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 08 jul. 2016.

1.4 Desafios sanitários do século XXI

O direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que ambos são direitos fundamentais que devem ser garantidos pelos Estados. O direito fundamental à vida reflete a indivisibilidade e a interrelação de todos os direitos humanos, expressando o direito de cada indivíduo e também o direito de todas as pessoas ou todos os povos.

O Estado conta com a lei a seu favor. Entretanto, não é simples obter a sua efetividade. O Estado deve administrar em função da lei, pondo sempre em primeiro lugar o interesse público, tendo respeito pelos interesses sanitários que devem delinear a seu limite na área da saúde pública. Em outras palavras, a lei passa a ser instrumento de concreção do Estado que, deve ser veículo para promoção de determinadas atividades ou ações pretendidas pela ordem jurídica ou adaptadas à ordem já estabelecida.

O movimento de Promoção da Saúde teve seu marco inicial no Canadá em maio de 1974 com a divulgação do documento “*A new perspective on the health of Canadians*”, conhecido também pelo nome de Informe Lalonde. Seus embasamentos reúnem as bases dos chamados “determinantes da saúde”, que decompõem o campo da saúde em quatro amplos elementos:

- a *biologia humana*, que compreende a herança e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento;
- o *meio ambiente*, que inclui não só o solo, a água, o ar, como também os alimentos, o local de trabalho, o trânsito, etc.;
- a *organização do direito a saúde*. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares, os medicamentos, são as primeiras coisas que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde. No entanto, este é apenas um componente do campo da saúde, e não necessariamente o mais importante; às vezes é melhor ter água potável do que medicamentos; melhor evitar o fumo do que ter que fazer radiografias de pulmão todos os anos.⁴¹

Para tanto, partindo de um conceito ampliado de saúde, a concepção de sua promoção introduziu fortemente as dimensões socioambientais como integrantes do processo de adoecimento. Conforme o disposto no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (“saúde é o estado de completo

⁴¹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. Porto Alegre: L&PM. 1987. p. 34-35

bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”). Os vários enfoques jurídicos da saúde são esmiuçados a partir de sua identificação como direito humano – direito à saúde – e como parte do direito administrativo – direito à saúde pública, da junção de ambos surge o conceito abrangente de direito sanitário.

Sob este prisma, assevera Soares:

O direito sanitário não pode deixar de sentir as influências de fenômenos que tem marcado sua emergência, e que são o traço característico do século XX: a internacionalidade, ou como tem sido nos últimos anos denominada: a globalização. As extraordinárias facilidades de transportes, se por um lado propiciam um movimento internacional de pessoas e mercadorias, facilitam, igualmente, as transmissões de doenças; a tecnologia industrial, a um ritmo desenfreado, polui rios e lençóis freáticos fronteiriços de lagos internacionais, e a regulamentação de seus efeitos no meio ambiente se torna uma questão a ser resolvida em nível internacional.⁴²

Com efeito, pode-se dizer que estes direitos são chamados de transfronteiriços e transnacionais, pois apresentam como sua principal característica a sua proteção que não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional.

No caso desses direitos da chamada terceira geração, exatamente por serem difusos, não se sabe ao certo o número de pessoas envolvidas nessas questões. A título de exemplo, no caso de uma catástrofe nuclear, nunca se sabe o número de pessoas realmente atingidas em dito tipo de acidente ambiental, se toda a população de uma cidade, de uma província, de uma região, de um país, de dois ou mais países, de todo um continente ou mesmo de todo o planeta. No caso da contaminação de um rio, esse rio pode passar por muitas províncias de um mesmo país, ou mesmo por vários países. Afinal são incalculáveis os danos causados pela violação de um direito difuso, assim como são incontáveis os números de vítimas das violações dos direitos difusos. Outro grande problema que devemos observar é em relação às doenças que são transmitidas por vírus, bactérias, etc., pois o avanço das tecnologias de transporte contribui para a proliferação de doenças, sendo necessário deste modo um controle sanitário nas fronteiras.

Para uma melhor compreensão do direito sanitário, deve-se entender que

⁴² SOARES, Guido F. S. O direito internacional sanitário e seus temas: apresentação de sua incomoda vizinhança. **Revista do Direito Sanitário**, São Paulo: LTr, n. 1, p. 51, 2000.

“a saúde é um bem indispensável a preservação da dignidade do homem, quando considera-lo intrinsecamente relacionado ao Estado e, conseqüentemente, diretamente influenciado em função da opção política”.⁴³ Portanto, independente do papel atribuído ao Estado em sua função política, devem ser preservados os direitos sanitários, deve haver políticas sanitárias destinadas a promoção e preservação das doenças, e não somente a cura.⁴⁴

A seguir serão abordados de maneira sintetizada alguns casos que tratam sobre os riscos abstratos, especialmente aqueles transnacionais e transfronteiriços, que geram impactos fora do seu território.

1.5 Riscos abstratos – transfronteiriços e transnacionais

Os riscos abstratos transfronteiriços e transnacionais são assim denominados justamente pela impossibilidade da precisão sobre o número de pessoas, cidades, Estados e países que serão afetados.

O debate sobre a relevância do tratamento do risco ambiental tem sido cada vez mais periódico no panorama mundial identificando-se, em geral, com as incertezas produzidas pelas alterações climáticas e desastres que vêm se abatendo sobre a Terra. O aquecimento global, a aceleração da poluição do ar, solo e mares, a contaminação química e a escassez de recursos naturais têm sido chamados como percepções de riscos incontroláveis que progressivamente ameaçam a espécie humana.

O presente tópico propõe-se a aclarar de que forma o risco se tornou uma propriedade da contemporaneidade. Os avanços das ciências havidos, sobremaneira, a computar da Revolução Industrial, permitiram ao homem desfrutar de maior bem-estar, descobrir cura de doenças, encontrar novas fontes de produção de riqueza, relativizar distâncias espaciais e limites temporais. Ao mesmo passo em que o desenvolvimento e o domínio da técnica atenderam as incessantes necessidades da humanidade, proporcionando-lhe os benefícios de

⁴³ ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito da saúde. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora LTr, 1999. p. 22.

⁴⁴ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito a Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF. 2003. p. 133.

uma maior comodidade e bem-estar, impuseram-lhe o ônus de ter de acostumar-se com a insegurança e as incertezas produzidas pelas investidas científicas falhas e os equívocos decorrentes dos processos do tipo experimento e erro. O que não se antevira é que o desenvolvimento tecnológico e o processo natural de reconstrução paradigmática das ciências, a par de produzirem grandes benefícios, ainda importariam na produção de novos riscos, proporcionalmente mais graves e desafiadores à humanidade quanto maior a ousadia do sucesso almejado.

As novas tecnologias possibilitaram o transporte, o desenvolvimento de indústrias, mas também a proliferação de doenças e uma degradação do meio ambiente nunca antes vista. O doutrinador Guido Soares destaca a ocorrência de graves acidentes e a consequente adoção de novas medidas de precaução visando a não ocorrência de novos desastres ou ao menos tornar o ciclo de gestão do risco mais eficiente.

Apesar de Soares não fazer distinção de desastre quanto à natureza espacial, ou seja, se de natureza fronteiriça ou transfronteiriça, assinala considerações sobre a impossibilidade de enfrentamento, já à época de sua obra, a tais eventos sob a ótica de um Direito tradicional atravancado em percepções clássicas. Destaca o autor que mesmo um acontecimento em nível local pode – devido à natureza holística dos ecossistemas – suscitar dimensões internacionais, concluindo Soares que “pelo interesse de toda humanidade em preservar seu equilíbrio e sanidade, não mais pode ser tratado como assunto doméstico; [...] esse interesse acaba, pois, por fazer do citado fenômeno local um acontecimento internacional”⁴⁵

A título de exemplo podem ser citados vários casos em que os riscos ambientais e as consequências com a saúde da população foram além das fronteiras.

O primeiro exemplo é o Caso do Lago Lanoux, envolvendo França e Espanha, que por sua vez ofereceu uma reclamação fundamentada na oposição contra o fato da França utilizar as águas do Rio Carol para geração de energia elétrica envolvendo o risco de alteração na quantidade e qualidade das águas em curso para Espanha caso não fosse utilizada das mesmas tecnologias em

⁴⁵ SOARES, Guido. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

seu território, o que ficou comprovado no final dos trabalhos de engenharia. Apesar não tratar diretamente do impacto ambiental, o caso possui importância no sentido de gestão do risco sobre águas transfronteiriças e consolidação do conceito de bacia internacional.⁴⁶

Outro exemplo que elucida muito bem a proporcionalidade dos riscos abstratos é o caso de Chernobyl, que teve impacto na Europa e em parte da Ásia. A central nuclear foi construída no noroeste da cidade de Chernobyl na década de 1970 pelo Governo da antiga União Soviética (Apêndice – 1).

Em abril de 1986, ocorreu um acidente nuclear de dimensões até então inimagináveis. Um reator teve problemas técnicos e com isso foi liberado uma nuvem radioativa contaminando pessoas, animais e o meio ambiente, abrangendo grande parte da Europa e parte do norte da Ásia.

No entanto, conforme assevera Soares, o legado de tal evento consiste na apresentação de duas Convenções em 1986, a Convenção sobre Assistência no caso de Acidente Nuclear ou Emergência Radiológica e Convenção sobre Pronta Notificação de Acidentes Nucleares.⁴⁷

Devido às condições climáticas, a nuvem formada com substâncias radiativas espalhou-se pelo ar e pelo solo. O contato com estas substâncias teve consequências graves para a saúde das pessoas, muitas delas desenvolveram câncer, problemas circulatórios e catarata. Nas ocorrências mais graves, a radiação altera o DNA das células, fazendo com que elas percam seu ritmo normal de divisão e se comportem como células cancerosas.

Além da contaminação do ser humano pelo ar, os elementos radioativos podem entrar no corpo levados pela água, leite e alimentos. O consumo de verduras plantadas em solo irradiado apresenta riscos, assim como carne e leite produzidos.

Importante destacar que no plano do Direito Internacional clássico, diversos tratados abordam o tema dos riscos e desastres transfronteiriços, especialmente, os tratados de Tordesilhas e Westfalia, de modo que até hoje o termo é utilizado com intuito de delimitação geográfica envolvida por território e

⁴⁶ SOARES, Guido. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 700.

⁴⁷ SOARES, Guido. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 706.

soberania. Todavia, a ótica do Direito Ambiental Internacional relacionada aos riscos e desastres, como consequência lógica do princípio da soberania compartilhada sobre os recursos naturais, esta acepção pode se tornar inócua uma vez que o ambiente deve ser abarcado de maneira holística não sendo suficiente sua limitação geopolítica como mostram as experiências no caso Chernobyl, entre outros.

Além dos casos citados, destaca-se também o caso de pulverização de herbicidas na fronteira entre o Equador e a Colômbia, denominado de Plano Colômbia.

A partir de 1990 as plantações de coca que estavam localizadas no Peru e Bolívia migraram para a região sul e centra da Colômbia. Este ato ocorreu devido a ação norte-americana de desenraizar o cultivo da coca. Os governos do Peru e Bolívia seguiram pontualmente a “[...] política norte-americana militarizada do cultivo de coca, [...]”⁴⁸, o que levou a migração do plantio para o outro lado da fronteira, tornando a Colômbia o principal produtor da folha da coca. Deste modo, “a área de cultivo de coca que era de 40.100 hectares, em 1990, passou para 163.300 hectares, em 2000.”⁴⁹ No ano 2000, a Colômbia recebeu uma proposta dos Estados Unidos, que tinha como premissa acabar com o tráfico de drogas. Esta proposta ficou conhecida como Plano Colômbia.

O Plano Colômbia versava sobre a pulverização do plantio de coca com o herbicida glifosato, que foi patenteada pela Empresa Americana Monsanto com o nome de Roundup⁵⁰. A partir disso, a Monsanto forneceu a Colômbia toneladas do produto para que o Plano Colômbia fosse colocado em prática, incluindo as áreas das fronteiras da Colômbia com o Equador e outros estados.

A pulverização dos herbicidas era realizada através aviões, que muitas vezes adentravam as fronteiras do Equador sem autorização. Esta ação provocou diversos danos para às culturas locais, contaminando rios e lagos, causando mortes de animais e causando graves danos à saúde e bem estar da

⁴⁸ SANTOS, Marcelo. **O conflito colombiano e o Plano Colômbia**. SENHORAS, Eloi Martins; CAMARGO, Julia Faria. (Org). Boa Vista: Editora da UFRR, 2011. p.51.

⁴⁹ SANTOS, Marcelo. **O conflito colombiano e o Plano Colômbia**. SENHORAS, Eloi Martins; CAMARGO, Julia Faria. (Org). Boa Vista: Editora da UFRR, 2011. p.51.

⁵⁰ LEAHY, Stephen. Novos estudos expõem danos do glifosato. **Terramérica**. Disponível em: <<http://www.tierramerica.info/nota.php?lang=port&idnews=250>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.

população local, uma vez que nas regiões fronteiriças vivem em torno de 6 milhões de habitantes, (Apêndice - 2).⁵¹

A utilização destes produtos químicos afetou o DNA da população local, “Mostras de sangue de 24 equatorianos, que vivem a uma distância de até três quilômetros da fronteira apresentaram aberrações de cromossomos entre 600% e 800% superiores aos das pessoas que vivem a 80 quilômetros.”⁵²

Assim, o Equador, alegando os impactos nocivos causados pela pulverização, fez diversas tentativas de negociação com o governo colombiano e chegou a demandar contra a Colômbia na Corte Internacional de Justiça, em Haia.

Em agosto de 2013, o presidente do Equador, Rafael Correa, declarou que foi alcançado um acordo entre Colômbia e Equador sobre as fumigações, pondo fim ao contencioso na CIJ. O acordo foi realizado sem a necessidade de intervenção da CIJ. Sendo assim, o Equador entregou à CIJ uma carta em que manifesta sua desistência sobre sua demanda contra Colômbia.

O acordo consolidado entre as duas partes institui que o governo colombiano irá comunicar o Equador sempre que houver planos para a prática de fumigações na região fronteiriça, mais especificamente a menos de 10 Km do território equatoriano. Os Aviões colombianos que voarem em missões de fumigação dentro da faixa de segurança designada, também terão que realizar a pulverização do herbicida a partir de uma altitude de menos de 40 metros, sendo esta medida vista como uma forma de manter a dispersão do glifosato fora do território equatoriano. Ademais, estão previstas sanções financeiras à Colômbia. As autoridades colombianas pagarão os gastos que o Equador teve para manter seus advogados em Haia e farão contribuições financeiras que serão destinadas a fomentar o desenvolvimento social e econômico das áreas de fronteira.

Sob esse prisma é que se estabelece uma ponderação mais profunda sobre as formas pelas quais os riscos ambientais são estabelecidos e se

⁵¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 16 e janeiro de 2017.

⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 16 e janeiro de 2017.

manifestam na contemporaneidade a fim de se admitirem instrumentos de reinstitucionalização de certezas mínimas quanto ao destino ambiental do planeta.

O conflito entre a motivação econômica básica e os efeitos ambientais contemporâneos e a longo prazo não pode ser negado. Esse conflito não pode ser resolvido, segundo Galbraith, “com preces ou com a retórica pública, mas o governo deve, no interesse da comunidade e para proteção futura dela, regulamentar as atividades capazes de causar efeitos ambientais” os benefícios econômicos não podem prevalecer em função de riscos à saúde e ao meio ambiente.⁵³

O ponto a seguir será norteado pelo princípio da prevenção e da precaução, uma vez que estes apresentam-se como verdadeiros instrumentos para a preservação e proteção, tanto do meio ambiente, quanto da saúde pública.

1.5.1 Princípio da prevenção e da precaução: instrumentos de proteção para saúde pública e o meio ambiente

Atualmente, uma das grandes preocupações que nos cercam é quanto a velocidade na tomada de decisões sem análise do seu impacto sobre à saúde pública e o meio ambiente, não raras vezes, o lucro e a busca pelo acúmulo de riquezas, sob a égide do pensamento utilitarista, falaram mais alto do que o argumento da proteção de bens juridicamente relevantes.

O grande desafio a ser enfrentado pelos governadores contemporâneos é regulamentar as atividades que causam danos ao meio ambiente, mas sem paralisá-las, uma vez que não seria possível um retardamento de ações importantes, como por exemplo, de uma vacina contra a AIDS.

Nesta senda, apresenta-se de grande valia a observação do princípio da prevenção e da precaução para a proteção da saúde pública e do meio ambiente. Para uma melhor compreensão, faz-se mister discorrer acerca da diferenciação entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção.

⁵³ GALBRAITH, John Kenneth. **The good society**. New York: Houghton Mifflin, 1996. p. 98.

De maneira geral, o Princípio da Precaução ultrapassa o da prevenção impondo às autoridades a obrigação de agir em face de uma ameaça de danos irreversíveis à saúde, mesmo que os conhecimentos científicos disponíveis não confirmem o risco. A precaução atua na incerteza científica e não existe por ela mesmo, se constrói a cada contexto.

O princípio da precaução terminantemente não se confunde com o princípio da prevenção. O autor Fiorillo refere-se apenas ao princípio da prevenção. Segundo ele:

A nossa Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no caput do art. 225, o dever do poder público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida por uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção. Para tanto, observamos instrumentos como o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/Rima), o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc. É importante refletir que o denominado Fundo de Recuperação do Meio Ambiente passa a ser um mal necessário, porquanto a certeza de destinação de uma condenação para ele mostra-nos que o princípio da prevenção do meio ambiente não foi respeitado.⁵⁴

O doutrinador Milaré, embora não discorde dos que adotam a nomenclatura de princípio da precaução, por razões semânticas e terminológicas, também adota o princípio da prevenção, por ser mais amplo e abarcar o princípio da precaução,

Com efeito, há cambiantes semânticos entre essas expressões, ao menos no que se refere à etimologia. Prevenção é substantivo do verbo prevenir, e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim prae = antes e cavere = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis. A diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos. Não descartamos a diferença possível entre as duas expressões nem discordamos dos que reconhecem dois

⁵⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39-40.

princípios distintos. Todavia, preferimos adotar princípio da prevenção como fórmula simplificadora, uma vez que prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico.⁵⁵

O princípio da prevenção tem como fundamento constitucional o disposto no artigo 198, II da Constituição Federal de 1988 na medida em que expressamente refere a prioridade para as atividades preventivas em prol da saúde da população, além do art. 196 CF/88 ter feito referência ao direito à saúde que é direito de todos, dever do Estado, e que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que promovam e protejam

O princípio da prevenção tem a finalidade de evitar o perigo concreto, ou seja, aquele que é comprovado cientificamente, enquanto que o princípio da precaução tem por premissa evitar o perigo abstrato, não comprovado cientificamente. O princípio da prevenção pode ser aplicado para evitar que sejam exercidas atividades que já se sabem causadoras de danos, por fontes de informações científicas reconhecidas. Já o princípio da precaução, por sua vez, pode ser aplicado quando os dados científicos do risco da atividade a ser realizada são insuficientes ou contraditórios. O risco de perigo, nesse caso, pode ser simplesmente potencial, ou seja, configura-se com a probabilidade presumível de nocividade da atividade, ainda que não se possa classificar nem quantificar os efeitos do risco. Assim, o princípio da prevenção visa a evitar o risco conhecido, e o princípio da precaução visa a evitar o risco potencial.

Constata-se que ambos princípios são constitucionais e fundamentais, possuem eficácia direta e manifestam-se pela adoção de medidas antecipatórias. Entretanto, estas devem ser proporcionais pra que não venham a violar direitos, seja pela sua aplicação insuficiente, seja pela sua aplicação excessiva, e que não causem danos irreversíveis tanto para o meio ambiente como para a saúde pública.

No que tange ao princípio da prevenção, pode-se citar a título de exemplo, os casos de atuação das agências reguladoras no sentido de limitar os anúncios publicitários de alimentos que de forma cientificamente comprovada podem

⁵⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 165-6.

causar efeitos maléfico a saúde humana, como por exemplo o tabagismo e as bebidas alcoólicas,

Segundo dados do Ministério da Saúde do Brasil, “o número de acidentes de trânsito no Brasil aumenta, em média, 20% durante as festas de fim de ano, período de maior fluxo de veículos e quando há abusos no consumo de álcool. Outro dado preocupante é que o número de mortos no trânsito não para de crescer no país: subiu de 33.288 em 2002 para 36.611 em 2005. Metade dos envolvidos abusou no uso de álcool. Entre 2000 e 2006, o Ministério da Saúde registrou um aumento de 50,36% nos gastos com internação de pessoas envolvidas em acidente”.⁵⁶

Tanto no caso do tabagismo, quanto no caso do uso excessivo de bebidas alcoólicas há comprovação científica quanto a nocividade para a saúde humana, que existe uma altíssima probabilidade, certeza ou quase certeza de que causará danos anômalo. Há sempre um dever do Estado em tomar medidas preventivas em relação aos riscos, mas não se descarta o dever de cuidado individual. Os estilos de vida arriscados poderão mitigar a responsabilidade de terceiros.

Quanto ao princípio da precaução, pode-se citar o exemplo de sua aplicação a fim de impedir danos à saúde humana decorrentes da comercialização de alimentos atingidos por radiação nuclear. No caso de Chernobyl, o Poder Judiciário impediu a comercialização de carne bovina proveniente daquela região. Muito embora o princípio da precaução não fosse manejado, naquela época, por uma noção conceitual no Direito brasileiro, as decisões, na prática, foram no sentido de sua aplicação.

Isso porque não havia como se saber com absoluta certeza se a carne importada pelo Brasil causaria danos à saúde da população. Talvez até não causasse, pois não se sabia ao certo se a radiação havia atingido, e em que extensão, o rebanho abatido. Todavia, por cautela, preferiu-se não expor a população ao risco de ocorrência de danos à saúde em face de possível contaminação da carne bovina proveniente da extinta URSS.⁵⁷

⁵⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

⁵⁷ TESSLER, Marga inge Barth. **A vigilância sanitária e os princípios da precaução e da prevenção**. IV Encontro Internacional dos Profissionais em Vigilância Sanitária – ABPVS, em 01 out. 2004, em Foz do Iguaçu/PR.

O principal desafio do princípio da precaução na sua aplicação concreta consiste em dar uma resposta proporcional ao risco incerto.

François Ost em sua obra intitulada “O Tempo do Direito”, traça a história do risco em três etapas.⁵⁸ Segundo o autor, no “primeiro tempo” o risco assume a forma de acidente, o acontecimento é exterior e imprevisto, onde a indenização ocorre após o dano, ou seja a noção é retroativa curativa, ou prudentemente prospectiva, ou seja, que visa a segurança individual e providencia. Este primeiro tempo ocorreu durante o século XIX.⁵⁹

Num “segundo tempo” o autor alude sobre a emergência da noção de prevenção, que é vista como sendo uma atitude coletiva, onde o objetivo é o da redução da gravidade risco, este segundo tempo do risco ocorre no início do século XX que foi marcado pelo Estado Social, que visava a preservação de doença.⁶⁰

É neste “segundo tempo” que surge a evolução da teoria da responsabilidade objetiva, alicerçada na máxima de que a vítima seja indenizada por um prejuízo causado por um ator econômico ainda que não exista a prova da culpa.

Atualmente vivemos, conforme Ost, no “terceiro tempo” do risco. Este é marcado pelo risco enorme e catastrófico, irreversível, mais ou menos previsível, que frustra nossas capacidades de prevenção e de domínio, levando, desta vez, a incerteza para o centro de nossos saberes e poderes. O autor cita casos simbólicos nessa nova fase do risco, como o risco sanitário do sangue contaminado, o risco alimentar e, também, os riscos tecnológicos causados por centrais nucleares, pelo aquecimento global e pelo buraco na camada de ozônio.⁶¹

Diante do exposto entende-se que o risco de dano, como elemento integrante do princípio da precaução, deve ser avaliado pelos governos e pelos

⁵⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 324-5.

⁵⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 324-5

⁶⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 324-5

⁶¹ OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 324-5

particulares, sempre na perspectiva de se evitarem prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente.

Neste sentido, pode-se observar o disposto na ADPF/DF 101, que aborda questão pertinente a importação de pneus usados da Europa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.⁶²

A ADPF 101/DF foi ajuizada pelo Presidente da República com fundamento “nos arts. 102, § 1º, e 103, da Constituição da República, e no artigo 2º, inc. I, da Lei n. 9.882, de [3.12.99], (...) a fim de evitar e reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, representado por decisões judiciais que violam o mandamento constitucional previsto no art. 225 da Constituição”.

A importação de pneu usados afronta o preceito fundamental do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para a Ministra Relatora Carmen Lúcia é de fundamental importância a vedação de importação de pneus usados “para a proteção da saúde pública e preservação do meio ambiente”, uma vez que estes podem causar severos danos à saúde, não podendo deste modo quedar-se o omissão do Estado.

Argumenta ainda a Ministra que o direito à saúde não é apenas o direito à ausência de doença, mas, também, o direito ao bem-estar físico, psíquico e social, como se tem no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS.

⁶² ADPF 101/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>> sob o número 1509737>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

Nesse mesmo diapasão, o Ministro Gilmar Mendes destaca que não se pode esquecer que a proibição de importação dos pneumáticos é medida que milita em favor da proteção à saúde humana na medida em que impede a criação de ambiente favorável à proliferação de doenças tropicais, como é o caso da dengue.

Assevera ainda que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é cofator necessário à proteção do direito à saúde, bem como à execução de políticas públicas sanitárias, sendo que a interpretação do artigo 170 que veicula a liberdade de iniciativa e de comércio sofre relevantes temperamentos constitucionais, uma vez que tal prerrogativa deve restar harmonizada com a defesa do meio ambiente, nos termos do seu inciso VI, tal qual apontado pela Advocacia-Geral da União.

Lembrando o princípio da responsabilidade e da solidariedade intergeracional de proteção do meio ambiente, destaca a faceta da prevenção e da precaução que permeiam a norma Constitucional inserta no art. 225 e, de igual modo, aduz que a redação dada ao art. 196 da Lei Fundamental aponta para um dever geral de garantia da saúde, sendo, ambas, determinações constitucionais que visam evitar riscos, o que, via de consequência, autoriza o Estado a adotar medidas de proteção ou prevenção à saúde e ao meio ambiente, inclusive quanto ao desenvolvimento técnico ou tecnológico, o que deságua, por conseguinte, na utilização (importação) de pneumáticos de qualquer espécie. Conforme o disposto no § 1º d art. 225 da Constituição Federal, o Poder Público poderá controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à saúde e ao meio ambiente, de modo que a noção de controle de produção e de comercialização veicula em seu significado a possibilidade de restrição da importação de bens que ao menos tragam potencialmente riscos aos bens constitucionalmente tutelados.⁶³

A Ministra Carmen Lúcia destaca ainda que a comercialização de pneus traz potencialmente mais danos à saúde e ao meio ambiente do que benefícios econômicos, prejudicando principalmente as pessoas de baixa renda que são as

⁶³ Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 16-17. ADPF 101/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1509737>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

que se encontram em maior vulnerabilidade, uma vez que não dispõe de meios materiais para se desfazer ou proteger dos males do referido lixo.

Conclui a Ministra Relatora que:

Os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado são constitucionalmente protegidos e estão a ser descumpridos por decisões que, ao garantir a importação de pneus usados ou remoldados, afronta aqueles direitos fundamentais.

[...]Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.⁶⁴

Na presente ADPF foi possível constatar a importância da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução para a proteção do meio ambiente para as presentes e para as futuras gerações, cabendo a responsabilidade desta proteção não somente ao Poder Público, mas também a toda a coletividade.

A atualidade é marcada como sendo a sociedade de risco, não podemos permitir que o futuro do meio ambiente e da saúde pública estejam a mercê de experimentos científicos, que sejam decorrentes de processos do tipo experimento e erro. O argumento das comodidades que estas investidas científicas podem trazer e do benefício econômico não devem se sobrepor aos riscos de um dano irreparável para a sociedade.

⁶⁴ Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, p. 106. ADPF 101/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1509737>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

CAPÍTULO II – A PREVENÇÃO DA SAÚDE ATRAVÉS DA SUSTENTABILIDADE URBANA

“Não é a mais forte nem a mais inteligente das espécies que sobrevive, mas a que melhor se adapta e responde às mudanças”.

Charles Darwin

O presente capítulo inicia com uma análise da concepção das cidades e os desafios da sustentabilidade urbana enfrentados na sociedade contemporânea, principalmente no que tange ao papel das Cidades Sustentáveis diante dos impasses e problemas do direito à saúde. Neste contexto, será abordada também, a questão da água potável, sua escassez e a importância que esta representa para a sobrevivência do ser humano. Por fim, será discutido sobre os novos paradigmas da sustentabilidade nas cidades, como por exemplo, a educação e a governança local.

2.1 As cidades e os desafios da sustentabilidade urbana

Desde o surgimento da agricultura, o homem deixou de ser nômade e passou a ser sedentário, assentando-se nas margens férteis das fontes de água.

O solo fértil e a grande oferta de água colaboraram para o desenvolvimento das cidades nessa região, além de ser um ponto de cruzamento de estradas, formada possivelmente entre povos de costumes distintos.

Atualmente o homem é tido como um ser urbano, grande parte da população mundial habita as cidades; mas isso não é algo do mundo contemporâneo.

As primeiras civilizações surgiram há cerca de 5.500 anos, se organizavam e habitavam pequenos centros urbanos. Porém, a urbanização da humanidade só iniciou no tempo moderno entre os séculos XVIII e XIX, quando a indústria se fixou nas cidades demandando muita mão-de-obra, logo com o

tempo, vários trabalhadores migraram do campo para a cidade, ampliando assim o processo urbano e as cidades que hoje conhecemos.

As cidades contemporâneas são resultado de um modelo de desenvolvimento econômico exaurido, baseado em uma sociedade de consumo egoísta e no lucro fácil. Numa época, por exemplo, em que as cidades sofrem com a escassez de recursos hídricos, vemos a contaminação de águas superficiais e de lençóis freáticos, alagamentos resultantes de um mau planejamento urbano.

Segundo o sociólogo urbano Robert Park, a cidade é:

(...) a tentativa mais bem-sucedida do homem de reconstruir o mundo em que vive o mais próximo do seu desejo. Mas, se a cidade é o mundo que o homem criou, doravante ela é o mundo onde ele está condenado a viver. Assim, indiretamente, e sem qualquer percepção clara da natureza da sua tarefa, ao construir a cidade o homem reconstruiu a si mesmo.⁶⁵

O tipo de cidades que queremos não pode ser separada do tipo de laços sociais, relação com a natureza, estilos de vida, tecnologias e valores estéticos que desejamos.

Neste contexto, devemos atentar para a questão do desenvolvimento, desenvolvimento este que não deve ser confundido com crescimento econômico, que constitui apenas a sua condição necessária, porém não suficiente. O escritor e economista indiano Amartya Kumar Sen nos remete a ideia de “desenvolvimento como liberdade”.

A ligação entre liberdade individual e realização do desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como: boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.⁶⁶

⁶⁵ PARK, Robert. **On Social Control and Collective Behavior**. Chicago, Chicago University Press, 1967. p. 3.

⁶⁶ SEN, 2000. p. 19. Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras,

Uma política de crescimento sustentável, nos territórios com carência econômica, tende a diluir e perverter o conceito de ambiente, burlando com estratégias discursivas as condições de sustentabilidade do processo econômico.⁶⁷

Em 1972 em Estocolmo acordou-se que: “Para chegar à plenitude de sua liberdade, dentro da natureza, o homem deve aplicar seus conhecimentos para formar, em harmonia com ela, um ambiente adequado. A defesa e melhoramento do meio humano para as gerações presentes e futuras se converteu em meta imperiosa da humanidade”.⁶⁸

Para que ter a cidade que queremos, é primordial pensar num “desenvolvimento sustentável”, que objetive o bem da coletividade, sendo necessário, inevitavelmente, o exercício de um poder coletivo, que molde o processo de urbanização.

José Eli da Veiga, em seu livro “Desenvolvimento Sustentável: o desafio para o século XXI” compara o desenvolvimento sustentável a Édipo:

Mostrengo enviado para punir o povo de Tebas por ter afrontado os deuses, a Esfinge tinha cabeça e seios de mulher, corpo e patas de leoa, e asas de águia. Instalada às portas da cidade, ela exigia que seus melhores jovens a enfrentassem. Todos eram impiedosamente trucidados porque não conseguiam responder ao enigma que ela lhes propunha. Desgraça que só terminou quando apareceu um esperto rapaz, vindo de Corinto e chamado Édipo. Ele matou a charada, provocando o suicídio da fera. O resto da lenda é bem conhecido. Pois bem, o “desenvolvimento sustentável” também é um enigma à espera do seu Édipo [...]⁶⁹

Na opinião do autor, o desenvolvimento sustentável é considerado um enigma que pode ser dissecado, mesmo que ainda não resolvido. Ele afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável é uma utopia para o século XXI, apesar de defender a necessidade de se buscar um novo paradigma científico capaz de substituir os paradigmas do “globalismo”

Neste sentido, o autor em comento demonstra a necessidade de se (re)pensar a questão ambiental para além da perspectiva tradicional. É preciso

⁶⁷ LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 235.

⁶⁸ “Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio humano: proclamaciones y principios” (junio de 1972) Proclamación 6ª.

⁶⁹ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p.13

compreender um caráter multidimensional do desenvolvimento, bem como da sustentabilidade. Todo processo sustentável tem como embasamento o território como componente no qual se cristalizam as bases ecológicas e as identidades culturais.

O desenvolvimento sustentável urbano deve ser uma consequência do desenvolvimento social, econômico e da preservação ambiental, conforme pode ser observado no desenho esquemático que relaciona parâmetros para se alcançar o desenvolvimento sustentável no apêndice 3.

O território é o espaço onde os atores sociais exercem seu poder para controlar a degradação ambiental e para mobilizar projetos auto gerenciáveis criados a fim de atender necessidades, pretensões e anseios dos povos, que a globalização econômica não consegue cumprir.⁷⁰ Essa afirmativa conduz ao entendimento de que o desenvolvimento sustentável não pode ser um conceito padronizado para todos os territórios do globo. A padronização econômica desta estrutura conceitual diminui excessivamente a perspectiva complexa que abrange o conceito de meio ambiente.

Portanto, o *slogan* “pensar globalmente e agir localmente”, promovido tão tenazmente pela globalização, na realidade, foi uma artimanha para gerar um pensamento único sobre “nosso futuro comum”; diante dos desafios do desenvolvimento sustentável alternativo, induz nas culturas locais um pensamento global que nada mais é que o discurso economicista do crescimento *sostenible*, quando o desafio da sustentabilidade é pensar as singularidades locais e construir uma racionalidade capaz de integrar diferenças, assumindo uma incomensurabilidade, sua relatividade e sua incerteza.⁷¹

Deste modo Leff demonstra a importância do pensamento do local em detrimento do global. Esta tendência entre a sustentabilidade urbana local e sustentabilidade global é vista comumente como um simplificador político, posto que no plano local os responsáveis pela poluição e as autoridades políticas são claramente identificáveis.

Há um crescente interesse no planejamento das cidades sustentáveis, e isso por uma boa razão. O esgotamento dos combustíveis fósseis, a poluição

⁷⁰ LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 274.

⁷¹ LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. p. 275.

alarmante, as poluições de carbono e a resultante ameaça do clima são grandes incentivos para tentar aumentar a sustentabilidade nas cidades do mundo todo.

Há 100 anos, apenas 10% da população mundial vivia em cidades. Atualmente, somos mais de 50%, e até 2050, seremos mais de 75% e esse crescimento das cidades representa uma maior pressão sobre os recursos energéticos e hídricos, uma maior necessidade de descarte e tratamento de resíduos sólidos e líquidos e maior poluição do ar.⁷² (Apêndice 4)

Diante deste aumento desmesurado das cidades, torna-se cada vez mais notória a complexidade dos processos de transformação do cenário urbano que não é somente ameaçado, mas diretamente afetado por riscos e agravos socioambientais. Esta insustentabilidade urbana revela, assim, a insuficiência das políticas urbanas moldarem a oferta de serviços urbanos à quantidade e qualidade das demandas sociais, acendendo um grande desequilíbrio entre necessidades diárias da população e os meios de satisfazê-las.⁷³

A alta concentração urbana acarreta para as cidades e para os países uma cadeia de desafios para atender às necessidades das populações em crescimento, a título de exemplo tem-se: infraestrutura, soluções adequadas para o saneamento básico, oferta de água potável, diminuição da poluição do ar, mobilidade urbana, energia, moradia, segurança pública, empregos, saúde e educação, e passando por outros pontos também fundamentais como comunicação e lazer. Manter a cidade funcionando de maneira sustentável e integrada é certamente um dos grandes desafios do século XXI.⁷⁴

A iniciativa sobre as cidades sustentáveis nasceu frente aos desafios encontrados em grande parte das cidades com mais de 100 mil e dois milhões de habitantes e com aumento populacional acima da média em seus países, a encarar os grandes desafios das cidades a partir da ponderação sobre diferentes temas reunidos em três diferentes dimensões.

⁷² LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 30.

⁷³ ACSELRAD, Henri. **Discurso da sustentabilidade urbana**. Estudos Urbanos e Regionais, n.1, maio, 1999, p. 85. <<http://hilaineyaccoub.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Henri-Acselrad-Sustentabilidade-Urbana.pdf>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

⁷⁴ BOUSKELA, Mauricio; CASSEB, Márcia; BASSI, Silvia; DE LUCA, Cristina; FACCHINA, Marcelo. **Caminho para as Smart Cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente, p. 23. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf?sequence=2>>. Acesso em 20 de out. de 2016.

Sustentabilidade ambiental e mudança climática: abrange as questões ligadas ao uso do espaço físico e seus impactos no meio-ambiente, bem como a capacidade das cidades de antecipar e reagir rapidamente a desastres naturais. A alta concentração populacional tem impacto direto nos índices de poluição do ar e da água, por exemplo, bem como na geração e disposição dos resíduos sólidos e no consumo de energia e estes, por sua vez, impactam o meio-ambiente e o clima.

Sustentabilidade urbana: está associado diretamente às questões da ocupação das cidades e da habilidade do governo municipal de otimizar essa ocupação e distribuir igualmente os serviços urbanos. Nesse contexto entram oferta de moradias; segurança; transporte e mobilidade; redes de conectividade de banda larga; educação; saúde; energia; empregabilidade; e eficiência econômica.

Sustentabilidade fiscal e governança: nesse caso, as questões ligadas à gestão pública e sua habilidade de comunicar-se com a população; a existência de mecanismos de informação transparente da administração, das finanças e da dívida pública; a capacidade de coletar junto à população os dados necessários para agir de acordo com a real necessidade das cidades, gerando um mecanismo de gestão participativa; e a criação de instrumentos que permitam eficiência na gestão urbana.⁷⁵

As cidades sustentáveis surgiram da necessidade de enfrentar desafios em diversas áreas, tais como, o aumento populacional desmesurado, que tem impacto direto nos índices de poluição do ar e da água, na geração de resíduos sólidos e no consumo de energia que impactam o meio-ambiente e o clima.

Objetivando a distribuição igualitária e inteligente dos serviços urbanos, surgiram as denominadas cidades inteligentes, ou *Smart City*. As cidades inteligentes levam em conta os aspectos humanos, sociais e ambientais dos centros urbanos com a finalidade de melhorar a vida das pessoas. Elas incorporam aspectos relativos à governança, à infraestrutura e ao capital humano e social.⁷⁶

Nesse diapasão, cabe ao governo aperfeiçoar e distribuir igualmente os serviços urbanos, coletar junto à população os dados necessários para agir

⁷⁵ BOUSKELA, Mauricio; CASSEB, Márcia; BASSI, Silvia; DE LUCA, Cristina; FACCHINA, Marcelo. **Caminho para as Smart Cities:** da gestão tradicional para a cidade inteligente, p. 24-26. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf?sequence=2>>. Acesso em 21 de out. de 2016.

⁷⁶ BOUSKELA, Mauricio; CASSEB, Márcia; BASSI, Silvia; DE LUCA, Cristina; FACCHINA, Marcelo. **Caminho para as Smart Cities:** da gestão tradicional para a cidade inteligente, p. 29. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf?sequence=2>>. Acesso em 21 de out. de 2016.

de acordo com a real necessidade das cidades, gerando um mecanismo de gestão participativa.

A coleta dos dados gerados pelo ambiente urbano é realizada através de sensores, dispositivos centrais e digitais e centrais de comunicação. A análise destes dados coletados permite as cidades aperfeiçoar uma série de aspectos atinentes à qualidade da gestão local.

A tecnologia, quando pensada como plano de fundo dos desafios urbanos que são enfrentados atualmente e que certamente serão enfrentados no futuro próximo, é uma grande aliada para a promoção da sustentabilidade das cidades.

2.2 O papel das Cidades Sustentáveis diante dos impasses e problemas do direito a saúde

O termo cidade sustentável surgiu na década de 70, logo após a difusão do desenvolvimento sustentável. Foi nessa época que se pôde perceber a degradação da qualidade de vida, principalmente no espaço urbano, causada pelo consumo acentuado de recursos naturais. Porém, o conceito de cidade sustentável apenas apareceu no cenário internacional a partir da década de 1990, tendo papel relevante para o desenvolvimento do conceito a promoção de conferências do Habitat promovidas pela Organização das Nações Unidas nos anos de 1976 (Habitat I – Vancouver, Canadá), 1996 (Habitat II – Istambul, Turquia) e 2001 (Istambul+5 - Nova Iorque, EUA).⁷⁷

No ano de 1992, a Conferência Rio-92 produziu um documento denominado de Agenda 21, que firmava a indissociabilidade do desenvolvimento econômico em relação ao amparo do meio ambiente. Nasceu então o conceito de cidade sustentável, um lugar onde as conquistas no campo do desenvolvimento social, econômico e ambiental necessitariam se estabelecer.

⁷⁷ A conferência Habitat I, foi concomitante à criação do Centro das Nações Unidas para os Estabelecimentos Humanos, em Nairobi, no Quênia. Em seqüência, a conferência Habitat II possibilitou a produção de dois documentos internacionais: a Declaração de Istambul (sobre os Estabelecimentos Humanos) e a Agenda Habitat. SILVA, José Antônio Tietzmann e. **As perspectivas das cidades sustentáveis: entre a teoria e a prática.** In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 43, p. 133-176, jul./set. 2006, p. 140-141.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de cidade sustentável surgiu com a publicação do texto de Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, (Estatuto da Cidade), que prevê, no art. 2º, inciso I, o que vem a ser uma cidade sustentável: “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”⁷⁸

Para atender essas demandas, surge o planejamento urbano, cujo escopo é o de minimizar os impactos do crescimento desordenado das cidades e também no sentido de proporcionar à população recursos que, juridicamente, se revelam na materialidade do direito à cidade sustentável, colaborando para o amplo respeito à dignidade humana. Nesta senda, destaca Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Marcado pela necessidade de acomodar quase 170 milhões de seres humanos e convivendo com realidades que apontam a existência de mais de um milhão de pessoas em algumas capitais do país, o Brasil convive com a formação de uma cidade irregular ao lado da regular, obrigando a considerar, nos dias de hoje, uma realidade no campo jurídico que nasce com o regramento constitucional (Constituição Federal de 1988), visando superar as discriminações sociais da cidade pós-liberal e dar a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem os benefícios de um meio ambiente artificial cientificamente concebido.⁷⁹

Contudo, conceber cientificamente os espaços das cidades brasileiras, é tarefa árdua que reclama por soluções eficientes e democráticas, a fim de superar as barreiras impostas pelo costume da falta de planejamento, acabando com o dualismo existente entre a cidade urbanizada e a precária, da realização dos direitos de cidadania.⁸⁰

Segundo a agência das Nações Unidas para Assentamentos Urbanos, até 2050, 70% da população mundial viverá em áreas urbanas, fato inédito na

⁷⁸ BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de jul. 2001. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁷⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 348.

⁸⁰ MARICATO, Emília. Brasil, **cidades: alternativas para a crise urbana**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

história da humanidade e que demanda ações públicas e privadas dos Estados para evitar um colapso da vida nas cidades.

Segundo Dados do IBGE, o Brasil, conta com 84,4% de sua população total vivendo em zonas urbanas. A expectativa é de que este número chegue a 88% até o ano de 2025. Levando-se em conta que este percentual era de quase 40% na década de 1940, o aumento da concentração urbana no território pátrio aconteceu de modo extremamente acelerado e desordenado, ocasionando vários problemas.⁸¹

Dentre os problemas acarretados pelo crescimento demasiado da população das cidades, cita-se a título de exemplo, a poluição, a falta de infraestrutura básica, o aumento da criminalidade, as dificuldades de locomoção, entre inúmeras outras complicações que tendem a piorar na ausência de medidas públicas e particulares convergentes para a alteração deste quadro desordenado:

[...]no caso brasileiro, pelas características históricas, o processo de industrialização e urbanização trouxe para as regiões metropolitanas – e, atualmente, dado o processo de ‘contrametropolização’, vem trazendo para as regiões do interior dos estados –, a ampliação das carências sociais e dos serviços públicos e, ainda, a falência das políticas administrativas. Trouxe também a deterioração ambiental (principalmente dos recursos hídricos) e o estrangulamento da infraestrutura das cidades (principalmente nos setores de saneamento, habitação e transporte)⁸²

A Constituição Pátria considera as cidades como bens ambientais, necessárias para desenvolvimento e qualidade de vida do ser humano, uma vez que é nas cidades onde a maior parte da população brasileira vive e mantêm relações sociais, fazendo-se, deste modo, necessária sua tutela no que diz respeito às diretrizes gerais do art. 225 e arts. 182 e 183 elencados na CF de 1988 que visam garantir o bem estar dos seus habitantes. A Constituição Federal de 1988, inspirada na carta de Estocolmo de 1972, sob forte influência ambientalista, consagrou no art. 225 o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como direito fundamental.

⁸¹ IBGE. Saneamento básico – Censo 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2010/08/ibge-divulga-pesquisa-nacional-de-saneamento-basico-1>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

⁸² FERREIRA, Leila Costa. Cidades, Sustentabilidade e Riscos. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**. Curitiba, n.9, p.23-31, 2004. p. 25.

A saber:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁸³

Sobre o artigo em comento, Di Sarno especifica o significado do termo “sadia qualidade de vida”, referindo que saudável “[...] é aquilo que possui saúde. Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, não apenas a ausência de doenças e enfermidades [...]”⁸⁴, ou ainda:

é o estado de completo bem estar físico, mental e social do ser, resultado de adequadas condições de alimentação, *habitação*, *saneamento*, educação, renda, *meio ambiente*, trabalho, *transporte*, emprego, *lazer*, liberdade, *acesso à terra e posse dela* e acesso a serviços de saúde. Destes treze itens, pelo menos seis estão relacionados com a política urbana, donde se deduz que, para que haja uma oferta de sadia qualidade de vida para uma população, serão necessárias a estruturação e a realização de uma política urbana condizente com estes valores.⁸⁵

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972⁸⁶, em seu apontamento final “Nosso futuro comum” estabeleceu que o homem tem o direito fundamental a adequadas condições de vida em um meio ambiente de qualidade que possa lhe garantir bem estar, e tem o dever de protegê-lo e melhorá-lo para atuais e futuras gerações.

Tal condição encontra amparo nas chamadas cidades sustentáveis, posto que vislumbram a garantia da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana através de uma conscientização coletiva – família, escola e comunidade com o propósito de construir cidadãos, cujo conhecimento acerca do ambiente

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 128

⁸⁴ DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004. p. 96.

⁸⁵ DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004. p. 96.

⁸⁶ Princípio 1: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas”. (DECLARAÇÃO..., 1972, p. 01).

biofísico e seus problemas associados, possam alertá-los e habilitá-los a resolverem seus problemas.

Um ambiente sustentável é essencial para uma vida saudável. Reconhecendo as ameaças cada vez maiores à saúde pública global, a Organização Mundial da Saúde (OMS) atribuiu aos temas da urbanização e das mudanças do clima como os maiores desafios a serem encarados em relação a saúde pública neste século.

Os desequilíbrios ambientais atingem a saúde humana. A poluição atmosférica e as mudanças significativas no clima indicam que a maioria das suas consequências será experimentada no cenário urbano. Paradoxalmente, um aspecto da relação entre cidade e meio ambiente raramente abordado é a qualidade de vida do homem.⁸⁷

O ar tornou-se o principal fator de mortalidade por complicações cardiorrespiratórias relacionadas ao meio ambiente, estando diretamente ligado a diminuição da expectativa de vida, aumento do risco de infarto do coração, asma e câncer de pulmão. Os riscos da poluição atmosférica ultrapassam o da água insalubre e de doenças infecciosas.

Conforme estudo desenvolvido pelo Instituto Saúde e Sustentabilidade, até o ano de 2030, podem ocorrer no estado de São Paulo 250 mil óbitos, 1 milhão de internações, com um gasto público estimado em mais de R\$1,5 bilhão, devido à poluição do ar externa.⁸⁸

Inúmeras medidas podem ser adotadas localmente, nas cidades, para que ocorra uma melhora na qualidade do ar e da saúde da população. Essas medidas estão diretamente ligadas a mobilidade urbana, onde o poder público deve dispensar uma atenção especial e incentivar o uso do transporte coletivo, além de incentivar a geração de energias renováveis, de combustíveis que venham a ser menos poluentes, como por exemplo, o biodiesel, produzido através do girassol, uma vez que apresenta-se como uma alternativa de

⁸⁷ VORMITTAG, Evangelina. Um novo olhar para os novos tempos. **Revista Ideia sustentável**. Outubro de 2014. Disponível em: <http://www.saudeesustentabilidade.org.br/site/wp-content/uploads/2014/10/IS37-Especial-Artigo-3_Evangelina.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

⁸⁸ VORMITTAG, Evangelina. Um novo olhar para os novos tempos. **Revista Ideia sustentável**. Outubro de 2014. Disponível em: <http://www.saudeesustentabilidade.org.br/site/wp-content/uploads/2014/10/IS37-Especial-Artigo-3_Evangelina.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

combustível menos poluente para o meio ambiente, pois o carbono liberado pela queima deste combustível será novamente retirado pela planta, gerando, assim, um ciclo sustentável, e também proporcionar que as cidades tenham estrutura para a utilização de meios alternativos de transporte.

Neste sentido, um bom exemplo a ser citado, é o programa “Passo Fundo vai de bike”, implementado na cidade de Passo Fundo (RS), onde foram investidos 428 mil reais para a implementação de ciclovias e para a compra de bicicletas. Medidas como esta além de melhorarem o trânsito na cidade e reduzirem a emissão de gases que poluem o meio ambiente, oportunizaram a população a prática de exercício físico. Medidas como estas, caminham ao encontro de uma melhor qualidade de vida da população. (Apêndice 5).

Muitos autores veem na mobilidade urbana o maior desafio para as cidades contemporâneas: novas formas de transporte público e individual seriam os maiores desafios e oportunidades para as cidades sustentáveis, as cidades foram feitas para o convívio e devem priorizar parques, árvores, ciclovias e laser, reduzindo o espaço viário, aumentando calçadas e transformando avenidas.⁸⁹

Importante destacar que, além de provocarem efeitos na saúde da população, os problemas causados pela poluição do ar também geram impactos negativos no que se refere à perspectiva econômica e social. A queda da produtividade agrícola, o aumento de custos dos sistemas de saúde, uma maior vulnerabilidade das populações carentes podem ser vistas como exemplos de problemas causados pela contaminação do ar.

Muitos são os desafios que envolvem a sustentabilidade urbana e que afetam diretamente a saúde da população nas cidades, é justamente por isso, que medidas preventivas devem ser adotadas, tanto pela população que ali vive, quanto pela administração pública.

Atualmente outro grande problema que tem colocado a situação da saúde pública em Estado de emergência a nível nacional é o crescimento exponencial da epidemia de dengue.

A dengue não é um problema recente no Brasil. Ela chegou ao Brasil junto com os navios negreiros, depois de uma longa viagem de seus ovos dentro dos depósitos de água das embarcações.

⁸⁹ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 146.

Os primeiros relatos da doença no Brasil, transmitida pelo mosquito *Aedes aegypti*, datam do final do século XIX, em Curitiba (PR) e do início do século XX em Niterói (RJ).

Em 1903, Oswaldo Cruz⁹⁰, então Diretor Geral da Saúde Pública, implantou um programa de combate ao mosquito que alcançou seu auge em 1909. Em 1957, anunciou-se que a doença estava erradicada do Brasil, embora os casos continuassem ocorrendo até 1982, quando houve uma epidemia em Roraima. Em 1986, foram registradas epidemias nos estados do Rio de Janeiro, de Alagoas e do Ceará. Nos anos seguintes, outros estados brasileiros também foram afetados.

O pesquisador Antônio Gonçalves Peryassú, realizou em 1908 um estudo sobre aspectos como a resistência à dessecação do ovo do mosquito, que pode ficar até um ano sem contato com a água. Também fez observações quanto à produtividade dos criadouros, questão ainda debatida na atualidade, afirmando que, em geral, grandes reservatórios de água são os focos mais produtivos do vetor. Entre suas mais importantes descobertas estão, também, a relação do mosquito com a temperatura e a densidade populacional. Ao realizar o primeiro levantamento detalhado da infestação do mosquito no Rio de Janeiro, o pesquisador associou a maior presença do *Aedes aegypti* ao aumento populacional de certas áreas da cidade.⁹¹

O aumento populacional das cidades e a acelerada industrialização que o Brasil passava na década de 40 e que se concretizaram nas décadas seguintes, favoreceram o surgimento de novos criadouros do mosquito.

A dengue se tornou ao longo dos anos um problema de saúde pública no mundo, principalmente em países de clima tropicais, tendo como um dos principais fatores que agravaram/agravam esta situação, as condições de saneamento.⁹²

⁹⁰ Foi um cientista, médico, bacteriologista, epidemiologista e sanitarista brasileiro, pioneiro no estudo das moléstias tropicais e da medicina experimental no Brasil. Fundou em 1900 o *Instituto Soroterápico Federal* no bairro de Manguinhos, no Rio de Janeiro, transformado em Instituto Oswaldo Cruz, respeitado internacionalmente.

⁹¹ Instituto Oswaldo Cruz (IOC). Dengue vírus e vetor - **O mosquito *Aedes aegypti* faz parte da história e vem se espalhando pelo mundo desde o período das colonizações.** Disponível em: <<http://www.ioc.fiocruz.br/dengue/textos/longatraje.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

⁹² SILVA, Jesiel Souza; MARIANO, Zilda de Fátima; SCOPEL, Iraci. **A dengue no Brasil e as políticas de combate ao *Aedes aegypti*: da tentativa da erradicação às políticas de controle.** HYGÉIA, Revista Brasileira de Geografia Médica e de Saúde. 3(6): Pp. 163-175, junho

Hoje em dia é praticamente impossível falar da erradicação do mosquito transmissor da dengue, sendo possível apenas o seu controle. Sendo necessárias, para tanto, medidas preventivas e uma reforma urbana que aconteça em um curto espaço de tempo.

Para que seja possível a superação deste desafio de saúde pública, que apesar de não ser um problema recente, encontra cada dia mais dificuldades para a sua superação, são necessárias atitudes inovadoras, a título de exemplo, podem ser citadas as bocas de lobo inteligentes, ilustradas no apêndice 6. Estas bocas de lobo inteligentes apresentam inúmeros benefícios, uma vez que elas fazem a obstrução da saída de insetos, roedores, baratas, mosquitos da dengue, e, conseqüentemente promovem a prevenção de doenças danosas a população, certamente este é um mecanismo que se apresenta como alternativa inteligente e sem riscos para a saúde da população.

Outro meio de combate ao *aedes aegypti* é o inseticida popularmente conhecidos por “fumacê”, (apêndice 7). No Brasil o inseticida utilizado no “fumacê” é o malathion, um produto altamente tóxico, um verdadeiro contra senso sanitário. Este produto é um agrotóxico organofosforado considerado pela Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) como potencialmente cancerígeno para seres humanos.⁹³

Sob este prisma, a Abrasco (Associação brasileira de saúde coletiva), alerta que:

Assim na tentativa de eliminar o mosquito estão sendo atingidos os humanos mediante efeitos agudos (de morbimortalidade) e de morte lenta, gradual, invisível e que é **ocultada**. Além das doenças agudas, as crônicas causadas por tais produtos aparecem a médio e longo prazos, a maioria delas chamadas “idiopáticas”, isto é, de causa indefinida ou desconhecida, que não são diagnosticadas ou se quer investigadas.⁹⁴

de 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/viewFile/16906/9317>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2017, p. 163.

⁹³ Para o inseticida **malathion**, existem *evidências limitadas de carcinogenicidade* em seres humanos para não-Hodgkin Linfoma e cancro da próstata. A evidência em humanos é de estudos de exposições, principalmente agrícolas. O malathion também causou tumores em estudos com roedores. Malathion causou danos a DNA cromossômicos e também perturbou os caminhos hormonais. (tradução livre).

⁹⁴ REIS, Vilma. **Nota técnica sobre microcefalia e doenças vetoriais relacionadas ao *Aedes aegypti*** : ao perigos das abordagens com larvicidas e nebulizações químicas – fumacê. ABRASCO, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/institucional/nota-tecnica-sobre-microcefalia-e-doencas-vetoriais-relacionadas-ao-aedes-aegypti-os-perigos-das-abordagens-com-larvicidas-e-nebulizacoes-quimicas-fumace/15929/>>. Acesso 10 d janeiro de 2017.

É imprescindível problematizar o uso de produtos químicos pois, o lado invisível dos danos ao ambiente e à saúde humana, decorrentes do uso destes produtos no controle vetorial, ainda não foi devidamente analisado ou revelado às populações vulneráveis, incluindo os trabalhadores de Saúde Pública. Seus efeitos nocivos são totalmente desconsiderados tanto no agravamento das viroses, quanto no surgimento de outras patologias tais como: alergias, imunotoxicidade, câncer, distúrbios hormonais, neurotoxicidade, dentre outras.⁹⁵

Com efeito, vislumbra-se que sejam adotadas medidas de controle vetorial que atentem para o saneamento ambiental, onde o foco deve ser a eliminação do criadouro e não o mosquito como centro da ação.

Hodiernamente, mais de 85% da população brasileira vivem nas cidades, então usar a sustentabilidade a favor da promoção da saúde dos que habitam os centros urbanos é uma medida urgente, cabendo a população (re)pensar seus valores, mudar hábitos de consumo em nome da coletividade.

Neste diapasão, para construir nossas cidades sustentáveis, far-se-á necessário que elas se tornem cidades educadoras e para que isso aconteça, é necessário investir e criar espaços educadores que estimulem a criatividade e a pluralidade social, ambiental, cultural e econômica para todos.

Levando-se em conta a grande relevância da (re)construção desses novos paradigmas voltados para o desenvolvimento sustentável, a seguir será tratada questão referente importância da água para a nossa saúde, recursos tão essencial quanto o ar que respiramos.

2.3 Água: o combustível da vida

Os problemas de escassez da água já existentes, bem como o medo de que novas fontes possam ser comprometidas, em função de impactos das atividades humanas, trazem preocupações e incertezas, constituindo-se num

⁹⁵ REIS, Vilma. **Nota técnica sobre microcefalia e doenças vetoriais relacionadas ao *Aedes aegypti*** : ao perigos das abordagens com larvicidas e nebulizações químicas – fumacê. ABRASCO, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em:<<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/institucional/nota-tecnica-sobre-microcefalia-e-doencas-vetoriais-relacionadas-ao-aedes-aegypti-os-perigos-das-abordagens-com-larvicidas-e-nebulizacoes-quimicas-fumace/15929/>>. Acesso 10 d janeiro de 2017.

dos fatores que definem a nossa sociedade atual, segundo alguns autores, como uma “Sociedade de Risco”. Como foi possível perceber anteriormente no capítulo primeiro, os riscos ambientais não estão adstritos a um local determinado, pois os seus efeitos podem ultrapassar fronteiras instituídas.⁹⁶

Desde os primórdios da vida no planeta Terra e da história da espécie humana a água sempre foi essencial, onde não há água não há vida. A água é um bem fundamental de toda humanidade, assim como o ar que respiramos, elemento essencial e indispensável para uma vida saudável e digna.

A terra é uma só, mas ainda não criamos consciência disso. Porém, o que vemos hoje é cada cidade, cada país buscando o seu desenvolvimento ilimitado e insustentável, buscando a sua prosperidade, dando pouca atenção ao impacto que causarão sobre os outros.⁹⁷

Preservar e conservar a qualidade e a quantidade da água significa proteger o direito à saúde, direito à vida, proteger a existência digna das pessoas.

Embora tardio, existe o reconhecimento da água potável e do saneamento básico como direitos fundamentais por parte da ONU, conforme resolução da Assembleia Geral de 28 de julho de 2010. Do documento é possível extrair, como ponto primordial para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, a necessidade de disponibilizar recursos financeiros de Estados e organizações internacionais, em especial para os países em desenvolvimento, para facilitar o fornecimento, acesso e a boa qualidade da água para todos.⁹⁸

O Dia Mundial da Água é 22 de março, ele simboliza que o direito humano à água é elemento indispensável para uma vida saudável e digna. Este dia é destinado à discussão sobre os diversos temas relacionados a este importante bem natural. Em 22 de março de 1992, a ONU também divulgou um importante documento: a Declaração Universal dos Direitos da Água. Este texto apresenta uma série de medidas, sugestões e informações que servem para despertar a consciência ecológica da população e dos governantes para a questão da água.

⁹⁶ GUERRA, Sidney. **A crise ambiental na sociedade de risco**. Lex Humana, Petrópolis, vol. 1, nº 2, 2009, p. p. 177-215.

⁹⁷ **Veja-se: Nosso futuro comum/Comissão Mundial sobre o meio ambiente (Relatório Brundland)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 27.

⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **General Assembly AG10967**. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm>>. Acesso em 16 de ago. 2016.

A referida Declaração Universal dos Direitos da Água possui dez artigos. A saber:

- 1.- A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos.
- 2.- A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.
- 3.- Os recursos naturais de transformação da água em água potável são lentos, frágeis e muito limitados. Assim sendo, a água deve ser manipulada com racionalidade, precaução e parcimônia.
- 4.- O equilíbrio e o futuro de nosso planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos. Estes devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra. Este equilíbrio depende em particular, da preservação dos mares e oceanos, por onde os ciclos começam.
- 5.- A água não é somente herança de nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.
- 6.- A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo.
- 7.- A água não deve ser desperdiçada, nem poluída, nem envenenada. De maneira geral, sua utilização deve ser feita com consciência e discernimento para que não se chegue a uma situação de esgotamento ou de deterioração da qualidade das reservas atualmente disponíveis.
- 8.- A utilização da água implica em respeito à lei. Sua proteção constitui uma obrigação jurídica para todo homem ou grupo social que a utiliza. Esta questão não deve ser ignorada nem pelo homem nem pelo Estado.
- 9.- A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social.
- 10.- O planejamento da gestão da água deve levar em conta a solidariedade e o consenso em razão de sua distribuição desigual sobre a Terra.

Muitas pessoas, afirmam categoricamente que o nosso planeta não deveria se chamar “Terra”, e sim “Água”, uma vez que cerca de 70% de sua superfície é composta por esse elemento. Mas como ocorre a sua distribuição? Onde há mais e onde há menos água no mundo?

Infelizmente, a maior parte da hidrosfera do planeta, 97%, é composta por água dos mares e oceanos que, por serem excessivamente salgadas, são inadequadas para consumo. Em alguns locais, pratica-se a dessalinização da água, mas esse processo é custoso e nem sempre é eficiente, sendo ainda pouco praticado.

Da água restante do mundo, 71% dela encontra-se em forma de gelo nas calotas polares. Como o método de transporte dessas geleiras é caro e também pouco proveitoso, quase não há atividades atinentes ao abastecimento de localidades através do manuseio de *icebergs*. Os outros 29% restantes de água potável no mundo estão distribuídos em águas subterrâneas (18%), rios e lagos (7%) e umidade do ar (4%).

América do Sul dispõe de 23% das reservas de água doce do planeta. Dentro desses 23%, o Brasil possui quase 14% das reservas mundiais de água doce. Brasil e América do Sul são juntos, a maior reserva de água doce do mundo.⁹⁹

Noutras palavras, tem-se que aproximadamente 97% da água do planeta é salgada, sendo que esta é de difícil aproveitamento para o consumo humano. Os 3% restantes são de água doce, dos quais cerca de 2% estão situados nas calotas polares, em estado de gelo, e 1% efetivamente está disponível para o consumo, situando-se em recursos hídricos superficiais e subterrâneos.¹⁰⁰

Eduardo Coral Viegas destaca que, “a par de sua imprescindibilidade, estima-se que hoje mais de 1 bilhão de pessoas não disponha de água suficiente para o consumo e que, em 25 anos, cerca de 5,5 bilhões estarão vivendo em locais de moderada ou considerável falta d’água. Dados apresentados pela ONU cientificam que, até 2050, faltará água potável para 40% da população mundial.¹⁰¹

Estes dados são ainda mais preocupantes quando envolvem o universo infantil: “cerca de 1,8 milhão de crianças morrem a cada ano de infecções transmitidas pela água insalubre, e 450 milhões de dias escolares são perdidos por causa de sua escassez”.¹⁰²

A demanda mundial por água dobra a cada 21 anos, sendo que, atualmente, cerca de 40% da população mundial não possui acesso à água limpa e 230 milhões vivem em áreas de escassez hídrica. Além do mais, a falta de

⁹⁹ Números apresentados por: BARROS, Wellington Pacheco. **A água na visão do Direito**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, 2005. p. 10.

¹⁰⁰ VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

¹⁰¹ VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23-4.

¹⁰² LE MONDE. Atlas do Meio Ambiente. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Curitiba: Instituto Pólis, Posigraf Gráfica e Editora S/A, 2011, p. 52.

saneamento básico faz com que a cada hora mais de 600 pessoas morram por terem utilizado água contaminada.

Como observado anteriormente, a contaminação da água iniciou com o desenvolvimento da agricultura, há mais ou menos 10 mil anos, o homem deixou de ser nômade e passou a ser sedentário; assentando-se nas margens férteis das fontes de água inicialmente pura, rios e lagos, começou a sofrer grandes epidemias causadas por suas próprias bactérias intestinais. Bactérias intestinais que antes eram deixadas para trás, como consequência do hábito de vida nômade, agora, com a agricultura e a forma sedentária de vida, ficam na água consumida pelos habitantes da comunidade levando a problemas seríssimos de infecções diarreicas, muitas vezes com altíssimo grau de mortalidade, sobretudo entre as crianças. Assim, os riachos, rios, lagos de assentamentos, que se tornariam as primeiras grandes civilizações humanas, recebiam as fezes humanas e passavam a transmitir as epidemias de diarreias. Não deixa de ser, talvez, as primeiras das grandes alterações do meio ambiente provocada pelas civilizações e com graves consequências sofrida pelos humanos.

Como refere García, a água é essencialmente necessária e também um recurso limitado; mas, especialmente, como consequência da ação humana, é um recurso escasso. Essa escassez não é produzida nem dividida com justiça, mas com derradeira disparidade e injustiça.

A referida autora sustenta que, entre fatores determinantes para crise de água, ocupam uma posição de destaque: a exploração indiscriminada; o desmatamento; e a crescente contaminação dos recursos hídricos. Porém, alerta que, atualmente, a principal causa da crise, que põe em risco a sobrevivência de indivíduos e sociedades inteiras diz respeito à desigual distribuição da água. O problema da água é, deste modo, consequência de uma combinação de fatores naturais e humanos e, precisamente por isso, faz-se necessária a intervenção do Estado.¹⁰³

Tundisi alude que no amplo contexto social, econômico e ambiental do século XXI, os problemas e processos que mais colaboram para a denominada “crise da água” seriam:

¹⁰³ GARCÍA, Anizia. **El derecho humano al agua**. Madrid: Editora Trotta, 2008, p. 51

- intensa urbanização, aumentando a demanda pela água, ampliando a descarga de recursos hídricos contaminados e com grandes demandas de água para abastecimento e desenvolvimento econômico e social.
- estresse e escassez de água em muitas regiões do planeta em razão das alterações na disponibilidade e aumento de demanda.
- infraestrutura pobre e em estado crítico, em muitas áreas urbanas com até 30% de perdas na rede após o tratamento das águas.
- problemas de estresse e escassez em razão de mudanças globais com eventos hidrológicos extremos aumentando a vulnerabilidade da população humana e comprometendo a segurança alimentar (chuvas intensas e períodos intensos de seca).
- problemas na falta de articulação e falta de ações consistentes na governabilidade de recursos hídricos e na sustentabilidade ambiental.¹⁰⁴

Cristaliza o autor que a intensa urbanização e a falta de saneamento básico, a expressão “saneamento básico” compreende o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e a drenagem e o manejo das águas pluviais urbanas são fatores que influenciam diretamente para esta crise da água do século XXI.

Diante deste cenário, é razoável o questionamento: o que pode ser feito para melhorar esta crise de água do século XXI?

A resposta encontra amparo no pensamento de Anil Agarwal, ecologista indiano, onde ele declara que “não há escassez de água, sendo o remédio para a crise, acabar com a má gestão da água”.¹⁰⁵ E de que modo pode-se acabar com a má gestão da água?

Respondendo de maneira objetiva: “com investimento na educação”, teremos de investir na educação para a sustentabilidade exercitando o “pensar globalmente e agir localmente”, envolvendo sociedade civil, governo e iniciativa privada na gestão participativa das cidades.

¹⁰⁴ TUNDISI, José Galizia. **Recursos hídricos no futuro: problemas e soluções**. Revista Estudos Avançados, 22 (63), 2008, p. 7.

¹⁰⁵ BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **As batalhas da água**: por um bem comum da humanidade. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 73.

2.4 Novos paradigmas para a sustentabilidade das cidades

A palavra de ordem no mundo hoje é sustentabilidade, e sustentabilidade é sinônimo de planejamento, boa gestão, consciência política, participação, economia responsável, compromisso com o valores humanos, cuidados com a natureza e com as pessoas, ações locais e visão global.

A cidade é tudo o que nos resta, e é através da cidade que existirão saídas para um mundo mais sustentável, justo e democrático. O conceito de cidade sustentável reconhece que a cidade deve atender aos objetivos sociais, ambientais, políticos e culturais, bem como aos objetivos econômicos e físicos de seus cidadãos. É um organismo dinâmico tão complexo quanto a própria sociedade e suficientemente ágil para reagir com rapidez às suas mudanças que, num cenário ideal, deveria operar em ciclo de vida contínuo, sem desperdícios.

Para que uma cidade seja considerada sustentável ela deve operar segundo um modelo de desenvolvimento urbano que procure balancear, de forma eficiente, os recursos necessários ao seu funcionamento, seja nos insumos de entrada (terra urbana e recursos naturais, água, energia, alimentos, etc.), seja nas fontes de saída (resíduos, esgoto, poluição, etc.). Ou seja, todos os recursos devem ser utilizados da forma mais eficiente possível para alcançar os objetivos da sociedade urbana. O suprimento, o manuseio eficiente, o manejo de forma sustentável e a distribuição igualitária para toda a população urbana dos recursos de consumo básicos na cidade são partes das necessidades básicas com a população urbana e itens de enorme relevância na construção de novos paradigmas de desenvolvimento sustentável, diferentes daqueles praticados principalmente no século XX, “expansão com esgotamento”.¹⁰⁶

A opção pelos parâmetros advindos da cidade compacta tem sido consenso internacional: modelo de desenvolvimento urbano que otimiza o uso das infraestruturas urbanas e promove maior sustentabilidade.¹⁰⁷

Sob o prisma do desenvolvimento urbano sustentado, voltar a crescer para dentro das cidades e não mais expandi-las é outro aspecto altamente

¹⁰⁶ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 136.

¹⁰⁷ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 137.

relevante: reciclar o território é mais inteligente que substituí-lo. Reestrutura-lo produtivamente é possível e desejável no planejamento das cidades.

Não existe uma fórmula para a promoção da sustentabilidade que seja aplicável a todas as cidades. Deve haver uma preocupação que leve em conta as particularidades, tais como: aspectos físicos, econômicos e culturais de cada cidade.¹⁰⁸ É importante romper com os modelos padronizados e olhar a diversidade da realidade local, a diversidade de atores e construir processos próprios a cada uma dessas realidades. O plano diretor da Amazônia, por exemplo, não pode ser o mesmo plano diretor de uma cidade do nordeste, de uma cidade do litoral, de uma cidade do sertão.

Nesta senda, é possível perceber que encontram-se inexoravelmente atreladas ao desenvolvimento sustentável, as questões de governança local, pois é a partir de uma governança local, que se tem um importante componente para a tentativa de viabilizar políticas sustentáveis dentro da sociedade, como por exemplo, a implantação de um sistema de coleta seletiva de lixo.

O desenvolvimento sustentável apresenta um papel de grande importância no processo de urbanização das cidades. Justamente por isso, é que, a conscientização individual e a educação apresentam-se como suportes basilares para este intento,

Junto com motivações espirituais positivas, a educação é a nossa melhor oportunidade de promover e enraizar os valores e comportamentos que o desenvolvimento sustentável exige. Como alguns pensadores assinalaram, 'necessita-se uma educação transformadora: uma educação que contribua a tornar realidade as mudanças fundamentais exigidas pelos desafios da sustentabilidade.¹⁰⁹

A afirmação de Carlos Leite, corrobora com o entendimento do educador Paulo Freire, quando este leciona que a “educação pode não ser a solução, mas, sem educação não há salvação” e cristaliza ainda que “A educação não

¹⁰⁸ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication**, 2011a. Disponível em: <www.unep.org/greeneconomy>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA – UNESCO. *Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável 2005-2014*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/imagens/0013/001399/139937por.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

transforma o mundo. Educação muda pessoas. Pessoas transformam o mundo”.¹¹⁰

Neste sentido, Leite aponta para importância de se reconstruir e reestruturar a cidade, melhorando a constituição dos investimentos públicos. Destaca também que deve haver uma conduta a nível governamental, de organizações do terceiro setor, da iniciativa privada e sociedade civil, apoiando a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva no uso dos território urbanos. Estas ações de responsabilidade social e ambiental configurando-se dentro de uma relação de interdependência entre estes atores, permitirá a concretização do desenvolvimento sustentável.¹¹¹

Outro fator importante que se revela como um grande instrumento para as cidades se tornarem sustentáveis é em relação a participação do cidadão na elaboração das políticas públicas locais, uma vez que é o cidadão que detém o conhecimento, é ele quem vive a realidade local e sabe quais as demandas de maior urgência daquela localidade.

Conforme destaca João Pereira, com planejamento e compromisso é possível fazer diferente,

A mudança para uma forma de desenvolvimento mais sustentado exige responsabilidade, ética e compromisso. Apesar das diferenças sociais, econômicas e ambientais variarem de país para país, todos têm de seguir juntos em prol da mesma causa. Cada nação terá de definir a sua própria estratégia de mudança; no entanto, todas deverão chegar a um consenso sobre o conceito básico de desenvolvimento sustentável, já que este deve ser um objetivo mundial, enfrentado em conjunto por todas as nações.¹¹²

Deste modo, a preocupação sustentável vista como um dos objetivos a serem perseguidos pelos países de forma conjunta reflete a importância de se (re)pensar a formação dos espaços urbanos, há uma necessidade de atuação conjunta entre o público e o privado que deve ser incentivada com vista a promoção de cidades sustentáveis, de cidades que lidam com a urbanização de forma ambiental, social e economicamente sustentável.

¹¹⁰ FREIRE, Paulo, **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p.99.

¹¹¹ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012. p. 137.

¹¹² PEREIRA, João. **Sustentabilidade: Diferentes perspectivas, um objetivo comum**. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/egg/v14n1/v14n1a08.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

Conforme o geógrafo brasileiro Milton Santos, o planejamento urbano regional atual já não comporta formulas pré-fabricadas, nem pode admitir a utilização de teorias historicamente superadas. É na própria história contemporânea, história conjunta do mundo e dos lugares, que nos devemos inspirar, tanto para entender os problemas como para tenta-los resolvê-los.¹¹³

¹¹³ SANTOS, Milton. **Técnica, espaço e tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. 5ª ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 91

CAPÍTULO III – A CURA ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVENTIVAS: UMA CRÍTICA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Na composição democrática e participativa do Estado, todas as decisões políticas e jurídicas devem ser tomadas com fundamentação racional e atenção aos valores constituintes. Sem pretensão de formular utopias, essa necessária transparência decorre dos princípios democráticos e republicanos. Ou seja, o respeito às vontades majoritárias deve ser acompanhado do respeito aos direitos das minorias.

As instâncias tradicionais de participação democrática tendem a ser patrimonialistas, como se verificará ao longo deste capítulo. A democracia participativa surge então, tanto na legislação como nas análises doutrinárias, como imperativo para uma renovação da cidadania e a realização do bem-estar da coletividade.

Todos os envolvidos nesse processo deverão desvelar suas pré-compreensões, fazendo o quanto possível para explicitar os verdadeiros motivos que os levaram a tomar determinada posição, reconstruindo argumentativamente o caminho percorrido pelo raciocínio, numa postura de lealdade e honestidade democrática, seja no âmbito da formulação legislativa ou administrativa da coisa pública, seja no âmbito da judicialização dos direitos fundamentais.

Atualmente o direito à saúde tem sido objeto de intensa judicialização no Brasil, com um número crescente de ações ano a ano. Este cenário tem gerado debates acerca do alcance deste inquestionável direito fundamental e suas repercussões na administração judiciária e nos orçamentos públicos.

São essas questões que desafiam o terceiro capítulo de dissertação.

3.1 A Participação Popular como instrumento para a construção da democracia participativa nas cidades

Conforme cristaliza o doutrinador José Isaac Pilati, atualmente estamos diante de uma ordem jurídica que se tornou inadequada aos interesses

fundamentais da civilização e da espécie humana.¹¹⁴ A própria ONU¹¹⁵ noticia a eminência de uma tragédia global por obra do homem;¹¹⁶ porém, não cuida da causa primeira que é a incapacidade do Estado Autocrático, do qual ela mesma é a voz. Incapacidade de um sistema que não tem solução para a crise do modelo de desenvolvimento, que esgotou um planeta finito.

Através do presente ponto objetiva-se apresentar o Poder Local a partir de uma perspectiva democrática, como um novo paradigma de exercício do poder político, fundado na emancipação de uma nova cidadania, rompendo as fronteiras burocráticas que afastam o Estado do cidadão e restaurando o controle do cidadão no seu Município. O cidadão deixa de ser mero objeto da ação normativa da administração, para ser um ator importante no planejamento e desenvolvimento da cidade.

Fazer florescer a democracia participativa é dar valor as sociedades locais, contestar e promover a reconstrução da organização social. A participação associada do cidadão vai muito além de introduzir a democracia onde a vida acontece, pois cria outro tipo de relação entre a sociedade e o poder político.

O Estado Democrático de Direito é o modelo formalmente adotado pela Constituição brasileira de 1988. A referida Carta preceitua, em seu artigo 1º, o modelo de Estado adotado pelo constituinte: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

No Estado Democrático de Direito, além da garantia dos direitos individuais, recebeu atenção especial à participação do cidadão nas decisões do

¹¹⁴ PILATI, José Isaac. **Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais.** Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 30, nº 59, dez. 2009, p. 92. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p89/13591>>. Acesso em: 01 de dez. 2016.

¹¹⁵ Os alertas são do Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática – IPCC posto em ação pela ONU em 1988.

¹¹⁶ Sobre o efeito estufa, ver BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. Efeito estufa e a convenção sobre a mudança do clima. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2016. O excesso de emissões antrópicas, especialmente de dióxido de carbono, mas também de metano e óxido nitroso, podem provocar mudança permanente no clima, imprimindo novos padrões no regime de ventos, pluviosidade e circulação dos oceanos – com possíveis consequências catastróficas para a humanidade, como o aumento do nível do mar. Nos últimos 70 anos, registrou-se aumento médio de 0,6º C na temperatura da superfície do globo.

Estado. Nesta senda, leciona Habermas, definindo o que se constitui o Estado Democrático de Direito:

O Estado de Direito constituído democraticamente não garante apenas liberdades negativas para os cidadãos da sociedade interessados em seu próprio bem; ao liberar liberdades comunicativas, ele também mobiliza a participação dos cidadãos do Estado na disputa pública sobre temas que são do interesse de todos.¹¹⁷

Segundo Dallari, para que o Estado seja democrático, deve atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada, não sendo possível estabelecer uma forma de democracia aplicável a todos os tempos e lugares. Com efeito, refere que um dos meios sintéticos da democracia é a prevalência da supremacia da vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo, levando à conclusão da prevalência da vontade popular, a qual deve ser impetrada da maneira mais legítima possível.¹¹⁸

Morais sintetiza muito bem o seu entendimento sobre o modelo de Estado adotado pelo constituinte pátrio em 1988 quando da elaboração da Constituição Federal do país:

O Estado democrático de direito, caracterizador do *Estado Constitucional*, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no *caput* do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu artigo 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular

Embora a Constituição Pátria assegure mecanismos constitucionais de participação popular, esses ainda são pouco empregados no Brasil, o que, no entendimento de Benevides, é consequência de certa cultura política, segundo a qual, o povo não estaria preparado para a democracia representativa tampouco para a semidireta. Benevides constata em seu estudo acerca da representação

¹¹⁷ HABERMAS, Jurgen. **Entre o naturalismo e a religião**. Estudos filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007, p. 120.

¹¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 311.

política, que, apesar de ser válida e imprescindível às democracias contemporâneas, ela

é uma instituição deficiente para exprimir, com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses do povo, na multiplicidade de suas manifestações. Esta premissa apoia-se na crescente insatisfação popular com a representação tradicional e na consolidação de vários institutos de democracia semidireta, em sociedades contemporâneas, os quais funcionam como corretivo à democracia representativa.¹¹⁹

Apesar da garantia de mecanismos constitucionais de participação popular, essa não tem efetividade na vida política brasileira, visto que tais recursos deveriam ser muito mais utilizados pela federação como auxílio na implementação de políticas públicas ou como consultas úteis à implementação de novos projetos políticos a serem discutidos nas casas legislativas.

Não há como aceitar que em relação a não utilização dos mencionados mecanismos institucionais de participação popular estejam fundamentados sob a égide da não-preparação política do povo, ou seja, que o povo não está preparado para a democracia.

A partir do momento em que se delega ao cidadão a capacidade de votar e ser votado confere-se ao cidadão a capacidade de discussão e votação de propostas ou consultas oferecidas pelo poder público instituído, está se incumbindo à capacidade racional do ser humano.

Objetivando uma participação mais efetiva do cidadão nas decisões sobre a *res pública*, surge a Lei 12.577 sancionada pelo presidente da República em 18 de novembro de 2011. Esta lei representa um importante passo para a consolidação democrática do Brasil e também para as ações de prevenção da corrupção no país, possibilitando uma maior participação popular e controle social das ações governamentais, uma vez que o acesso da sociedade as informações públicas permite que ocorra uma melhoria na gestão pública.

As questões mais relevantes da Lei 12.577/2011 que merecem ser evidenciadas são em relação os espaços de participação deliberativos, as audiências públicas e o orçamento participativo, onde a população tem a oportunidade de decidir juntamente com o poder público, quais as demandas

¹¹⁹ BENEVIDES, Maria Victoria. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2003, p. 13.

mais importantes para cada localidade, e como serão gastos os recursos públicos disponíveis.

Conforme o disposto n art. 9º da Lei 12. 577/2011

Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:
I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:
a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações;
e
II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação. (Grifo da autora).

Este novo modelo de governança já vem sendo implantado em Angers na França, envolvendo uma forte democratização do processo de tomada de decisões a nível local, especialmente por meio da promoção e integração dos cidadãos em processos participativos.¹²⁰

No início de 2011, a cidade organizou as “Jornadas de Participação” para fazer um balanço do trabalho já realizado, ouvir a voz dos cidadãos e promover um novo vínculo entre as instituições locais, associações e população em geral. O slogan das jornadas foi “Escutar para conhecer, conhecer para agir”.¹²¹

Esse é um processo diferenciado, no qual a participação foi estimulada e incentivada pelo próprio poder público. Desde 2008, 2.500 pessoas vêm participando do processo desenvolvido na cidade de 151 mil habitantes.¹²²

Em relação a esta participação democrática leciona Pilau Sobrinho que:

Quanto maior for a atuação democrática da sociedade, menores serão as interferências e os comandos por parte do aparelho estatal, ou seja, quanto mais os cidadãos exercerem seu poder de soberania popular, menos o Estado exercerá o poder que lhe é atribuído pela burocratização das instituições.¹²³

¹²⁰ As jornadas de participação em Angers. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/boas-praticas/jornadas-de-participacao-em-angers>>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

¹²¹ As jornadas de participação em Angers. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/boas-praticas/jornadas-de-participacao-em-angers>>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

¹²² As jornadas de participação em Angers. Disponível em: <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/boas-praticas/jornadas-de-participacao-em-angers>>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

¹²³ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016, p. 198.

Como é possível perceber, a participação popular apresenta-se como um instrumento de cidadania, uma vez que visa a formulação de diretrizes para a atuação do poder público, bem como o papel de fiscalização dos serviços públicos prestados pelo Estado, visando também, à maior eficiência e a consolidação dos objetivos afirmados no Estado Democrático de Direito, que conforme cristaliza Santin, não basta dizer-se democrático, é preciso fazer-se democrático.¹²⁴

O Estado Democrático de Direito não basta para garantir a efetividade do direito fundamental à saúde, são primordiais políticas públicas alicerçadas pela participação popular, que visem a concretização dos preceitos do direito fundamental social à saúde no Brasil, como será tratado a seguir.

3.1.1 Democracia e Saúde

O direito fundamental social à saúde está amparado pela Carta Constitucional de 1988 em seu art. 6º com a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”¹²⁵, sendo complementado pelo art. 196, a saber:

“A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹²⁶

¹²⁴ SANTIN, Janaína Rigo. **Princípio da Participação no Código de Procedimento Administrativo português: inovações do Decreto-lei n. 4/2015**. Rev. direito GV [online]. 2016, vol.12, n.3, pp.846-868. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300846&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

¹²⁵ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

¹²⁶ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

Através destes dispositivos a saúde foi consagrada como um direito subjetivo, ou seja, de responsabilidade do Estado, cabendo a ele o dever de desenvolver políticas que garantam a todos os cidadãos este direito.

Segundo a OMS (Organização Mundial da saúde), “A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental, social e não apenas a ausência da enfermidade”. Deste modo:

Partindo do conceito de saúde aceito pela própria OMS, que chamei de conceito oficial, não é difícil demonstrar o quanto nossa Constituição Federal buscou preservar esse importante interesse, que é de cada um dos indivíduos, e indivisivelmente, de todos. A partir da peculiar forma de tutela constitucional da saúde, conforme destaco logo abaixo, obviamente o legislador infraconstitucional seguiria pelo único caminho possível, o de dar complemento a essa tutela – reforçando- na maioria das vezes – aspectos que tratam das formas de preservar a saúde pública de atividades que venham a afrontá-la.¹²⁷

Fica evidente a preocupação do legislador com a qualidade de vida do sujeito de direitos, bem como do ambiente em que ele está inserido, visando preservar a saúde pública.

Assim, como ocorreu com diversos direitos fundamentais, esse conteúdo de saúde acaba por demonstrar parcial e insuficiente para satisfazer as necessidades da pessoa humana e a construção de uma sociedade com reduzida desigualdade social (objetivos do Estado social). O individualismo do enfoque não atende os anseios de promoção da saúde e, nem mesmo de garantia de permanência sadia. Ambos dependem de forma marcante da qualidade de comunidade. Com efeito, ainda que premiado a visão individual, o cidadão não poderá continuar saudável sem o meio em que vive – e as pessoas que o rodeiam – também estejam ou possuam condições de salubridade, especialmente diante de contágio e da contaminação pelos agentes diretamente provocadores de doença. [...] Logo, a saúde deve ser examinada – e tutelada – no contexto do ambiente circundante – O mundo exterior e as influências sobre a vida humana adquirem relevância, especialmente dos trabalhadores. A preocupação é antes de tudo com a prevenção dos males, mediante a garantia de condições de vida digna a população, sob uma visão social e coletiva.¹²⁸

Com efeito, sabe-se que a obrigação do Estado, conforme o disposto no art. 196 da CF/88, é o de prestar os serviços que visam essa promoção, proteção

¹²⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Saúde Pública e Improbidade Administrativa**. In: BRASIL. **Direito sanitário e saúde pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 130.

¹²⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 120.

e recuperação da saúde em todos os seus aspectos, além do papel de atuar na prevenção do risco à doença.

É atribuição primordial do Poder Executivo, criar mecanismos para que a promoção de Políticas Públicas propiciem à população local, as entidades e a sociedade civil, os mais diversos espaços para o debate das questões que demandam determinados temas e suas necessidades coletivas. Diante desta abertura de participação democrática faz-se mister frisar que um dos mais conhecidos espaços de participação social utilizado atualmente são os Conselhos Municipais.

Os Conselhos Municipais demandam uma atenção especial, posto que são importantes mecanismos de participação popular para a deliberação de políticas públicas em uma gestão democrática e participativa. Eles podem ser compreendidos como espaços públicos de articulações entre o governo e a sociedade civil nas três instâncias de governo (federal, estadual e municipal). Os Conselhos são formas democráticas de exercício do controle social. Conforme leciona Salles:

Os conselhos são responsáveis pela democratização das políticas sociais, contribuíram para o resgate da “dívida social”, um dos compromissos da redemocratização. Entre elas destacamos: a da saúde (Lei Orgânica da Saúde), a da Assistência Social (Lei Orgânica da Assistência Social), a da proteção à criança e ao adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, mais recentemente, a da política urbana (Estatuto da Cidade). Em todas essas políticas estava prevista a participação popular, e o modelo dos conselhos originais, alguns obrigatórios, foi o adotado no subseqüente processo de criação de outros, sobre as mais variadas temáticas.¹²⁹

Os Conselhos de Saúde edificam-se basicamente em outros órgãos públicos de composição entre a sociedade e o governo, instituídos por leis, regidos por regulamento aprovado por seu plenário, apresentando caráter obrigatório uma vez que os repasses de recursos ficam condicionados a sua existência, que assumem atribuições consultivas, deliberativas e/ou de controle.

¹²⁹ SALLES, Helena da Motta. **Gestão democrática e participativa**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010, p. 49-50.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, reconhecia que o pleno exercício do direito à saúde visava garantir a educação, a informação, a participação da população na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde, assim como a livre organização e expressão, foi a primeira conferência de saúde com participação e representação popular, contou com mais de 4.000 participantes em Brasília e propôs não só uma reforma administrativa e financeira setorial, mas que a saúde fosse considerada como um direito universal e resultante das condições de vida e do acesso às políticas sociais.

O fragmento abaixo de Jairnilson Paim, um dos representantes do movimento sanitário, durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, aponta a nova concepção de democracia e cidadania que estava sendo discutida e estabelecida naquele contexto:

(...) com referência aos cidadãos, a noção de direito à saúde pode elevar a sua consciência sanitária traduzindo-se em lutas pela sua inscrição no texto constitucional e em legislação específica e pela redefinição das políticas de saúde com vistas à equidade e à democratização. Dispõe ainda de um potencial de mobilização de vontades no interior dos movimentos sociais, do Parlamento, das instituições e de partidos políticos que propugnam pela modernização da sociedade ou pela sua transformação. (...) Para que o direito à saúde e à democracia não sejam palavras gastas e vazias, o momento histórico requer a ação de um protagonismo fundamental e insubstituível: o povo.¹³⁰

Importante destacar que a participação popular firmou-se como a participação de todos em todos os segmentos do sistema: formulação e definição de políticas e das prioridades, no planejamento, na gestão e na avaliação. Isso denota que prevaleceu o entendimento sobre a participação como princípio e como direito por meio do qual a sociedade decide sobre seu futuro e não como mero requisito para aumentar os recursos assistenciais de grupos populacionais excluídos.

O texto constitucional, que foi aprovado dois anos depois, confere estatuto à participação no social e reafirma o papel do movimento sanitário na condução das propostas de mudança do sistema de saúde.

¹³⁰ BRASIL. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1987.

A participação popular enquanto princípio constitucional ocorre quando o cidadão, sem interesse individual imediato, tem como premissa o interesse comum, buscando algo por vias administrativas ou judiciais. Ou seja, é o direito de participação política, de deliberar junto, de participar da administração, opinar sobre as primazias e fiscalizar o aproveitamento dos recursos públicos, confirmar, reformar ou anular atos públicos.¹³¹

No que tange aos projetos que envolvem as cidades, eles devem ter, como objetivo principal, a melhoria da infraestrutura do local em que as pessoas vivem. Nesse sentido, a melhor forma de entender se as escolhas feitas apontam para a direção correta é dar voz a quem sentirá essas mudanças.

Como dito anteriormente, a participação da sociedade civil é um passo importante na construção de projetos públicos e deve ter foco na transparência. Os projetos devem ser adequados a realidade de cada local para refletir as reais prioridades.

Em um momento em que cada vez mais as pessoas querem ser ouvidas, o espaço que dá voz às suas necessidades encurta os caminhos e estreita ligações entre os administradores públicos e seus governados. Além do que, promove o desenvolvimento de cidades que se propõe, cada vez mais, se tornarem para todos, objetivando um resultado inclusivo e transparente.

Neste sentido, Maria da Glória Gohn leciona que, “um projeto político é democrático quando não se reduz a um conjunto de interesses particulares de um grupo, organização ou movimento”¹³². Para ser democrático é necessário incorporar a visão do outro e do universal. Este é o novo cenário da sociedade civil, em que o espaço público passa a ser ocupado por atores que anteriormente não o tinham e nem, se quer, tinham o direito a reivindicá-lo diante do Estado, o qual a partir desse momento, serve como canal de expressão e atendimento das demandas sociais populares.

No entendimento de Baierle,

a cidadania se constrói pela participação direta e indireta dos cidadãos, enquanto sujeitos políticos, não apenas para a solução de seus

¹³¹ LOCK, Fernando do Nascimento. **Participação popular no controle da administração pública**: um estudo exploratório. Revista Eletrônica de Contabilidade. Vol. I, n. 1, Set.-Nov./2004, p. 123.

¹³² GOHN, Maria da Glória. O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005, p. 36-37.

problemas sentidos, sem espaços públicos onde as decisões coletivas possam ser cumpridas, mas também para um processo de radicalização democrática, através do desempenho instituinte, transformador da própria ordem na qual operam.¹³³

Outro grande mecanismo de participação da sociedade civil é o Orçamento Participativo (OP), cuja estrutura é baseada em três princípios:

(a) participação aberta a todos os cidadãos sem nenhum *status* especial atribuído às organizações comunitárias; (b) combinação de democracia direta e representativa, cuja dinâmica institucional atribui aos próprios participantes a definição de regras internas; (c) alocação dos recursos para investimento de acordo com uma combinação de critérios gerais e técnicos (ou seja, compatibilizando as decisões e as regras estabelecidas pelos participantes com as exigências técnicas e legais da ação governamental, respeitadas também as limitações financeiras).¹³⁴

Com a implementação do Orçamento Participativo na cidade de Porto Alegre, destacam-se algumas realizações importantes, as quais foram eleitas como prioridade pela população, são elas: o saneamento básico e a pavimentação, o que permitiu estender a coleta de esgoto para 76% da cidade e pavimentar 77% das vias urbanas, garantindo, também, o abastecimento de água e a coleta de lixo para praticamente a totalidade da população, o que levou com que a cidade de Porto Alegre ficasse conhecida como a capital de melhor qualidade de vida do Brasil.¹³⁵

O Orçamento Participativo, além de ajudar a melhorar a governança, têm impacto no desenvolvimento econômico de uma localidade por focar o bem-estar de camadas mais pobres da população. A maioria das pessoas que participam do orçamento participativo vem das classes C e D. Essa população que vive em situação de maior vulnerabilidade dispõe de uma chance para melhorar a sua condição/qualidade de vida, conseguir coisas que nunca tiveram, como um posto de saúde, uma creche ou coleta de esgoto.

¹³³ BAIERLE, Sergio Gregório. A explosão de experiência: emergência de um novo princípio ético-político nos movimentos populares urbanos em Porto Alegre. In: ALVAREZ, Saonia; DAGNINO, Evelina et. al. (Org.). **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**: novas leituras. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 192.

¹³⁴ BAIERLE, Sergio Gregório. A explosão de experiência: emergência de um novo princípio ético-político nos movimentos populares urbanos em Porto Alegre. In: ALVAREZ, Saonia; DAGNINO, Evelina et. al. (Org.). **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**: novas leituras. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 199.

¹³⁵ GENRO, Tarso. **Orçamento participativo**: experiência de Porto Alegre. São Paulo: Perseu Abramo, 1997, p. 18.

Diante do exposto, foi possível compreender que buscar o bem estar dos cidadãos e a expectativa de um futuro melhor implicam qualificar o regime democrático e aumentar a participação popular na gestão pública pela inclusão da sociedade civil nas deliberações das políticas públicas indispensáveis ao bem-viver.

Quem melhor para dizer quais são as demandas necessárias para cada localidade do que os que ali vivem? Essa pergunta simples, pode ser respondida sob a égide da celebre frase da pensadora alemã Hannah Arendt, onde ela entende que se deve devolver ao homem o “direito a ter direitos” Entende-se neste interím, que o homem deve ter o direito a deliberar sobre as decisões do seu futuro, decidir quais as necessidades do local em que vive e como devem ser investidos os recursos públicos disponíveis, e não simplesmente ficar a mercê de decisões dos seus representantes.

A participação popular se mostrou muito positiva, pois possibilitou com a população pudesse deliberar sobre os melhores projetos para a sua comunidade, levando em consideração a realidade local e o orçamento disponível para investimento. Grande parte destes projetos são voltados à promoção da saúde, através de investimento em saneamento básico, coleta de lixo, criação de espaços para a pratica de exercícios, espaços para rodas de conversa sobre saúde, etc. Todos este fatores levam a promoção e prevenção da saúde pública e conseqüentemente a uma considerável redução das ações curativas da saúde, uma vez que essa ações demandam um investimento 4 vezes maior do que o investimento em saúde preventiva.

Com notória relevância essa nova forma de se (re)pensar o espaço da cidade, baseado em mecanismos de cooperação e gestão democrática da cidade, implicara em uma serie de transformações nos padrões de relações humanas e dos recursos naturais, as pessoas se tornam o centro das preocupações, e as ações públicas guiar-se-ão para a garantia do direito a sadia qualidade de vida para todos.

3.2 Evolução das decisões do STJ e do STF nas demandas da saúde

O Poder Judiciário vem apresentando cada vez mais um papel de destaque diante dos demais poderes e na vida das pessoas. A efetivação dos direitos fundamentais sociais parece que está atrelada a temática da judicialização do direito¹³⁶, e o que se almeja nesse neste ponto é justamente trazer à baila as questões pertinentes a judicialização do direito fundamental a saúde, que vem sendo uma constante preocupação dos gestores do Sistema Único de Saúde e dos operadores do direito, especialmente nos critérios que pautam as decisões que discutem essa temática.

A interferência do Poder Judiciário neste sentido teve origem na década de 90 quando os portadores do vírus HIV buscavam através das demandas judiciais um acesso célere e eficiente pelos seus medicamento e tratamento eficaz para a sua doença. Depois dos resultados positivos, em que o Poder Judiciário revelou-se efetivo na questão de busca por progressos no âmbito da saúde, as demandas aumentaram e pode-se dizer que, superlotaram as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.¹³⁷

Este fato, não somente contribui para o aumento da demandas em busca pelo direito fundamental a saúde, como também o entendimento jurisprudencial de que este direito é ilimitado e absoluto, conforme previsto no art. 196 da Constituição Federal, o que se reflete na obrigação do poder público de fornecer todo e qualquer medicamento, o que em desatenção às políticas públicas existentes – que muitas vezes, são consideradas omissas e ineficazes – acabam comprometendo ainda mais os escassos recursos públicos.

¹³⁶ Destaca-se, que vê-se como importante trazer o que se entende como judicialização, afirmando-se que este fenômeno é o resultado da centralidade da Constituição e de sua força normativa, associada ao seu caráter principiológico, de supremacia e de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sua principal característica consiste em um protagonismo do Poder Judiciário, visto a transferência pela sociedade de decisões tidas como estratégicas sobre temas importantes para este Poder (LEAL, 2013, p. 221), o que de fato ocorreu nos últimos anos no cenário brasileiro, cita-se aqui de exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, sobre as pesquisas de células-tronco, a Arguição de Descumprimento Fundamental n. 54/DF sobre os fetos anencefálicos, entre outras. Desse modo, o que antes era decidido pelas instâncias políticas e deliberativas, é decidido pelo Poder Judiciário, convertendo-se em um direito jurisprudencial.

¹³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

Nesta senda, a análise das jurisprudências apresenta-se como um caminho metodológico indispensável para se compreender os parâmetros utilizados pelas cortes nas resoluções das complexas questões que norteiam o tema,¹³⁸ as quais se dividem em ao menos três fases distintas. Para tanto, apresentou-se extremamente relevante um estudo sobre a evolução jurisprudencial para que fosse possível

A primeira fase, em meados dos anos 90, é alicerçada pelas teses da Fazenda Pública, no sentido de impossibilidade de atendimento estatal das demandas judicializadas ligadas ao direito à saúde.

Na segunda fase, a partir do ano 2000, as cortes através de uma série de julgados passam a ressaltar aprioristicamente a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias.

Já a terceira fase, que acontece em meados ao ano 2000, é marcada por decisões dos tribunais que eventualmente começam a negar pedidos ligados ao direito fundamental a saúde.

O primeiro contato dos tribunais com a judicialização da saúde se deu logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O constituinte brasileiro desenhou um novo modelo de assistência à saúde, onde permitiu a inovação da universalidade e da integralidade como argumentos hábeis e possibilitou o pleito de prestações materiais, que eram negadas ou omitidas na via administrativa.

Nesta fase inicial, a jurisprudência majoritária era norteada pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. A título de exemplo aponta-se o MS nº 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996, sendo o primeiro pleito a ser analisado sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS. Conforme pode se observar,

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA.
DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE
SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E

¹³⁸ “Deve-se observar que o direito, seja na lei, seja na jurisprudência ou em outras fontes, haverá de dar acústica às mutações que se operam no cotidiano das relações sociais, vale dizer, às mudanças contínuas da sociedade, para que possa, assim, refleti-la verdadeiramente, se constitua caixa de ressonância do corpo social que organiza”. (LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. **Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 21).

DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS – EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, 'OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA', POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". **NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.**¹³⁹ **(Grifo da autora)**

O Mandado de Segurança em comento foi impetrado por uma portadora de uma doença rara, a "síndrome de hipoventilação alveolar central". Ela necessitava de um aparelho de marca-passo importado dos Estados Unidos, com um custo estimado na época de 50 mil dólares. Já haviam sido arrecadados 29 mil dólares através de campanhas publicitárias, o objetivo era que o restante fosse disponibilizado pelo Estado, o que não aconteceu. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul denegou a segurança sob o argumento da ausência de previsão legal.

Como é possível perceber, embora o julgado pleiteasse a tutela adequada do direito à vida, a corte superior denegou o pedido sob a premissa de duas cláusulas restritivas dos direitos fundamentais sociais: a natureza programática das normas definidoras de direitos sociais e a reserva do possível.

¹³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Detalhes do Recurso em Mandado de Segurança nº 6564/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2017. p. 21448.

Já no que tange a segunda fase que teve início no ano 2000, a jurisprudência majoritária passa a identificar a fundamentalidade do direito fundamental a saúde, como emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais passaram a acatar indiscriminadamente os pedidos dos usuários do SUS, ignorando as várias teses restritivas da Fazenda Pública.

O Recurso em Mandado de Segurança nº11183/RS, do STJ, exemplifica a posição majoritária adotada nesta segunda fase.

A partir do ano de 2000 começou haver uma mudança no entendimento das jurisprudências do STJ, essa mudança ocorreu a partir do Mandado de Segurança nº11183/PR, que foi impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde eram pleiteados medicamentos para o tratamento de esclerose lateral amiotrófica. Conforme se transcreve a seguir:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o

atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.¹⁴⁰

O pedido de segurança foi denegado pela corte estadual sob o argumento de que não era abusiva a exigência do Estado do Paraná para que a impetrante comparecesse a exames clínicos atualizados para constatar seu estado de saúde e eventual enquadramento nas rotinas do SUS.

A impetrante propôs um recurso ao STJ, alegando, sob outros argumentos, a existência de três atestados médicos distintos que demonstravam a necessidade do medicamento e a preponderância do direito à vida. Nesse precedente, o STJ deu especial atenção ao gravíssimo estado de saúde da recorrente.

Com efeito, em outra senda, o Ministro relator José Delgado enfatizou que questões de ordem financeira ou política, ou conforme suas palavras de “custosa credibilidade”, não podem se sobrepor ao direito à vida da paciente. Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no país. O Estado/recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do Estado de Direito; quebra orçamentária; anarquia dos poderes; falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito à sobrevivência.¹⁴¹

O voto do relator expôs, em síntese, as seguintes conclusões: a vida é o bem mais precioso do ser humano, sem o que os demais valores sociais não têm qualquer significado; o eventual descumprimento de formalidades burocráticas não pode se sobrepor à urgentíssima situação da saúde da recorrente; não há sentido em discutir se as normas constitucionais do direito à saúde têm natureza meramente programática, tendo em vista a relevância do seu conteúdo; a doença da recorrente é gravíssima. Com base nesses termos, a segurança foi concedida.

¹⁴⁰ STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8185068/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-11183-pr-1999-0083884-0>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016

¹⁴¹ STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8185068/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-11183-pr-1999-0083884-0>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016

Em meados de 2000 teve início a terceira fase desta evolução jurisprudencial do direito à saúde. Os tribunais começaram a superar a tese de que o direito à saúde significava o “direito a tudo”. Passou-se a analisar o caso concreto, com considerações de ordem técnica negando aos usuários do SUS, em muitas decisões, determinadas prestações que encontravam-se em desacordo com balizas das políticas públicas previamente instituídas.

Esta terceira fase da jurisprudência brasileira culminou na audiência pública de 2009, no STF, que levou, finalmente, a estipulação de parâmetro em mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde. O Mandado de Segurança nº8895/DF, do STJ, é um exemplo que elucida muito bem este momento jurisprudencial.

No Mandado de segurança nº8895/DF, o STJ deparou-se diante de um caso extremamente complexo, que implicava diversos estudos sobre aspectos técnicos das ciências médicas. Tratava-se de um pedido para que o SUS custeasse tratamento de uma rara doença oftalmológica em Cuba, pois, conforme o impetrante, somente em Cuba havia o tratamento necessário.

A autoridade impetrada fundamentou, dentre outras questões, que o parecer técnico do SUS e do Conselho brasileiro de oftalmologia demonstravam que o tratamento pleiteado em Cuba não teria os resultados apontados pelo autor e eu as regras constitucionais sobre o SUS limitavam-se ao território nacional.

“ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da ‘retinose pigmentar’ no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado.”¹⁴²

A ministra relatora, Eliana Calmon, enfatizou em seu voto que várias instâncias técnicas haviam apontado a ineficácia do tratamento pleiteado, uma

¹⁴² STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0-stj/certidao-de-julgamento-19603999>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

vez que, o Conselho Brasileiro de Oftalmologia alegava a falta de comprovação científica do tratamento ofertado em Cuba, além do que o Ministro da Saúde havia editado a Portaria nº763/1994, que vetava o custeio de tratamento de retinose pigmentar no exterior. Por isso, denegou a segurança, sob o argumento dos riscos de desorganização do sistema de saúde com o custeio de tratamentos experimentais:

Entendo que a recusa da autoridade coatora está devidamente respaldada na conclusão do órgão técnico que congrega os especialistas. Dentro do que foi até aqui exposto, independentemente da análise do dever do Estado em patrocinar os tratamentos, alguns deles até no exterior, no específico caso da doença de que é portador o impetrante, não há recomendação médico-científica. No campo do *Direito administrativo*, sobre o tema tenho a compreensão de que o serviço médico-social, prestado pelo Estado via órgão competente, além da observância do parecer técnico, deve atentar para os critérios próprios do serviço, jungido a um orçamento e a uma política de prioridades, própria do executivo. A Medicina social a cargo do Estado tem, necessariamente, de fixar critérios para os atendimentos excepcionais, dentre os quais os dispendiosos tratamentos no exterior, sob pena de haver um comprometimento de toda a política de saúde.

A posição da relatora foi vencedora, mas é importante destacar os apontamentos dispensados pelos Ministros José Delgado e Luiz Fux. O Ministro José Delgado enfatizou a importância da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre a discussão científica em torno do caso:

Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão.¹⁴³

Neste diapasão, também foi entendimento do Ministro Luiz Fux:

Sou um perseverante escudeiro da dignidade da pessoa humana, dos valores imanescentes à vida e à esperança do ser humano. Creio que é a

¹⁴³ STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0-stj/certidao-de-julgamento-19603999>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

nossa tarefa diuturna. De sorte que – mais uma vez parablenizo a Sra. Ministra Eliana Calmon e até, de antemão, já havia pedido seu voto, porque há casos e casos –, e na dúvida, devemos opinar exatamente pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado, máxime porque, muito embora haja total juridicidade na parte do voto, que esclarece a respeito da socialização da Medicina e da impossibilidade de o País atender a todos, mais uma vez, entre o direito e a justiça, ficarei com a solução que considero mais justa.¹⁴⁴

Esse precedente do Superior Tribunal de Justiça consagra uma nova perspectiva de abordagem da judicialização da saúde na corte. Ante o avanço das demandas e da crescente complexidade dos temas, os ministros passaram a esmiuçar as questões técnicas relacionadas às ciências médicas, iniciando uma fase em que o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um argumento absoluto para o alcance das prestações materiais em saúde. A solução jurídica dos casos, então, não se restringe à contendas sobre o efeito de normas constitucionais, senão também sobre a eficiência de tratamentos médicos, sua previsão no SUS etc.

Com efeito, faz-se mister destacar um ponto do voto da ministra Eliana Calmon: a necessidade de fixação de critérios para o atendimento de demandas excepcionais, sob pena de risco de desorganização do sistema de saúde.

Como foi possível perceber que esta evolução jurisprudencial nos casos de judicialização da saúde mostrou-se necessária, posto que serviu como alicerce para que o STF e o STJ chegassem a um ponto de equilíbrio nas suas decisões.

Os primeiros julgados foram marcados pelo entendimento de ambas as cortes, que inviabilizava o a reclamação judicial do direito à saúde, apresentando como principal fundamento, a questão das políticas públicas estarem submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A segunda fase mostrou totalmente permissiva, onde basicamente todas demandas pleiteadas eram concedidas, sob a égide da proteção da dignidade da pessoa humana.

Hodienamente, a jurisprudência que prevalece no STF e no STJ leva em consideração as ponderações em relação as políticas públicas sanitárias já

¹⁴⁴ STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0-stj/certidao-de-julgamento-19603999>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

estabelecidas pelo Brasil, e a concessão das tutelas jurisdicionais especiais para situações atípicas e graves, avaliando no caso concreto o direito do cidadão de ter providas as suas necessidades sanitárias bem como os critérios da Administração pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde.

Inexoravelmente atreladas as questões sanitárias, as demandas da saúde, precisam vir acompanhadas de ponderação entre os limites do estado e suas obrigações, devendo ser assegurado a população o mínimo existencial para a garantia da dignidade da pessoa humana. Conforme as palavras do Ministro Luiz Fux: a vida é o bem mais precioso do ser humano, sem o que os demais valores sociais não têm qualquer significado.¹⁴⁵

A seguir serão elucidados alguns aspectos negativos quanto a judicialização excessiva da saúde, além da importância que as ações preventivas (em especial as políticas públicas voltadas ao saneamento básico) apresentam em relação as ações curativas.

3.3 Crítica a judicialização da saúde: as ações curativas em detrimento das preventivas

A judicialização da saúde merece atenção redobrada e apreciação meticulosa, sob a pena de cair num abismo de generalizações e imprecisões. Conforme o jurista francês Antonie Garapon, a judicialização se origina pelo enfraquecimento dos poderes legislativo e executivo e torna o judiciário um crescente ator político, que diretamente intervém nas decisões de políticas públicas e sendo visto como o “último grito de socorro” para uma democracia idealizada, e na mesma medida que cresce o crédito na justiça, diminui a certeza e o interesse na política:

[...] a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça tornou-se em um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a

¹⁴⁵ STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0-stj/certidao-de-julgamento-19603999>>. Acesso em: 06 de outubro de 2016.

capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei [...]”¹⁴⁶

A judicialização¹⁴⁷ da saúde é uma decorrência do modelo de Estado adotado pelo Brasil. O constituinte brasileiro, ao constituir no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito, garante a judicialização no direito positivado. Nesta seara, nota-se que a partir do momento em que a via administrativa de políticas públicas não consegue resolver as ações advindas do direito à saúde, é apelado ao Poder Judiciário para a efetivação de seus direitos.

A judicialização procede, na sua maioria, em decorrência do imenso rol de direitos inseridos no texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, tendo como inspiração a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Alemã de 1949.

Ocorre que há “uma enorme discrepância, um abismo entre a realidade social e os textos positivos referentes aos direitos fundamentais em nossa nação”, conforme elucida o doutrinador Marcio Leite Garcia.¹⁴⁸

Melo, destaca ainda, sobre esta questão que nos “países em penoso processo de desenvolvimento, procura-se copiar desastrosamente preceitos constitucionais de países desenvolvidos e isso se transforma muitas vezes em pura demagogia ou falácia”¹⁴⁹.

Como consequência da constitucionalização de direitos e da judicialização desses direitos acolhidos pela Constituição na seara da saúde, frente ao tipo de recurso encontrado pelos juízes, resultou o que se denominou

¹⁴⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-49.

¹⁴⁷ Para Luiz Roberto Barroso, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modelo de participação da sociedade (BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. s/d.b, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo/Barroso.pdf>>. Acesso em: 02 de jan. 2016).

¹⁴⁸ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo de Gregório Peces-Barba**. In: VALLE, Juliano Keller do. MARCELINO JR., Júlio Cesar (org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 191.

¹⁴⁹ FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fábris Editor, 1998, p. 59.

de ativismo judicial. O entendimento sobre o ativismo judicial é apresentada por Luiz Roberto Barroso:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹⁵⁰

Para Barroso, o ativismo judicial está ligado a uma participação mais clara e ampla do Poder Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, tendo maior intervenção no espaço que seria de desempenho dos poderes executivo e legislativo.¹⁵¹

Barroso menciona o ativismo judicial frente às dificuldades encaradas pelo Poder Legislativo, alegando que o ativismo deve ser eventual. Contudo, afirma que inexiste democracia sem ativismo judicial e sem legislativo atuante. Não se pode aceitar que a judicialização e o ativismo judicial sejam sempre recursos para todas as circunstâncias. Barroso, cita três objeções que podem ser opostas à judicialização e ao ativismo judicial:

(a) risco para a legitimidade democrática, já que os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, não gozando, assim de legitimidade para invalidar decisões de quem exerce mandato popular (a exceção fica por conta da intervenção do STF no sentido de preservar a democracia e os direitos fundamentais); (b) risco de politização da justiça, já que não pode estar a mercê da vontade política; as leis e o direito são a expressão política da maioria, de modo que as decisões da justiça não podem estar dissociadas do ordenamento jurídico, devendo estar, sempre que possível, em sintonia com o sentimento social; (c) a capacidade institucional do Judiciário e seus limites; implica reconhecer que o Judiciário carece de capacidade institucional para decidir determinadas matérias (não teria a melhor qualificação para decidir sobre determinadas matérias).¹⁵²

¹⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** s/d.b. Disponível em: <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo/Barroso>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 6.

¹⁵¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** s/d.b. Disponível em: <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo/Barroso>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 6.

¹⁵² BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** s/d.b. Disponível em: <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo/Barroso>. Acesso em: 02 jan. 2016. p. 6.

Através das observações do autor em comento, parece clara a existência de limites à atuação do Poder Judiciário em relação à denominada judicialização do direito à saúde, bem como em relação ao ativismo judicial.

Diante desta análise, pode-se afirmar que a judicialização como última alternativa, não é essencialmente a opção mais proveitosa, como afirma o constitucionalista brasileiro Barroso, a realidade é mais dramática, pois a questão está na complicada avaliação, o direito à vida e à saúde de uns em detrimento ao direito à vida e à saúde de outros. Não existe saída juridicamente fácil, nem moralmente simples nessa demanda, já que os recursos públicos existentes e as políticas públicas não conseguem fazer frente ao aumento da demanda existente.

Apesar de esforços recentes para o estabelecimento de diálogo entre os Poderes Executivo e Judiciário, a fim de harmonizar seus diferentes pontos de vista, as ações judiciais seguem aumentando.

Em 2013 um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça CNJ) revelou que o número de demandas judiciais em saúde pública nas instâncias de 1º e 2º graus, turmas recursais e juizados especiais em tribunais de todo país totalizam 241 mil ações, sendo que o Estado do Rio Grande do Sul ostentava quase a metade de todas essas demandas, eram 113.953 ações judiciais sobre saúde, seguido pelo Estado de São Paulo que possuía 44.690 ações em tramitação. Importante frisar que o Estado de São Paulo possui o quádruplo da população do Rio Grande do Sul.¹⁵³

O elevado número da judicialização da saúde acabou prejudicando o investimento por parte dos Estados e da união em políticas públicas preventivas. No Estado do Rio Grande do Sul, no início de 2010, gastou-se em saneamento 0,5% do valor gasto em saúde curativa.¹⁵⁴

O Brasil ao longo de sua história tem priorizado as ações curativas em detrimento das ações preventivas que são menos custosas e mais eficazes, como o saneamento básico, por exemplo. Mas, conforme elucida Foaro, enterrar

¹⁵³ Dados do IBGE de 2010 demonstram que o Estado de São Paulo possui uma população de 44.749.699 de habitantes, enquanto que o Estado do Rio Grande do Sul possui população de 11.286.500 de habitantes. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

¹⁵⁴ Disponível em <http://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

canos não dá votos, esta ideia é resultado de uma cultura paternalista, que ainda impera nos dias de hoje.¹⁵⁵ O fato é que, políticas públicas e saúde pública não podem andar separadas.¹⁵⁶

Gilberto Bercovicci, em seu trabalho intitulado “Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico”, fundamenta sobre qual é o papel do Estado atualmente, e qual o seu limite de atuação na sociedade, “o Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, ao introduzir a dimensão política no cálculo econômico, em busca da constituição de um sistema econômico nacional”.¹⁵⁷ Deste modo, o conceito exposto pelo autor, nos remete ao juízo de que as políticas públicas são o fruto de múltiplos fatores econômicos, políticos e ideológicos. O papel do Estado, então, é o de gerar o debate em todas as esferas, para assim dar procedência a lei, incumbindo-lhe em seguida a sua implementação.

No que tange a saúde pública, um resultado positivo da multiplicidade de forças em todas as esferas, é em relação a elaboração da Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Esta lei visa implementar especialmente questões ligadas a saúde preventiva, a proteção ao meio ambiente e o denominado crescimento sustentável.

A Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos foi debatida durante 20 anos no Congresso Nacional. Esta legislação faz uma opção pelo preventivo: saneamento básico e tratamento dos resíduos sólidos.

Dados do IBGE demonstram que o saneamento básico é uma das maiores fragilidades do país na área de infraestrutura¹⁵⁸. Estima-se que somente a metade dos domicílios brasileiro está ligada a rede de esgoto, apenas 10% do esgoto produzido é tratado, o restante é despejado *in natura* no meio ambiente, o que conseqüentemente faz com que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa

¹⁵⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. v. 1, 15. ed., São Paulo: Globo, 2000, p. 84.

¹⁵⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública**, In políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 247-278.

¹⁵⁷ BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico – M^a Paula Dallari Bucci. SP: Saraiva, 2006, p. 143.

¹⁵⁸ IBGE. Saneamento básico – Censo 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2010/08/ibge-divulga-pesquisa-nacional-de-saneamento-basico-1>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

de mortalidade em todo o mundo decorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado.¹⁵⁹

Para um melhor entendimento sobre os dados apresentados, sob o ponto de vista orçamentário, o Instituto Trata Brasil enfatiza que para cada R\$ 1,00 investido no setor de saneamento, economiza-se R\$ 4,00 no setor de medicina curativa, ou seja, economiza-se o quádruplo.¹⁶⁰

As políticas públicas preventivas devem prevalecer em detrimento das ações curativas, uma vez que vão além de um lapso de tempo, garantindo a saúde pública não só das presentes, mas das futuras gerações, um olhar preventivo significa respeito as futuras gerações, enquanto que a judicialização da saúde não amenizou o problema, muito pelo contrário, acabou por torna-lo ainda mais caótico.

Este quadro preocupante demonstrou a necessidade de uma gestão cuidadosa do tema, inclusive como estratégia de prevenção de litígios desnecessários, ou seja, a busca pela (des)judicialização das demandas.

Diante do exposto até então, importante ainda que sejam tecidas algumas ponderação quanto a judicialização das políticas públicas, enfatizando os principais pontos negativos e as drásticas consequências que estas ações causam para a sociedade como um todo.

3.3.1 As limitações orçamentárias e a prevalência do interesse individual em detrimento do interesse coletivo

Como é sabido, o direito de prestação à saúde é dever do Estado e de todos, dentre os direitos prestacionais sociais apresentados pela doutrina, o direito a saúde apresenta um problema típico no que tange ao custeio, custo financeiro e orçamentário que engloba este direito fundamental. O direito a saúde

¹⁵⁹ ALLAIS, Catherine. **O estado do planeta em alguns números**, in Barrère Martine (org.), Terra, patrimônio comum, apud Paulo de Bessa Antunes. Direito Ambiental, 1996, p. 259.

¹⁶⁰ INSTITUTO TRATA BRASIL. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/novo_site/?id=16017>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

está assegurado pelo art. 6º da constituição Brasileira, tendo este direito portanto, no entendimento de Sarlet, aplicação imediata.¹⁶¹

O cidadão está cada vez mais consciente sobre seus direitos e busca o Poder Judiciário como meio para efetiva-los. Entretanto, muitas são as questões que dificultam que tal direito seja garantido, suprimindo os anseios do cidadão e também do constituinte, que visa a efetividade desse direito.

No Brasil, a judicialização da política¹⁶² pública de saúde levou a distorção dos investimentos curativos, em detrimento dos preventivos¹⁶³. O Judiciário, ao ser provocado, muitas vezes, destina verbas públicas altíssimas para despesas individuais com medicamentos. É preocupante a evolução desses gastos, evidenciando que os custos com saúde curativa estão muito acima dos gastos na área preventiva.

Os custos dos direitos sociais mudam conforme as pretensões vislumbradas em cada caso, na questão da saúde, por exemplo, conforme o salienta Lopes “nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos à mesma coisa para serem tratados.”¹⁶⁴ Cabe ao Estado saber em quais áreas deve disponibilizar mais ou menos recursos econômicos, sendo que, conforme Holmes e Sunstein, as opções orçamentárias para determinados direitos refletem os valores de cada sociedade.¹⁶⁵

Indiscutivelmente, o orçamento é o caminho por meio do qual se permite realizar políticas públicas, essenciais à concretização dos direitos fundamentais e fundamentais prestacionais sociais.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 261.

¹⁶² WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política no Brasil**, In WERNECK VIANNA, Luiz et al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 47–70.

¹⁶³ LIMBERGER, Têmis. **Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente in** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. (org.) Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53-70.

¹⁶⁴ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **A Teoria Econômica e a Discriminação Compensatória em Ronald Dworkin**. Recensões, Brasília, v. 7, n.76, dez/2005- jan/2006. p 158. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/Recensoes/CarlaPatricia.htm>. Acesso em: 18 de jan. de 2016.

¹⁶⁵ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 31.

A matéria da folha de São Paulo, “Ação judicial para acesso a SUS explode em cinco anos”, de março de 2015, destaca que:

Apesar do maior acesso da população à justiça, os processos em excesso podem comprometer projetos mais amplos na área da saúde, conforme avaliação do governo e de alguns especialistas. “É preocupante porque é uma parte extra que vai entrando no nosso orçamento e reduzindo outras ações”, afirma Jarbas Barbosa, secretário de ciência e tecnologia do Ministério da Saúde. Opinião semelhante tem Deborah Ciocci, do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça. “De início, não é um fenômeno negativo. Ocorre que o Judiciário, que deveria apenas ser utilizado em caso de grave ineficiência ou ilegalidade, vem sendo a primeira alternativa, diz”.¹⁶⁶

De fato a judicialização é um mal, mas infelizmente, ainda é um mal necessário. Não há como combater a judicialização restringindo o acesso a proteção jurisdicional de direitos individuais, é sua origem no executivo que deve ser enfrentada.

Na verdade, a melhor alternativa para à judicialização acentuada é a procura por soluções a partir de uma reestruturação do atual padrão de gestão pública da saúde, o qual deve passar a ter aptidão e competência para impedir ou para compor, por si mesmo, os conflitos entre pacientes e autoridades e, em decorrência, desestimular as demandas judiciais da saúde.

Certo é que as políticas públicas devem buscar à diminuição das desigualdades sociais e econômicas do país, possibilitando aos cidadãos o acesso igualitário e universal aos bens fundamentais à vida. Entretanto, esta não é a situação quando o Poder Judiciário, por meio de demandas individuais, interfere nessa seara. Isso porque o acesso à Justiça brasileiro ainda se encontra concentrado nas camadas ditas, elevadas da sociedade, o que acaba por privilegiar à classe média em detrimento dos mais débeis

3.3.2 Acesso elitizado ao Poder Judiciário

No Estado Democrático de Direito, com o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, surge também o direito aos acesso à justiça, que

¹⁶⁶ Disponível em: <<http://bit.ly/1H9OPw6>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017

conforme cristaliza Cruz “não só é uma expressão juridicamente subjetiva, mas também é um instrumento ou mecanismo para a defesa dos direito substantivos”.¹⁶⁷

A expressão “acesso à Justiça” é de difícil definição, podendo constituir desde o acesso aos dispositivos do Poder Judiciário até aos valores e direitos do ser humano. Em seu sentido mais amplo, trata-se, pois, de um meio de ingresso à Justiça que não se exaure no Judiciário, mas que representa basicamente o alcance a uma ordem jurídica justa¹⁶⁸, a qual está vastamente pautada no binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico com igualdade de condições.¹⁶⁹

Ocorre que, essa judicialização, essa prerrogativa do acesso à justiça acaba sendo um movimento das elites econômicas brasileiras, pois os que têm acesso ao Poder Judiciário são os cidadãos com poder aquisitivo e formação educacional – e por vezes, aparece a menção ao financiamento dessas demandas por parte de empresas de medicamentos.

Nesta linha, importante atentar pra o que elucida Teresa Robiches Machado citando Chieffi:

Chieffi obtém como resultados em relação ao local de prescrição: 48% dos pacientes possuíam receitas médicas de estabelecimentos da rede do SUS; 47%, do sistema complementar; e, em 4% dos atendimentos, não foi possível classificar a origem da receita. A maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares, sendo que a justiça gratuita contribuiu tão somente com um quarto das ações. O fato de essas ações geralmente serem ajuizadas por advogados particulares, segundo o autor, demonstra que os pacientes arcaram com os custos dessa representação e, em princípio, poderiam adquirir os medicamentos solicitados. Comparando a frequência acumulada, verificou seu estudo que: aproximadamente 74% dos pacientes residem em áreas pertencentes aos estratos 1, 2 e 3; já na população em geral, essa porcentagem é de 53%. Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro de sua distribuição na população geral. Como conclusão, defende que a parcela da população atendida por demandas judiciais tem, em média, melhores

¹⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 156-158

¹⁶⁸ MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 60.

¹⁶⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31.

condições socioeconômicas, residindo em áreas com baixa ou sem nenhuma vulnerabilidade social.¹⁷⁰

Com efeito, é possível perceber que o acesso à justiça nas demandas da saúde se deu justamente por aqueles que possuem um nível socioeconômico elevado e um maior discernimento quanto aos seus direitos, o que acaba por prejudicar ainda mais as condições de acesso à saúde daqueles que de fato encontram-se em verdadeira situação de vulnerabilidade.

3.3.3 Falta de legitimidade democrática, conhecimento técnico e de decisões coerentes e que observem as diretrizes e políticas públicas

Como é cediço, a democracia é identificada como o autogoverno do povo. Em um regime democrático, os cidadãos são concebidos, ainda que idealmente, como destinatários e co-autores das decisões estatais

A democracia representativa é uma conquista do Estado Democrático de Direito, no qual o povo democraticamente elege seus representantes, outorgando-lhes mandato para a elaboração das leis que, ao entrarem em vigor, traduzem a vontade do povo e, por essa razão, são de observância obrigatória para toda e qualquer autoridade. Nenhuma autoridade está acima da lei.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, começou haver uma expansão do Poder Judiciário nos estados constitucionais. No que dizer respeito a essa expansão do Poder Judiciário, podem ser instituídas três críticas basilares a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.¹⁷¹ São elas: a) a crítica político ideológica; b) crítica quanto a capacidade institucional; c) crítica quanto a limitação do debate.

A crítica político ideológica, apoia-se na premissa de que os magistrados não são agentes públicos e que a sua investidura não é proveniente da vontade popular, além do que, o Judiciário ao julgar atos dos poderes Legislativo ou Executivo, acaba desempenhando um papel inequivocamente político.

¹⁷⁰ MACHADO, Teresa Robichez. **Judicialização da saúde e contribuições da teoria da justiça de Norman Daniels**. In: Revista de direito Sanitário. São Paulo v.16, n.2, jul/out. 2015, p. 66.

¹⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, **Democracia e Supremacia Judicial**. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16, p. 11.

Quando a vontade do povo não é levada em consideração pelos seus representantes eleitos nos Poderes Executivo e Legislativo, o povo então recorre ao Judiciário para ver satisfeitas as suas pretensões, gerando com isso uma afronta a outro princípio do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da separação dos poderes revisto no art. 2º da Constituição Federal de 1988, a saber: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. Cada poder é investido de uma série de competências constitucionais determinantes, sendo vedada a utilização por outro dessas competências, com o intuito de lhes garantir autonomia. Portanto, não há como falar em democracia sem a observância do princípio da separação de poderes.

No que tange a capacidade institucional do Poder Judiciário, ela é colocada à prova pelo fato de ser compreendido como o poder da “palavra final”. A exceção é a divergência, pois é dada a palavra final justamente por aquele que apresenta *déficit* democrático. Nesta senda, faz-se mister destacar o disposto no art. 49, XI da Constituição Federal de 1988, que destaca ser de competência exclusiva do Congresso Nacional brasileiro “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes” o que possibilitaria ao Poder Legislativo invalidar as decisões do Judiciário contra o disposto na Carta Constitucional.¹⁷²

Nessa linha de raciocínio, é importante ressaltar que a proteção prevista no texto constitucional é o direito, podendo o judiciário tutelar as políticas públicas, na medida em que elas expressam direitos e por esse motivo excluem-se, conforme Maria Paula Bucci, “os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”¹⁷³.

Entende-se que não cabe ao juiz, que não tem conhecimento técnico suficiente, criar ou definir prioridades nas políticas públicas, pois, segundo a autora, “Na medida em que o juiz não está vinculado a lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as consequência de uma decisão

¹⁷² MARTINS, Ives Gandra da Silva; FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. “O protagonismo do Pretório Excelso”, in: George Salomão Leite e Ingo Sarlet, **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**, Salvador: Ed. Juspodium, 2012, 2ª série, p. 273.

¹⁷³ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

judicial específica sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide são imprevisíveis”¹⁷⁴. Os juízes não estão devidamente capacitados para ponderar se determinado medicamento é ou não efetivamente necessário à vida e à saúde da população, de forma que seu ponto de vista não está apto a rivalizar com o da Administração Pública, dotada de uma estrutura de apoio adequada à avaliação da questão e à alocação de recursos escassos

Ou seja, se existir uma lei válida aprovada pelo Executivo, deve o Poder Judiciário conter o seu poder criativo de interprete judicial, acatando e aplicando a lei na forma aprovada pelo legislador, que é quem detém o poder do voto popular. Cabe ao Poder Judiciário determinar a execução e o cumprimento das políticas já fixadas e escolhidas pela sociedade.

Entende-se ainda, haver uma limitação dialógica e semiótica do Direito, quando o debate é posto como o último recurso na mão do Poder Judiciário. Conforme Barroso:

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais.¹⁷⁵

Sob este prisma, é possível perceber que, se de um lado a linguagem jurídica nem sempre apresenta sentidos jurídicos compreensíveis ao leigo, de outro, ela até pode ser componente de análise ou examinada. Muito embora as decisões possam trazer certo conhecimento, e nem sempre estes são coesos, podendo até apresentar alguma inclinação em seus fundamentos.¹⁷⁶ Ou seja, essas decisões podem servir a algum tipo de interesse ou grupo, podem vir equivocadas de manipulação.

¹⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.33.

¹⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, **Democracia e Supremacia Judicial**. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16, p. 14.

¹⁷⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 46/47.

Neste viés, importante salientar que, se todos os processos de escolhas sociais estão sujeitos a resultados injustos, deve-se priorizar o democrático, pois este sistema, ao menos, garante que o povo se sujeite aos seus próprios erros, não aos de terceiros, e que, cada pessoa tenha direito a igual participação no processo político.¹⁷⁷

As práticas decisionistas do Poder Judiciário são muito comuns, por exemplo, na esfera do direito à saúde, no qual inúmeras decisões condenam a fazenda pública as mais variadas prestações, como o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, criação de vagas em UTIs e leitos hospitalares, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio, dentre inúmeras outras, que estão muitas vezes em desarmonia com as políticas públicas instituídas pelo poder Executivo.

Neste diapasão, entende-se que as políticas públicas devem refletir o princípio republicano, que, segundo Paulo Marcio Cruz, objetiva “o interesse público, e esses interesses devem coincidir com o interesse da maioria”, lembrando que as “minorias devem ser respeitadas nos seus direitos, mas elas não podem impor os seus interesses”¹⁷⁸

A presente crítica à judicialização não tem por objetivo negar direitos amparados pela nossa Lei Maior, mas sim, apontar o melhor caminho a ser trilhado para a solução destes conflitos.

Nesta senda, foi possível perceber que o melhor caminho para que ocorra a (des)judicialização das demandas, é a implementação de uma democracia participativa, não através do Judiciário, mas através de conselhos municipais e de audiências públicas que possibilitem ao cidadão a participação na formulação e implementação de políticas públicas necessárias a comunidade como um todo.

¹⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 188.

¹⁷⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 76-77.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo analisar se as políticas públicas preventivas, englobadas nas cidades sustentáveis, iriam reduzir o elevado número das ações curativas promovidas pela judicialização da saúde.

Para alcançar tal propósito o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais foram analisadas as questões atinentes as tema proposto.

O primeiro capítulo parte da evolução dos direitos fundamentais, podendo-se desenvolver a concepção de que os direitos fundamentais são também direitos sociais e que os direitos sociais são direitos fundamentais do cidadão.

A identificação dos direitos sociais reconhecidos na Constituição de 1988 levou ao enfrentamento da questão específica do direito fundamental prestacional social à saúde e sua relação conflituosa em relação à sua efetividade. Transpareceu que, nos últimos anos, a Constituição brasileira deixou de ser apenas um documento político para constituir-se em um verdadeiro instrumento normativo. Passou a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse aspecto, os direitos sociais converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela específica, como é o caso do direito à saúde.

O direito prestacional à saúde e sua proteção constitucional mereceu análise pormenorizada, identificando-se as disposições que asseguram o exercício desse direito. Por fim, a proteção constitucional advinda da discutível elevação dos direitos sociais a cláusulas pétreas permitiu interessante análise nesse aspecto, já que a doutrina atual se debruça em debates acalorados acerca da aplicação imediata e da fundamentalidade desses direitos.

O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental deu origem a uma abundância de regras e decisões jurídicas que têm o desígnio de garantir esse importante direito, dando vida e conteúdo a uma parte específica da ciência jurídica, denominada de direito sanitário, direito este que está diretamente ligado promoção da saúde pública.

O direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que ambos são direitos fundamentais que

devem ser garantidos pelos Estados. O direito fundamental à vida reflete a indivisibilidade e a interrelação de todos os direitos humanos, expressando o direito de cada indivíduo e também o direito de todas as pessoas ou todos os povos.

O Estado conta com a lei a seu favor. Entretanto, não é simples obter a sua efetividade. O Estado deve administrar em função da lei, pondo sempre em primeiro lugar o interesse público, tendo respeito pelos interesses sanitários que devem delinear a seu limite na área da saúde pública. Em outras palavras, a lei passa a ser instrumento de concreção do Estado que, deve ser veículo para promoção de determinadas atividades ou ações pretendidas pela ordem jurídica ou adaptadas à ordem já estabelecida.

Outra problemática enfrentada diz respeito aos riscos transnacionais e transfronteiriços, uma vez que não é impossível saber a dimensão que os danos causarão ao meio ambiente e qual o número de pessoas afetadas.

O debate sobre a relevância do tratamento do risco ambiental tem sido cada vez mais periódico no panorama mundial justamente pelas incertezas produzidas pelas alterações climáticas e desastres que vêm se abatendo sobre a Terra. O aquecimento global, a aceleração da poluição do ar, solo e mares, a contaminação química e a escassez de recursos naturais têm sido chamados como percepções de riscos incontroláveis que progressivamente ameaçam a espécie humana. Muitos destes desastre tem ações diretas do homem, então neste contexto, entende-se extremamente necessário que não sejam mais permitidos investidas científicas que sejam decorrentes de processos do tipo experimento e erro, apresentando-se de extrema importância a observação dos princípios da prevenção e da precaução para assim o surgimento de danos que muitas vezes podem ser irreparáveis.

Deve-se estabelecer uma ponderação mais profunda sobre as formas pelas quais os riscos ambientais são estabelecidos e se manifestam na contemporaneidade a fim de se admitirem instrumentos de reinstitucionalização de certezas mínimas quanto ao destino ambiental do planeta.

O segundo capítulo teve como embasamento a prevenção da saúde através da sustentabilidade urbana e do saneamento ambiental. Neste ponto foi possível constatar uma das hipótese, na qual o saneamento básico apresenta-se de fato, como um vetor para a promoção da saúde. Medidas como

abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos, coleta da drenagem pluvial e coleta de lixo proporcionam um elevado índice, no que tange a diminuição de doenças e conseqüentemente, por promoverem a saúde, levam a uma redução nas ações curativas.

Para tanto, num primeiro momento, analisou-se as cidades e os desafios enfrentados quanto a sustentabilidade urbana. Foi possível perceber que as cidades contemporâneas são o resultado de um modelo de desenvolvimento econômico exaurido, baseado em uma sociedade de consumo egoísta e no lucro fácil, onde o seu desenvolvimento se deu sem o planejamento urbano necessário.

Hodiernamente, apresenta-se de extrema urgência que as cidades adotem um modelo de desenvolvimento sustentável, pois somente assim será possível garantir para as presentes e futuras gerações um meio ambiente sadio e equilibrado.

Para que isso aconteça é imprescindível que sejam adotadas medidas que venham a manter a cidade funcionando de maneira sustentável, como por exemplo, investimentos em infraestrutura, na busca por soluções adequadas para o saneamento básico, oferta de água potável, medidas que atentem para a diminuição da poluição do ar, pensar em alternativas que melhorem a mobilidade urbana, saúde, educação, dentre outras.

Num segundo momento, foi possível perceber que cidades sustentáveis atuam como um instrumento capaz de minimizar os impactos do crescimento desordenado, uma vez que visam a garantia da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana através de uma conscientização coletiva – família, escola e comunidade com o propósito de construir cidadãos, cujo conhecimento acerca do ambiente biofísico e seus problemas associados, possam alerta-los e habilita-los a resolverem seus problemas.

Muitos são os desafios que envolvem a sustentabilidade urbana e que afetam diretamente a saúde da população nas cidades, é justamente por isso, que medidas preventivas devem ser adotadas, tanto pela população que ali vive, quanto pela administração pública.

Hodiernamente, mais de 85% da população brasileira vivem nas cidades, então usar a sustentabilidade a favor da promoção da saúde dos que habitam

os centros urbanos é uma medida urgente, cabendo a população (re)pensar seus valores, mudar hábitos de consumo em nome da coletividade.

Nesse diapasão, para construir nossas cidades sustentáveis, far-se-á necessário que elas se tornem cidades educadoras e para que isso aconteça, é necessário investir e criar espaços educadores que estimulem a criatividade e a pluralidade social, ambiental, cultural e econômica para todos.

Outro ponto que merece ser destacado é em relação a preservação da água, um bem tão essencial quanto o ar que respiramos e que está cada vez mais escasso. Preservar e conservar a qualidade e a quantidade da água significa proteger o direito à saúde, direito à vida, proteger a existência digna do ser humano.

Mas, o que pode ser feito para melhorar esta crise de água do século XXI?

A resposta encontra amparo no pensamento de Anil Agarwal, ecologista indiano, onde ele declara que “não há escassez de água, sendo o remédio para a crise, acabar com a má gestão da água”. E de que modo pode-se acabar com a má gestão da água?

Respondendo de maneira objetiva: “com investimento na educação”, apresenta-se de suma importância investir na educação para a sustentabilidade, exercitando o “pensar globalmente e agir localmente”, envolvendo sociedade civil, governo e iniciativa privada na gestão participativa das cidades.

Novos paradigmas devem ser buscados para sustentabilidade urbana, e sustentabilidade é a palavra de ordem no mundo hoje, sustentabilidade é sinônimo de planejamento, boa gestão, consciência política, participação, economia responsável, compromisso com o valores humanos, cuidados com a natureza e com as pessoas, ações locais e visão global. Neste ponto foi possível confirmar outra hipótese. Constatou-se que, para que as cidades voltem a crescer para dentro é fundamental que exista uma governança local que viabilize políticas sustentáveis para a cidade, pautada na educação dos cidadãos, pois como muito bem elucidou o educador Paulo Freire “A educação não transforma o mundo. Educação muda pessoas. Pessoas transformam o mundo”.¹⁷⁹ Necessita-se de uma educação transformadora que contribua para tornar

¹⁷⁹ FREIRE, Paulo, **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p.99.

realidade as mudanças essenciais para superar os desafios da sustentabilidade urbana.

As cidades devem expandir-se, mas expandir sem o esgotamento de recursos, reciclar o território é mais inteligente que substituí-lo. Reestruturá-lo produtivamente é possível e desejável no planejamento das cidades.

Deste modo, a preocupação com o desenvolvimento sustentável reflete a importância de se (re)pensar a formação dos espaços urbanos, a necessidade de atuação conjunta entre o público e o privado que deve ser incentivada com vista à promoção das cidades, de cidades que lidam com a urbanização de forma ambiental, social e economicamente sustentável.

O terceiro capítulo inicialmente abordou a cura através das políticas públicas preventivas e da participação popular, onde foram tratadas questões pertinentes à democracia participativa voltadas para a saúde e ao final fez-se uma crítica quanto à judicialização excessiva destas demandas.

No primeiro momento foi abordado a questão da Participação Popular como sendo instrumento para a construção da democracia participativa nas cidades. Neste ponto buscou-se apresentar o Poder Local a partir de uma perspectiva democrática, como sendo um novo paradigma de exercício do poder político, rompendo as fronteiras burocráticas que afastam o Estado do cidadão e restaurando o controle do cidadão no seu Município. O cidadão deixa de ser mero objeto da ação normativa da administração, para ser um ator importante no planejamento e desenvolvimento da cidade.

Neste ponto foi possível constatar que, a participação popular apresenta-se como um instrumento de cidadania, uma vez que visa a formulação de diretrizes para a atuação do poder público, bem como o papel de fiscalização dos serviços públicos prestados pelo Estado, visando também, à maior eficiência e a consolidação dos objetivos afirmados no Estado Democrático de Direito, que conforme muito bem destacou Janaína Rigo Santin, não basta dizer-se democrático, é preciso fazer-se democrático.

Já no que tange a democracia voltada para a saúde, foi possível constatar que é primordial que o Poder Executivo crie mecanismos para a promoção de Políticas Públicas, e que estas propiciem à população local, as entidades e a sociedade civil, os mais diversos espaços para o debate das questões que demandam determinados temas e suas necessidades coletivas.

A participação popular mostrou-se muito positiva, pois possibilitou com que a população pudesse deliberar sobre os melhores projetos para a sua comunidade, levando em consideração a realidade local e o orçamento disponível para investimento. Grande parte destes projetos são voltados à promoção da saúde, através de investimento em saneamento básico, coleta de lixo, criação de espaços para a prática de exercícios, espaços para rodas de conversa sobre saúde, etc. Todos estes fatores levam a promoção e prevenção da saúde pública que conseqüentemente levam a uma considerável redução das ações curativas da saúde, sendo que as ações curativas demandam um investimento 4 vezes maior do que o investimento em saúde preventiva.

Com notória relevância essa nova forma de se (re)pensar o espaço da cidade, baseado em mecanismos de cooperação e gestão democrática da cidade, implicará em uma série de transformações nos padrões de relações humanas e dos recursos naturais, as pessoas se tornam o centro das preocupações, e as ações públicas guiar-se-ão para a garantia do direito a sadia qualidade de vida para todos.

Atualmente, o Poder Judiciário vem apresentando cada vez mais um papel de destaque diante dos demais poderes e na vida das pessoas. A efetivação dos direitos fundamentais sociais parece que está atrelada a temática da judicialização do direito. Este ponto abordou questões pertinentes a judicialização do direito fundamental a saúde, que vem sendo uma constante preocupação dos gestores do Sistema Único de Saúde e dos operadores do direito, especialmente nos critérios que pautam as decisões que discutem essa temática.

Através de uma análise sobre a evolução das decisões dos tribunais superiores, constou-se que os primeiros julgados foram assinalados pelo entendimento do STJ e do STF que inviabilizava a reclamação judicial do direito à saúde, apresentando como principal fundamento, a questão das políticas públicas estarem submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. A segunda fase mostrou totalmente permissiva, onde basicamente todas as demandas pleiteadas eram concedidas, sob a égide da proteção da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, a jurisprudência que prevalece no STF e no STJ leva em consideração as avaliações em relação as políticas públicas sanitárias já

estabelecidas pelo Brasil, e a concessão das tutelas jurisdicionais especiais para circunstâncias atípicas e graves, ponderando no caso concreto o direito do cidadão de ter providas as suas necessidades sanitárias bem como os critérios da Administração pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde.

E, finalmente foi tecida uma crítica a judicialização da saúde. Neste ponto foi possível verificar a terceira hipótese. Constatou-se que, atualmente, as ações curativas acabaram sendo privilegiadas em detrimento das ações preventivas da saúde, o que se apresenta como um ponto expressivamente negativo, pois, as ações preventivas, como por exemplo o saneamento básico, são mais resolutivas e menos onerosas,

Como foi possível perceber ao longo do trabalho, o saneamento básico está diretamente relacionado com a saúde. Os números excessivos da judicialização da saúde estão diretamente ligados ao pequeno investimento em políticas públicas preventivas. Para tanto, deve haver uma prospectiva da prevenção em detrimento da judicialização, pois, esta, além de não resolver o problema, acabou por torna-lo ainda mais caótico.

Este quadro preocupante demonstrou a necessidade de uma gestão cuidadosa do tema, inclusive como estratégia de prevenção de litígios desnecessários, ou seja, a busca pela (des)judicialização das demandas.

Uma das principais críticas à judicialização da saúde é levantada em relação a limitação orçamentaria. O orçamento é o caminho pelo qual se permite realizar políticas públicas. Entretanto, quando o judiciário é provocado, acaba muitas vezes, destinando verbas altíssimas para o atendimento de uma pessoa, conseqüentemente isso irá refletir na saúde pública coletiva, principalmente da população mais pobre, que vive em situação de vulnerabilidade.

O acesso elitizado ao Poder Judiciário é outro ponto negativo da judicialização, pois os que tem acesso ao Judiciário são geralmente os cidadão com formação educacional e com poder aquisitivo, o que leva ao entendimento de que, se este paciente pode arcar com as custos desta representação, poderia, em princípio adquirir os medicamentos solicitados.

Outro aspecto negativo da judicialização é em relação a falta de legitimidade democrática, uma vez que a sua investidura não é proveniente da vontade popular, além de ferir o princípio do Estado democrático de direito, que

é o princípio da separação dos poderes, e sem separação dos poderes não há o que se falar em democracia.

Entende-se que todos os processos de escolhas estão sujeitos a consequências injustas, portanto, deve-se priorizar o democrático, pois assim garante-se que o povo só se sujeite aos seus próprios erros.

Constatou-se que a falta de conhecimento técnico do Poder Judiciário na promoção de políticas públicas não deve ser negligenciada no trato da questão, mas, sobretudo, considerada como limite à proteção judicial dos direitos sociais.

A guisa de conclusão, pode-se afirmar que as cidades sustentáveis, alicerçadas por uma democracia participativa, onde o cidadão, que é o principal interessado, beneficiário e/ou prejudicado, tenha voz na elaboração das políticas públicas, pois ninguém melhor do que aquele que vivencia as dificuldades da sua localidade para dizer quais são as medidas mais urgentes a serem sanadas.

A elaboração destas políticas, portanto, devem ser pautadas na realidade local de cada cidade, e conforme os recursos públicos disponível. De nada adianta elaborar políticas públicas, que possivelmente venham a satisfazer as necessidades do cidadão se estas não observarem a limitação orçamentaria do Estado. O legislador quando elabora as leis visa garantir um determinado direito ao cidadão, entretanto de nada adianta se não forem levadas em consideração as limitações do Estado em presta-las.

Quando o Estado não garante o que está previsto na lei, o cidadão recorre ao judiciário buscando a efetivação do seu direito. O Poder judiciário decide muitas vezes movido tão somente pela emoção, e sem conhecimento técnico necessário acaba condenando o Estado a efetivar o que pretende o cidadão.

Nesta senda, pode-se perceber que a judicialização da saúde além de não amenizar problema, acabou por transforma-lo num problema ainda mais caótico, pois quando o Estado é condenado a fornecer um medicamento, um tratamento no exterior, uma cirurgia, etc., em favor de uma pessoa, ele utilizará os recursos disponíveis para a saúde, que seriam empregados em favor da sua promoção e prevenção que beneficiaria a toda a comunidade.

Quando o Estado investe na saúde preventiva, através de políticas públicas voltadas para a preservação do meio ambiente e para a saúde, como por exemplo o saneamento básico, ele está diretamente contribuindo para a redução das ações curativas, pois como demonstrado no transcorrer do trabalho

até 85% das doenças que acometem principalmente a população mais pobre, são decorrentes da má qualidade da água e pela falta de esgotamento sanitário adequado.

Não precisamos de cidades maiores, precisamos de cidades melhores que tenham um olhar atento para o desenvolvimento sustentável e para políticas públicas que expressem as reais necessidades do cidadão.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACSELRAD, Henri. **Discurso da sustentabilidade urbana**. Estudos Urbanos e Regionais, n.1, maio, 1999, p. 79-90. Disponível em:

<<http://hilaineyaccoub.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Henri-Acselrad-Sustentabilidade-Urbana.pdf>>. Acesso em: 18 de out. de 2016.

AGRA, Walber de Moura. Direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs). **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALLAIS, Catherine. **O estado do planeta em alguns números**, in Barrère Martine (org.), Terra, patrimônio comum, apud Paulo de Bessa Antunes. Direito Ambiental, 1996.

As jornadas de participação em Angers. Disponível em:

<<http://www.cidadessustentaveis.org.br/boas-praticas/jornadas-de-participacao-em-angers>>. Acesso em: 01 de nov. 2016.

BAIERLE, Sergio Gregório. A explosão de experiência: emergência de um novo princípio ético-político nos movimentos populares urbanos em Porto Alegre. In: ALVAREZ, Saonia; DAGNINO, Evelina el. al. (Org.). **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**: novas leituras. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 187-217.

BARROS, Wellington Pacheco. **A água na visão do Direito**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, **Democracia e Supremacia Judicial**. In: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16, p. 3/42.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio2007. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 19 de set. de 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. s/d.b. Disponível em:

<www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo/Barroso>. Acesso em: 02 jan. 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2003, p. 13.

BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico – M^a Paula Dallari Bucci. SP: Saraiva, 2006,

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **As batalhas da água**: por um bem comum da humanidade. Petrópolis: Vozes, 2004.

BOUSKELA, Mauricio; CASSEB, Márcia; BASSI, Sílvia; DE LUCA, Cristina; FACCHINA, Marcelo. **Caminho para as Smart Cities**: da gestão tradicional para a cidade inteligente. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf?sequence=2>>. Acesso em 20 de out. de 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012,

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1987.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006,

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra. Coimbra. 2001.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita B. **Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*. Application. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>>. Acesso em: 16 e janeiro de 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá, 2004,

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali Editora, 2011,

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi . **Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública**, In políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 247-278.

DERRIDA, Jacques. Force de loi. Le “fondement mystique de l’*autorité*”. In: **Cardozo Law Review**, v. 11, ns. 5-6, jul./ago. 1990.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. v. 1, 15. ed., São Paulo: Globo, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madri: Trotta. 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

FERREIRA, Leila Costa. Cidades, Sustentabilidade e Riscos. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**. Curitiba, n.9, p.23-31, 2004.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39-40.

FREIRE, Paulo, **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GALBRAITH, John Kenneth. **The good society**. New York: Houghton Mifflin, 1996.

GARCÍA, Anizia. **El derecho humano al agua**. Madrid: Editora Trotta, 2008.

GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: Notas a partir da visão integral do conceito segundo de Gregório Peces-Barba**. In:

VALLE, Juliano Keller do. MARCELINO JR., Júlio Cesar (org.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008,

GENRO, Tarso. **Orçamento participativo: experiência de Porto Alegre**. São Paulo: Perseu Abramo, 1997.

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005.

GUERRA, Sidney. **A crise ambiental na sociedade de risco**. Lex Humana, Petrópolis, vol. 1, nº 2, 2009, p. p. 177-215.

HABERMAS, Jurgen. **Entre o naturalismo e a religião**. Estudos filosóficos. Tradução. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Right: Why Liberty Depends on Taxes**. New York-London: W.W. Norton & Company, 1999.

Instituto Oswaldo Cruz (IOC). Dengue vírus e vetor - **O mosquito Aedes aegypti faz parte da história e vem se espalhando pelo mundo desde o período das colonizações**. Disponível em: <<http://www.ioc.fiocruz.br/dengue/textos/longatraje.html>>. Acesso em: 07 de outubro de 2016.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/novo_site/?id=16017>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

LE MONDE. Atlas do Meio Ambiente. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Curitiba: Instituto Pólis, Posigraf Gráfica e Editora S/A, 2011.

LEAHY, Stephen. Novos estudos expõem danos do glifosato. **Terramérica**. Disponível em: <<http://www.tierramerica.info/nota.php?lang=port&idnews=250>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. **Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ**. Salvador: JusPodivm, 2011.

LIMBERGER, Têmis. **Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente in** Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. STRECK, Lênio Luiz, MORAIS, José Luis Bolzan de. (org.) Anuário 2008 n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53-70.

LOCK, Fernando do Nascimento. **Participação popular no controle da administração pública**: um estudo exploratório. Revista Eletrônica de Contabilidade. Vol. I, n. 1, Set.-Nov./2004.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **A Teoria Econômica e a Discriminação Compensatória em Ronald Dworkin**. Recensões, Brasília, v. 7, n.76, dez/2005- jan/2006. p 158. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/Recensoes/CarlaPatricia.htm> . Acesso em: 18 de jan. de 2016.

MACHADO, Teresa Robichez. **Judicialização da saúde e contribuições da teoria da justiça de Norman Daniels**. In: Revista de direito Sanitário. São Paulo v.16, n.2, jul/out. 2015, p. 66.

MARICATO, Emília. Brasil, **idades: alternativas para a crise urbana**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. “O protagonismo do Pretório Excelso”, in: George Salomão Leite e Ingo Sarlet, **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**, Salvador: Ed. Juspodium, 2ª série, 2012.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação**. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado constitucional solidarista: Estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional 1**. Saraiva: 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **General Assembly AG10967**. Disponível em:

<<http://www.un.org/News/Press/docs/2010/ga10967.doc.htm>>. Acesso em: 16 de ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA – UNESCO. **Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável 2005-2014**. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/imagens/0013/001399/139937por.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 324-5.

PARK, Robert. **On Social Control and Collective Behavior**. Chicago, Chicago University Press, 1967.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, João. **Sustentabilidade: Diferentes perspectivas, um objetivo comum**. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/egg/v14n1/v14n1a08.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

PILATI, José Isaac. **Conceito e classificação da propriedade na pós-modernidade: a era das propriedades especiais**. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis, v. 30, nº 59, dez. 2009, p. 89-119. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p89/13591>>. Acesso em: 01 de dez. 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Comunicação e direito à saúde**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2016.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito a Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF. 2003.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE (PNUMA). **Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication**, 2011a. Disponível em: <www.unep.org/greeneconomy>. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REIS, Vilma. **Nota técnica sobre microcefalia e doenças vetoriais relacionadas ao Aedes aegypti**: ao perigos das abordagens com larvicidas e nebulizações químicas – fumacê. ABRASCO, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/institucional/nota-tecnica-sobre-microcefalia-e-doencas-vetoriais-relacionadas-ao-aedes-aegypti>>

os-perigos-das-abordagens-com-larvicidas-e-nebulizacoes-quimicas-fumace/15929/>. Acesso 10 de janeiro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 21ª Câmara Cível. Des. Genaro Baroni Borges. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113439635/apelacao-civel-ac-70043549922-rs/inteiro-teor-113439638>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

RIBOLI, César. **A efetividade dos direitos prestacionais sociais e os limites do Estado: a busca da superação dos conflitos de acesso à saúde.** Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Santo Ângelo, 2012.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. Direito da saúde. **Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Editora LTr, 1999.

SALLES, Helena da Motta. **Gestão democrática e participativa.** Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2010.

SANTIN, Janaína Rigo. **Princípio da Participação no Código de Procedimento Administrativo português: inativações do Decreto-lei n. 4/2015.** Rev. direito GV [online]. 2016, vol.12, n.3, pp.846-868. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300846&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

SANTOS, Marcelo. **O conflito colombiano e o Plano Colômbia.** SENHORAS, Eloi Martins; CAMARGO, Julia Faria. (Org). Boa Vista: Editora da UFRR, 2011.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço e tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional.** 5ª ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional,** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos com o Constitucionalismo: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública.** Porto Alegre: L&PM. 1987.

SEN, 2000. p. 19. Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras.

SILVA, Jesiel Souza; MARIANO, Zilda de Fátima; SCOPEL, Iraci. **A dengue no Brasil e as políticas de combate ao *Aedes aegypti*: da tentativa da erradicação às políticas de controle.** HYGÉIA, Revista Brasileira de Geografia Médica e de Saúde. 3(6): pp. 163-175, junho de 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/viewFile/16906/9317>>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMM, Zeno. **Os direitos fundamentais e a seguridade social.** São Paulo: LTr, 2005.

SOARES, Guido. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades.** São Paulo: Atlas, 2001.

_____. O direito internacional sanitário e seus temas: apresentação de sua incomoda vizinhança. **Revista do Direito Sanitário**, São Paulo: LTr, n. 1, p. 51, 2000.

TESSLER, Marga Inge Barth. **A vigilância sanitária e os princípios da precaução e da prevenção.** IV Encontro Internacional dos Profissionais em Vigilância Sanitária – ABPVS, em 01 out. 2004, em Foz do Iguaçu/PR.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUNDISI, José Galizia. **Recursos hídricos no futuro: problemas e soluções.** Revista Estudos Avançados, 22 (63), 2008.

VANDERPLAAT, Medine. “Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública.” In: **Saúde e Direitos Humanos.** Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf. Acesso em 17 de jul. de 2016.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Saúde Pública e Improbidade Administrativa.** In: BRASIL. **Direito sanitário e saúde pública.** v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

VORMITTAG, Evangelina. Um novo olhar para os novos tempos. **Revista Ideia sustentável.** Outubro de 2014. Disponível em: http://www.saudeesustentabilidade.org.br/site/wp-content/uploads/2014/10/IS37-Especial-Artigo-3_Evangelina.pdf. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política no Brasil,** In WERNECK VIANNA, Luiz et al., **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 47–70

APÊNDICE 1

Região verde afetada pela radiação



Fonte: <https://zonaderisco.blogspot.com.br/2007/12/chernobyl.html>
Zona de Risco: Acidentes, Desastres, Riscos, Ciência e Tecnologia.

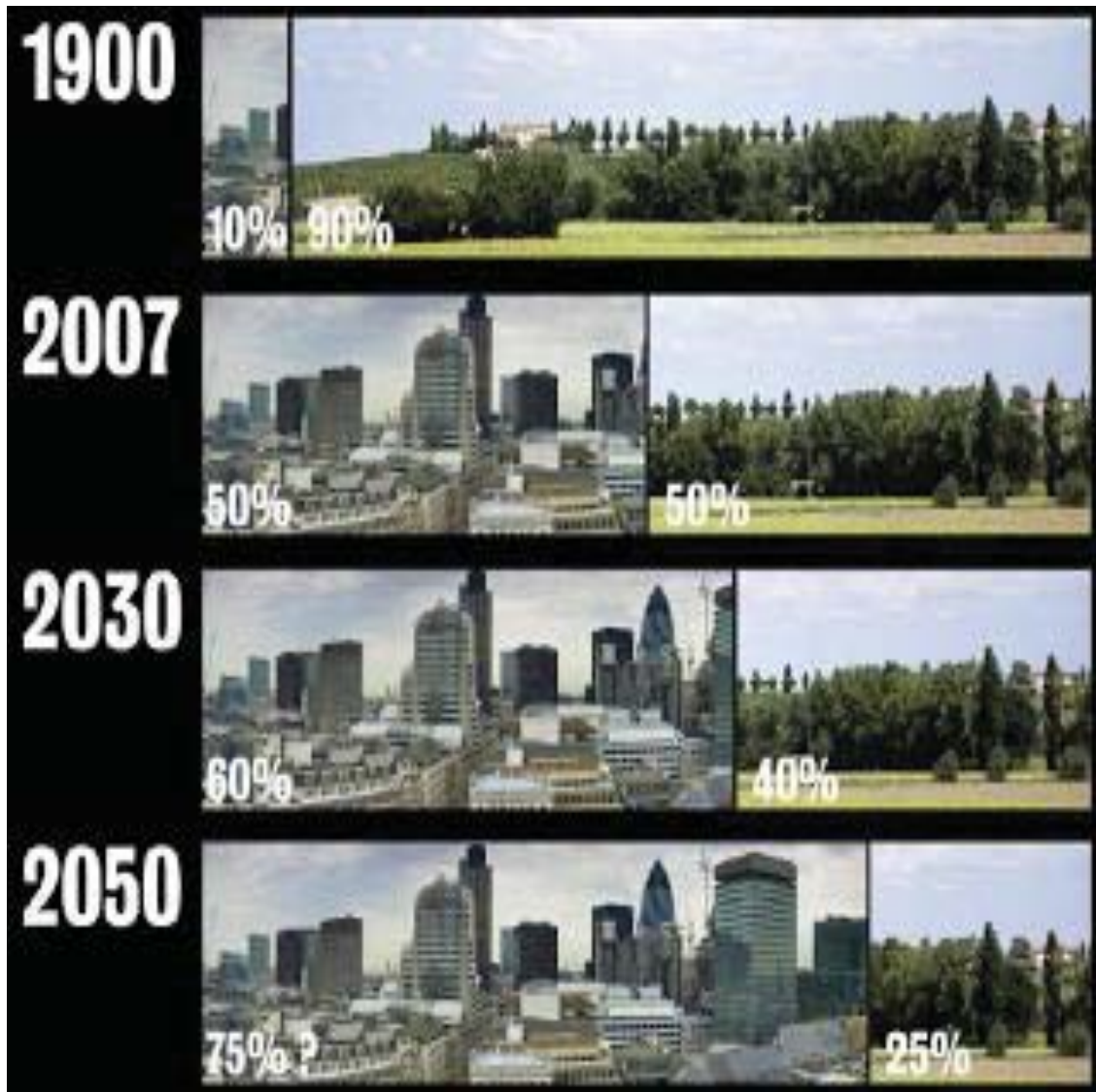
APÊNDICE 2



Fonte: colombiadrogas.wordpress. Acesso em 16 de janeiro de 2017.

APÊNDICE 3

Desenvolvimento das cidades até o ano de 2050



APÊNDICE 4



Fonte: Revista Visões 4ª Edição, Nº4, Volume 1 - Jan/Jun 2008.

APÊNDICE 5

O equipamento se abre com o volume da água da chuva e se fecha automaticamente quando a chuva cessa.



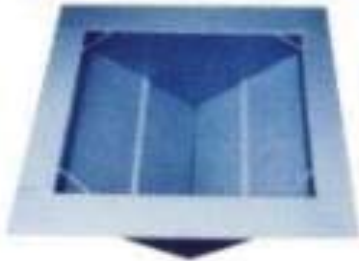
Visto de cima com grade



Visto de baixo aberto



Visto de cima fechado



Visto de cima aberto



APÊNDICE 6

Fumacê



Fonte: Disponível em:< <http://radiopiratininga.com.br/prefeitura-disponibiliza-quatro-carros-fumaces-para-conter-o-avanco-do-mosquito-da-dengue/>>.

APÊNDICE 7

Bicicletas do programa “Passo Fundo vai de bike”



Fonte: Diário RS. Disponível em: <http://www.diariors.com.br/site/cidades/passo-fundo/15785-passo-fundo-primeiro-dia-do-programa-bicicletas-compartilhadas-tem-grande-procura.html>