

O CONSTITUCIONALISMO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO DO DIREITO À SAÚDE BRASILEIRO

Rozana Paula da Silva França Almeida¹

RESUMO: Esta pesquisa analisou o surgimento do constitucionalismo e seu desenvolvimento na civilização. A mudança de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Social de Direito que originaria o neoconstitucionalismo e o fortalecimento das Constituições. Este estudo também trata do direito à saúde e a razoável duração do processo para sua concretização, amparada nos tratados internacionais, e como a Convenção Americana de Direitos Humanos contribuiu para o progresso do direito fundamental a saúde, estimulando o seu fornecimento em uma duração razoável e almejando a promoção de uma justiça social.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Direito à saúde. Convenção Americana de Direitos Humanos. Duração razoável do processo.

ABSTRACT: This research analyzed the emergence of constitutionalism and its development in civilization. The change from a Legislative State of Law to a Social State of Law that would give rise to neoconstitutionalism and the strengthening of Constitutions. This study also deals with the right to health and the reasonable duration of the process for its realization, supported by international treaties, and how the American Convention on Human Rights contributed to the progress of the fundamental right to health, stimulating its provision within a reasonable and aiming to promote social justice.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Right to health. American Convention on Human Rights. Reasonable duration of the process.

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo se desenvolve com a finalidade de limitar o poder absoluto do governante e proporcionar o fortalecimento da soberania da lei. Desde a Antiguidade clássica, o constitucionalismo se fazia presente e através da Lei do Senhor eram impostos controles sobre o poder político, mediante os limites estabelecidos pela bíblia. Trata-se da primeira experiência constitucionalista. A ideia de constitucionalismo interliga-se diretamente a de Constituição, pois a finalidade daquele é lutar contra as arbitrariedades dos governos tirânicos. Em meados do século XX surge um novo movimento que é denominado de neoconstitucionalismo onde sua

¹ Mestranda em Legal Sciences pela Veni Creator Christian Universtiy (EUA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus.

preocupação primordial é estabelecer uma supremacia axiológica e material da Constituição, buscando a formação de um novo Estado Constitucional de Direito. O fortalecimento das Constituições da modernidade propiciou o surgimento de tratados internacionais que se preocupavam com os direitos humanos e o desenvolvimento de uma justiça social, como direito à saúde, dentre os tratados mencionados se encontra o *Pacto de San José da Costa Rica* que é o objeto deste trabalho.

Antigamente, a lei e o princípio da legalidade eram peças norteadoras do ordenamento jurídico, as normas não se faziam necessárias serem justas, mas apenas que houvesse sido proferida por uma autoridade dotada de competência para tal ato, era o denominado Estado Legislativo de Direito. Um Estado Constitucional de Direito que privilegiasse as normas de cunho constitucional e promovesse uma proteção dos direitos e garantias fundamentais, valorizando a justiça social era imprescindível.

Após as duas grandes guerras mundiais, as grandes potências chegaram a conclusão que se fazia necessário a criação de um órgão que fosse responsável pela cooperação internacional entres os países e, dessa forma, no ano de 1945, se criou a Organização das Nações Unidas (ONU) a qual tem como atribuições promover a cooperação internacional para resolução de conflitos de caráter econômico, social, cultural e humanitários de cunho internacional; além de resguardar os direitos humanos e fundamentais. Essa importante organização foi de suma importância para surgimento de tratados que visavam proteger e garantir os direitos humanos. E foi assim que surgiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, ratificado pelo Brasil no ano de 1992 e que prima pelo direito à vida e uma justiça social, preservando os direitos humanos fundamentais.

A problemática desse estudo é se a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*) proporcionou o desenvolvimento de uma razoável duração do processo no direito à saúde brasileiro e sua influência no progresso desses direitos fundamentais, favorecendo a concretização de uma justiça social.

A pesquisa metodológica utilizada neste trabalho foi a abordagem qualitativa, buscando compreender os fatos mediante estudos de materiais e análise das particularidades de cada um deles mediante caráter exploratório e formulações sobre o tema do direito à saúde e sua incidência na duração razoável do processo com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos. As fontes utilizadas na pesquisa foram a técnica bibliográfica e análise de materiais como artigos científicos, livros, periódicos, jurisprudência.

Diante do exposto, esse trabalho visa contribuir com as pesquisas já existentes sobre o tema, apresentando novas perspectivas sobre a matéria discutida e objetivando uma contribuição acadêmica.

1. Constitucionalismo

1.1 Conceito e origem

O Constitucionalismo advém de uma evolução gradual que remota a Idade antiga até a atualidade e trata-se de um movimento político – social revestido de caráter jurídico. Social, pois se origina de um clamor do povo o qual busca limitar o poder absoluto do governante. É, jurídico em virtude de pretender uma regulação do exercício do poder político por meio de um instituto jurídico dentro de um ordenamento, a Constituição. A essência do constitucionalismo é limitar o poder e enaltecer a soberania da lei.

Nos primórdios a força bruta predominava, era cada um por si. Posteriormente, em uma sociedade primitiva, as organizações familiares surgiram e a religião se fez expressivamente presente, os líderes religiosos tornaram-se chefes absolutos. O início do constitucionalismo remete à Antiguidade Clássica De acordo com *Karl Lowenstein*², à época dos Hebreus, os quais almejavam através manifestações constitucionais uma comunidade política que limitasse o poder absoluto. Esses viviam em um estado teocrático, porém através da Lei do Senhor foram impostos controles ao poder político e aos profetas cabiam a função de punir as condutas dos governantes que excedessem os limites impostos pela Bíblia. É a primeira experiência constitucionalista que se tem conhecimento.

A concepção de constitucionalismo está ligada diretamente a Constituição, pois aquela pretende concretizar um movimento que busca a liberdade humana e meios que possam limitar o exercício arbitrário do poder, contrapondo-se a governos tirânicos em qualquer período e lugar. É importante ressaltar que as propostas de constitucionalismo não estavam inicialmente ligadas a Constituições escritas até porquê o surgimento dessas não se identificam com a origem do mesmo. Onde há uma sociedade politicamente organizada existe uma Constituição, pois se fixou normas e fundamentos de sua estrutura e organização. Inspirado em ideias libertárias, o constitucionalismo se amparou em movimentos políticos e filosóficos, buscando as limitações ao exercício do poder pelos governantes e governados mesmo não havendo Constituição escrita.

²Lowenstein apud Bastos p. 149. **Curso de Direito Constitucional**. Bastos Editor. São paulo, 2002.

As constituições escritas decorrem do Século XVIII, enquanto o constitucionalismo advém desde a antiguidade.

Manoel Ferreira Filho³ preconiza que:

Nas Américas, em face das imposições coloniais impôs a adoção de constituições escritas, nas quais rompendo a organização histórica, a vontade de dos libertadores pudesse fixar as regras básicas da existência independente. Quer dizer, o constitucionalismo na América se identifica com o europeu, exceto pela peculiaridade de que, na América, a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava, sobretudo, no rompimento dos costumes”.

Vale ressaltar que o denominado Estado Absolutista fundamentava-se em uma Constituição na qual preceituava obediência irrestrita ao soberano. Dessa forma, o constitucionalismo não almejava promover novas constituições aos Estados que já possuíam, ao menos em sentido material, mas sim instituir novos preceitos que possibilitassem a proteção aos direitos fundamentais e promovessem a separação dos poderes.

1.2 Evolução histórica

Um importante movimento político e filosófico, o constitucionalismo representou e se manifestou por diversas épocas. Para *Canotilho*⁴ não há um constitucionalismo e sim vários (constitucionalismo francês, constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano). Sendo assim, seria melhor denominar de movimentos constitucionais, pois permite uma ideia mais clara de constitucionalismo. Dirley da Cunha Júnior⁵ divide esses movimentos em: constitucionalismo antigo, medieval, moderno e contemporâneo.

1.2.1 Constitucionalismo antigo

No decorrer do Século VIII a.C., se originou a *pólis* que significa Cidades – Estado. Essas cidades possuíam independência, instituições políticas e militares próprias, sendo autossuficientes e limitadas territorialmente. A *pólis* abrangia os cidadãos que habitavam a cidade e por meio de um processo de debate e discussões, as decisões políticas eram tomadas e os cidadãos participavam do governo. Com as Cidades – Estados, uma nova relação entre os homens e a modalidade de exercício de poder se fez presente.

As Cidades - Estado gregas, no Século V, representaram o primeiro caso de democracia direta, o que foi considerado uma limitação ao exercício do poder político e essa fase do

³Ferreira Filho apud Cunha Júnior. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Editora JUSPODWIM. Bahia, 2014. p. 33.

⁴Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 51, 7ª ed. Editora, Almedina.

⁵Júnior, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Editora JUSPODWIM. Bahia, 2014. p 30.

constitucionalismo é denominada pela doutrina como constitucionalismo antigo. Era a primeira vez na história que o povo governava a si mesmo através de uma cidadania ativa, limitando o poder político dos governantes pelas leis e pela participação mais atuante dos cidadãos. As comunidades gregas que eram predominantemente agrárias dividiram-se em um governo exercido pelo chefe guerreiro ou compartilhado entre as famílias nobres.

Fábio Comparato⁶ afirma que:

Na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social. Soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental”.

No Império Romano, também ocorreu um aprimoramento das ideias constitucionalistas, principalmente em razão de ser instituído um sistema de freios e contrapesos o qual objetivava dividir e limitar o poder político. Com a instalação da república romana passou a incidir sobre o poder político limitações, não como ocorria na soberania popular da democracia ateniense, pois este sistema não foi adotado, mas mediante participação política dos cidadãos as quais se davam principalmente através das *comitia* (assembleias) onde a divisão dos cidadãos era em: assembleias por centúrias, assembleias por tribos e concílios da plebe.

O cuidado com a saúde era exercido através dos curandeiros e sacerdotes e mediante superstições, a saúde era tida como uma dádiva e a doença um castigo dos deuses.

1.2.2 Constitucionalismo Medieval

Durante a Idade Média, o constitucionalismo se fez presente através do anseio das liberdades individuais, não se restringindo apenas a impor limites ao poder soberano, era a pretensão de valores constitucionais oponíveis ao Estado para satisfação dos direitos individuais. O poder do Estado restringia-se aos feudos e a ideia de Constituição era constantemente ameaçada em razão da beligerância do período, a documentação que existia regulava os direitos e deveres. A Inglaterra possui papel fundamental no desenvolvimento constitucional, muito embora sua tradição consuetudinária. No entanto, o processo constitucional inglês surgiu de um sistema lento e gradativo de estruturação constitucional que desencadeou uma monarquia.

Apesar do sistema feudal existente, o vínculo entre suseranos e vassalos e a rígida separação de classes sociais, o constitucionalismo obteve importantes ganhos durante o período

⁶Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Editora Saraiva, 3ª ed. São Paulo, 2003. p 10.

medieval com a limitação do poder absoluto do rei e em especial com o advento na Inglaterra em 15 de junho de 1215 da *Magna Charta Libertatum* (Carta Magna) outorgada pelo Rei João, filho de Henrique II, que posteriormente seria conhecido como João Sem Terra. Essa declaração era um pacto entre o Rei João da Inglaterra, o clero e a nobreza, o qual buscava limitar o poder absolutista do rei e apesar de ter garantido benefícios apenas aos senhores feudais é visto como um marco para o exercício da liberdade e do direito de propriedade. Através da Carta Magna institui-se uma construção para a democracia moderna, pois o poder soberano não estava mais limitado somente pela religião e costumes. Como dispõe Comparato⁷, através da Carta Magna de 1215, o rei pela primeira vez estava vinculado as leis que edita e a Carta foi elaborada de acordo com as necessidades do seu tempo, abrindo precedentes para as Constituições que viriam e desde o seu surgimento ocorreu uma redução dos poderes da monarquia.

O desenvolvimento da saúde na Idade Média originou os primeiros hospitais, porém eram destinados principalmente à caridade do que a cura das doenças. Também surgiram as universidades, sendo responsáveis pela institucionalização das profissões na área da saúde.

1.2.3 Constitucionalismo Moderno

A formação do sistema inglês se deu forma lenta e sem abrupções, proporcionado uma organização de um Estado misto no qual se fazia presente na história constitucional o rei, o Parlamento e os juízes, caracterizando o *common law*. A restrição ao poder monárquico se deu através de um governo no qual o rei, a Câmara dos Lordes e Câmaras do Comuns dividiam o poder, seria o primeiro sistema constitucional a perfilhar o parlamentarismo e demonstrar que o parlamento representava a vontade do povo. Tal divisão retomada serviu de subsídio para Montesquieu elaborar o modelo de *checks and balances*.

O direito constitucional inglês estabeleceu, na sua época, um modelo político – jurídico que não objetivava extinguir o antigo sistema de governo e criar um novo, mas sim pretendia preservá-lo e ajustar-se às novas disposições de justiça. Em contraposição se pode mencionar a França, onde o que realmente se buscava era o fim do regime existente e a elaboração de uma nova forma de poder. Em razão do processo descrito, a Monarquia absoluta transformou-se em Monarquia constitucional.

A partir do Século XVII, importantes documentos constitucionais escritos surgem (*Petition of Rights*, de 1628, o qual protegia direitos individuais contra ações específicas do Estado;

⁷Op. Cit. 5.

Habea Corpus Act, de 1679, tratava das prisões ilegais; *Bill of Rights* de 1689, dispunha sobre limitações do poder estatal, fortalecendo o parlamento...), acompanhado o desenvolvimento constitucionalista que surgia, demonstrando que o constitucionalismo estava seguindo rumo a modernidade. Com o advento do iluminismo, o constitucionalismo adquire ainda mais força com pensadores como *Jhon Locke*, *Montesquie*, *Rossue* e *Kant* os quais eram opositores do regime absolutista e propiciaram o surgimento das revoluções liberais.

Foi a partir do Congresso da Filadélfia realizado no ano de 1776 que as treze Colônias Americanas tiveram seu vínculo de dependência com a Inglaterra extinto e os Estados Federados propuseram a criação de suas próprias Constituições, inspiradas em ideais iluministas os quais defendiam os direitos individuais. O constitucionalismo moderno atingiu o seu auge com as Constituições escritas Americana (1787) e Francesa (1791) e duas características fundamentais se faziam presentes nessas constituições, a organização do Estado e a limitação do seu poder através de um documento escrito que possibilitava a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O sistema constitucional francês adveio de um processo revolucionário, não ocorrendo um desenvolvimento das estruturas jurídicas como se deu no inglês. A revolução francesa deflagrada em 1789 rompeu com o sistema feudal existente e surgiu um Estado burguês com diferentes formas de organização política, opondo-se fortemente as classes privilegiadas no *Ancie Régime* (Antigo Regime). Os valores de igualdade, liberdade e fraternidade eram os ideais almejados na elaboração da Carta Constitucional Francesa. A primeira Constituição formal do continente europeu foi a Francesa (1791) a qual teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e influenciou as demais constituições europeias e a dos outros continentes.

A concepção de Constituição no constitucionalismo moderno baseava-se na força normativa e em um poder supremo, sendo hierarquicamente superior as demais normas na qual a sua alteração só poderia se dar através de procedimentos solenes e o desrespeito a essa norma superior ensejaria um controle de constitucionalidade. A limitação do poder dos governantes através de um texto constitucional onde houvesse normas jurídicas que estabelecessem a organização, controle, separação e os limites do poder público era de suma importância e uma das principais exigências para concretude do constitucionalismo era a divisão de poder, o que gerava por consequência sua limitação e controle.

A oposição ao poder absoluto que se fez presente nas primeiras formas de Estado, a separação efetiva e bem delimitada de poderes, a concretização dos direitos fundamentais foram os anseios perseguidos pelo movimento moderno. Tanto que as primeiras Constituições que se fizeram presente na humanidade buscaram delimitar o poder absolutista do monarca, sujeitando-o ao controle do parlamento. O constitucionalismo moderno segundo Canotilho⁸ caracteriza uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos.

O liberalismo político – econômico impulsionou o entendimento de Constituição e o estímulo a livre concorrência e a não-intervenção estatal, o *Laissez Faire*, propiciando o desenvolvimento do capitalismo. O liberalismo apenas tolera a existência do Estado e defende a autorregulação do mercado, sendo este um mal necessário e para prevenção de eventuais excessos faz-se indispensável a separação entre os poderes. A construção liberal do Estado teve por base tanto a influência do individualismo filosófico e da Revolução Francesa como de fisiocratas e de *Adam Smith*, o qual possuía a compreensão que o Estado não detinha condições de exercer funções de ordem econômica.

A Primeira Guerra Mundial ocasionou mudanças no constitucionalismo, propiciando o surgimento de novos Estados e conseqüentemente a elaboração de Constituições escritas, ocorrendo uma desvinculação do modelo liberal. A busca por uma proteção econômica e pelo bem-estar social eram premissas estimuladas pelos partidos socialistas e deveriam ser inseridas nos textos constitucionais. Como afirma Dirley da Cunha Júnior⁹ forma-se:

Um novo modelo de Estado, então liberal e passivo, agora social e intervencionista, conferindo tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. A história, portanto, testemunha a passagem do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva”.

Através da influência da Constituição mexicana de 1917 e da alemã de Weimar de 1919, a atuação de um Estado intervencionista se vez mais evidente e a necessidade da implementação de um Estado de Bem-Estar Social passaram a integrar as Constituições. A Constituição brasileira de 1934 motivada pela Constituição alemã de Weimar foi a primeira a tratar da atuação mais proativa do Estado, buscando inserir uma proteção econômica e de bem-estar social e até os dias atuais tais amparos se fazem presentes, como pode se perceber nos arts. 170 e 193 da Constituição Federal de 1988 que dispõem respectivamente sobre a ordem econômico e financeira e da ordem social.

⁸Op. Cit 3. p. 51.

⁹Op. cit 5. p. 34.

Com a mudança nas formas de governar, a evasão do campo para cidade, a lotação dos centros urbanos em decorrência da revolução mercantil, os problemas de saúde começaram a se alastrar. Em 1779 o médico alemão *Johan Peter Frank* formulou o conceito de política sanitária. Diante do cenário, os governantes começaram a pressionar os profissionais de saúde para que houvesse uma mão de obra sadia e os hospitais que anteriormente eram vistos como caridade, estavam preocupados em cuidar da saúde.

2. Neoconstitucionalismo

O constitucionalismo moderno o qual obteve sua fundamentação nos ideais iluministas e almejava a limitação do poder do Estado permaneceu predominante até meados do Século XX, quando um novo pensamento constitucional se formou na Europa, o qual assentia com a supremacia material e axiológica da Constituição, onde o objeto possuía força expansiva e normativa, passando a regulamentar o direito e sua forma de incidir perante os órgãos políticos. Esse pensamento foi chamado de neoconstitucionalismo e propiciava a formação de um novo Estado Constitucional de Direito.

Anteriormente se vivia em um Estado Legislativo de Direito onde a lei e o princípio da legalidade prevaleciam e a norma não precisava ser justa, mas apenas ter sido proferida por uma autoridade que possuísse competência normativa para editar tal ato. No entanto, diante das barbáries cometidas pelo regime nazista de Hitler nos anos de 1939 a 1945 que dizimou milhares de judeus, apoiado em um pretense governo socialista, tal forma de se governar não era mais sustentável nem satisfazia os anseios da sociedade que acabara de sair de mais uma guerra mundial.

O neoconstitucionalismo é uma resposta aos desastres causados pela Segunda Guerra Mundial onde se fazia latente a formação de um novo Estado de Direito, assegurando os direitos e garantias fundamentais que embora se fizessem presentes nas Constituições anteriores não possuíam força normativa. Era necessário a instauração de um sistema jurídico que privilegiasse as normas constitucionais, a concretização efetiva de um Estado Constitucional de Direito no qual a Constituição tivesse efeito vinculante e obrigatório, esse constitucionalismo contemporâneo é o neoconstitucionalismo.

O desenvolvimento constitucional, influenciado pelo modelo americano, o qual foi adotado por vários países deixa para trás a predominância do poder do parlamento e a lei como objeto central do direito. Enquanto a Constituição Americana é sintética e poucos direitos

individuais se fazem presentes, as europeias e latino-americanas possuem um rol amplo de direitos fundamentais, dotada de carga valorativa, o que possibilita uma atuação jurídico-constitucional mais eficiente.

Com as novas mudanças constitucionais a compatibilidade das regras e dos princípios deveria ser coadunar com a Constituição para possuir validade. Uma norma formalmente válida poderia ser considerada inválida caso fosse afrontasse materialmente a Constituição. Ferrajoli¹⁰ disciplina que em um Estado Constitucional de Direito: “a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam corrigidas ou eliminadas”.

As Cartas Constitucionais contemporâneas sofreram diversas mudanças com o advento do neoconstitucionalismo. O objetivo das Constituições pretéritas era limitar os poderes e dispor sobre a organização do Estado, diferentemente, as Constituições pós-guerra visam promover fundamentos como o princípio da dignidade da pessoa humana, reduzir as desigualdades sociais, compelir o Estado a fornecer saúde e educação. O neoconstitucionalismo para Dirley da Cunha Júnior¹¹ é:

(1) compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna de pessoas – deu início, na Europa com a Constituição Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da constitucionalização do Direito a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

A constitucionalização do Direito foi responsável pela transformação do ordenamento jurídico, possibilitando transformações de cunho social e uma reaproximação entre a ética e direito, direito e moral através da valoração e da força normativa dos princípios. As normas constitucionais passam a reger as atividades legislativas, servindo de arcabouço para as fundamentações jurisprudenciais e disciplinam as relações sociais.

¹⁰Ferrajoli apud Cunha Júnior. Op. cit. 4. p. 35.

¹¹Op. cit 4. p. 36.

3. O direito à saúde na Constituição de 1988

Em 05 de outubro de 1988, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil que estabeleceu em seu preâmbulo como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça, o desenvolvimento, instituindo um Estado Democrático de Direito, o qual se compromete com a harmonia social, a ordem internacional, a busca pela solução pacífica dos conflitos. O direito à saúde é elencado como direito e garantias fundamentais, bem como o acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável que busca propiciar efetividade das decisões judiciais em tempo aceitável.

No início da década de 1970, em meio a ditadura militar, surgiu um movimento sanitarista que buscava promover mudanças na área da saúde e conseqüentemente melhorias nas condições de vida da população e em 1986 ocorreu a VIII Conferência Nacional de Saúde a qual ensejou o desenvolvimento de um sistema universal, integral e gratuito de saúde. A Carta Magna de 1988 erigiu à saúde como direito público subjetivo e a inseriu no rol dos direitos sociais, se fazendo presente na categoria de direitos e garantias fundamentais, como dispõe o art. 5º e elevada ao status de cláusula pétrea. A saúde é um direito de todos e incumbe ao Estado promover políticas públicas, sociais e econômicas que possibilitem o acesso universal e igualitário das ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O direito a saúde só foi inserido na Constituição Federal de 1988 e anteriormente apenas os beneficiários que fossem vinculados à Previdência social é que eram atendidos, os demais eram dependentes de instituições de caridade e filantropia. Com a nova Constituição é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a proteção e a defesa da saúde.

Pela primeira vez, o sistema único de saúde foi instituído e seria exercido através de uma rede regionalizada e hierarquizada e possuía como diretrizes: a descentralização, o atendimento integral, privilegiando as atividades de natureza preventiva e a participação da comunidade. Dois anos após promulgação da Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde foi regulamentado através da Lei 8.080. Ocorreu a separação da ordem econômica e da ordem social que desde o seu surgimento na Constituição 1934, sob a influência da Constituição Alemã de Weimar (1919), eram tratadas em um mesmo título. Na Carta de 1988, o direito à saúde está assegurado constitucionalmente no título VIII e dispõe que é dever do Estado promover a saúde que é um direito de todos, devendo ser assegurada mediante políticas sociais e econômicas com acesso universal e igualitário.

Sueli Dallari e Vidal Serrano¹² dispõem que o direito à saúde possui caráter supranacional e os tratados internacionais se fazem intensamente presentes na proteção desse direito social como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Protocolo à Convenção Americana referente a Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Pacto de San Salvador*, de 1996).

4. O amparo dos direitos humanos diante do sistema Interamericano

O mundo vivenciou duas grandes guerras mundiais no Século XX, a Primeira Guerra se deu de 1914 a 1918, enquanto a Segunda de 1939 a 1945 em decorrência de interesses políticos e econômicos, causando barbáries e devastando a humanidade em virtude das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, principalmente, pelo nazifascismo. Em 1942, antes do término da Segunda Guerra, ocorreram negociações para criação de um órgão de caráter universal aberto a todos os Estados que tratasse sobre cooperação internacional. No ano de 1943, na conferência de Moscou, os Estados Unidos, o Reino Unido e a União Soviética chegaram a conclusão que se fazia necessário a elaboração de uma organização que primasse pela manutenção da paz, respeitando a soberania dos Estados.

No ano de 1945, é constituída a Organização das Nações Unidas (ONU) e o seu principal documento é a Carta das Nações Unidas a qual define sua criação, objetivos, princípios e principais órgãos. A Carta foi assinada por diversos Estados signatários, incluindo o Brasil e têm como objetivos promover uma cooperação internacional para resolver os problemas de caráter econômico, cultural, social ou humanitário de cunho internacionais; proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. O art. 55 desse documento¹³ dispõe que as nações devem propiciar uma promoção direitos:

Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

O art. 56 da Carta das Nações afirma que é dever de todos os Estados-membros possibilitarem a concretização dos direitos acima descritos. No ano de 1948, foi proclamada a

¹²Dallari, Sueli Gandolfi; Nunes Júnior, Vidal Serrano apud Castro, Emmanuelle Kozen. Judicialização da Saúde: em busca da efetivação do mínimo existencial. 2016. p. 47.

¹³<https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>.

Declaração Universal de Direitos Humanos e esse documento foi de suma importância para o desenvolvimento dos direitos humanos na sociedade, devido a sua relevância é considerado juridicamente vinculante, apesar de se tratar de uma recomendação. Suas normas possuem a peculiaridade de um parâmetro mínimo de proteção da dignidade humana a ser observado por todos e é um marco decisivo na internacionalização dos direitos humanos, servindo de base para tutelar e propiciar um resguardo da dignidade humana, seja global, regional ou nacional. Em seu art. 25, a Declaração determina que “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, em abril de 1948, foi aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e apesar de se tratar de mera resolução, não tendo caráter vinculante, é tida como um marco inicial no desenvolvimento do sistema Interamericano. A Declaração Americana foi precursora na celebração dos direitos humanos, surgindo meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e preceitua que todos têm direito a vida, liberdade e segurança, bem como o acesso à justiça para resguardar suas prerrogativas e evitar que seus direitos fundamentais que estão assegurados constitucionalmente sejam desrespeitados. O art. XI discorre que todos têm direito a saúde e o resguardo, mediante medidas sanitárias e sociais, além de cuidados médicos compatíveis com os recursos públicos disponíveis. A Declaração também assegura o acesso à justiça mediante petições à autoridade competente através soluções rápidas. Tais disposições fundamentam a duração justa, efetiva e razoável da prestação jurisdicional requerida.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são formados pelos Africanos, Europeus e Interamericano e tem a finalidade de resguardar internacionalmente tais direitos, reunindo apenas alguns Estados situados em determinados locais do mundo. O objetivo desse sistema é elaborar normas que fortaleçam e possibilitem uma maior proteção para determinadas regiões que possuem afinidades. O Brasil faz parte do sistema Interamericano o qual se aplica aos Estados das Américas.

Em 1948, foi criada através da Carta da Organização dos Estados Americanos a Organização dos Estados Americanos (OEA) e embora não declare expressamente a promoção dos direitos humanos como objetivo principal da Organização dispõe que: “os Estados

Americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (art. 3, letra l). A Carta preconiza uma constituição de instituições democráticas através de uma liberdade individual e fundada na justiça social, respeitando os direitos essenciais do homem e unindo esforços no sentido de promover uma justiça social internacional, propiciando o progresso social, econômico, educacional, científico e tecnológico. No ano de 1959, a OEA criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo e responsável pelo fomento e proteção dos direitos humanos nas Américas.

Na cidade de São José, capital da Costa Rica, em 1969 foi celebrado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida popularmente como *Pacto de San José da Costa Rica*, visando promover a defesa dos Direitos Humanos nas Américas. O Brasil ratificou esse tratado no ano de 1992 e em 1999 foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, sociais e culturais, denominado de Protocolo de São Salvador, que reconhece diversas dimensões dos direitos humanos e compreende a necessidade do ser humano ser livre da miséria não só através da concretização dos direitos civis e políticos, mas também mediante a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

4.1 O Pacto de San José da Costa Rica e a razoável duração do processo no direito à saúde brasileiro

A discussão sobre o tema saúde cada vez se faz mais atual em virtude de diversas vezes os indivíduos terem relegados esse direito e sendo necessário o pleito judicial para tal satisfação. Compreende-se que sem uma saúde digna e eficaz o ser humano não pode exercer plenamente sua cidadania.

A convenção Americana sobre Direitos Humanos também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica* foi celebrada no ano de 1969 e entrou em vigor em 1978. Os tratados que o país adere geralmente são incorporados no ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária, salvo se tratarem sobre direitos humanos e forem aprovados por três quintos dos votos dos membros do Congresso Nacional em dois turnos de votação, serão equivalentes a Emendas Constitucionais. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 que os Tratados sobre direitos humanos que não forem aprovados pela forma prevista no art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 são dotados de supralegalidade, estão abaixo da Constituição e acima da lei ordinária, e paralisam a eficácia do ordenamento jurídico infraconstitucional naquilo que lhe for contrário, é o caso do referido Pacto.

A legislação Interamericana classifica a saúde como direito social e em razão disso se faz presente de maneira expressa ou através de incorporação aos direitos econômicos, sociais e culturais. No Brasil, a saúde está inserida no rol dos direitos sociais e no título dos direitos e garantias fundamentais também de se fazendo constar em seção própria no capítulo da Seguridade Social. No ano de 1979, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) responsável por interpretar e aplicar a Convenção da OEA, buscando resguardar e garantir os direitos humanos, exercendo competência jurisdicional e consultiva. Segundo a Corte¹⁴, a saúde é um direito fundamental e é:

E indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos. Todo ser humano tem direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde, que lhe permita viver dignamente, entendida a saúde não só como a ausência de afecções ou enfermidades, mas também como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, decorrente de um estilo de vida que permita que as pessoas alcancem um equilíbrio integral. A obrigação geral se traduz no dever estatal de garantir o acesso das pessoas a serviços essenciais de saúde, assegurando uma assistência médica de qualidade e eficaz, bem como de impulsionar o melhoramento das condições de saúde da população.

Com a reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, o inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 inseriu a duração razoável do processo e os meios que garantam sua celeridade, no entanto, o Brasil é signatário desde a promulgação do Decreto 678 de 1992. A Convenção Americana trata em seu art. 8º, I sobre as garantias da duração do processo em tempo razoável, tutelando a vida e liberdade como bens jurídicos: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Mais uma vez, no art. 25, o Pacto disciplina sobre a proteção judicial através da impetração de recursos simples e rápidos diante do juízo competente para resguardar os direitos fundamentais que são reconhecidos na Constituição, Leis e no próprio Pacto que estão sendo desrespeitados. Dessa forma, em razão da ratificação da Convenção pelo Brasil, esse princípio já era considerado direito fundamental do ser humano.

O descumprimento do acesso à saúde ocasiona a demanda de intervenção judicial, pois por inúmeras vezes o que se encontra em risco é a própria existência humana, sendo imprescindível a concretude do direito em tempo hábil e que satisfaça as necessidades pleiteadas. A ausência de duração razoável do processo contribui para obstaculizar o acesso à justiça,

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatório anual 2018. p.141. https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2018.pdf.

consequentemente prejudica uma efetiva prestação jurisdicional e a missão constitucional de suprimir os conflitos e se fazer justiça social. O direito à saúde é um bem jurídico de vital importância, pois através dele é que se desfruta o direito à vida e por ventura a fruição dos demais direitos fundamentais.

Os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos colaboram no combate a ausência de celeridade processual como exemplifica Eleonora Mesquita Ceia¹⁵: “as sentenças da Corte servem de impulso para: a adoção de políticas públicas em setores tradicionalmente menos amparados; a modificação da legislação interna com edição de leis que garantem os direitos das vítimas de violações de direitos humanos e; dirigir a atenção da sociedade para os abusos cometidos por agentes públicos”.

A duração razoável do processo está conectada diretamente ao acesso à justiça que também se faz presente nos direitos e garantias fundamentais. Apesar dessa previsão, a justiça brasileira é impregnada de morosidade processual, burocratização e o retardo na consecução da tutela jurisdicional acaba ocasionando decisões injustas e a violação do direito fundamental à saúde. A Constituição de 88 conferiu uma ampliação do acesso à justiça, garantindo que o judiciário analisará lesão ou ameaça de lesão a direito. No entanto, o sistema jurídico que já era falho e lento tornou-se ainda mais moroso não suportando o aumento progressivo da judicialização da saúde. Razoável é algo perfeitamente aceitável pela razão, sem excesso. Sendo assim, se pode definir como duração razoável um lapso temporal comedido o qual possa fornecer uma tutela jurisdicional efetiva e eficiente.

A Corte Interamericana não estabelece prazos predeterminados do que seria razoável para duração de um processo, no entanto, dispõe de critérios que se possam avaliar, em cada caso concreto, se a lentidão desrespeitou as garantias dispostas nas normas internas de cada ordenamento. São eles: a complexidade da causa, atuação processual do interessado, a conduta da autoridade judiciária no desenrolar do processo, a pretensão almejada pelas partes envolvidas no processo. O *Pacto de San José* foi elencado a condição de norma suprallegal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de grande importância para o desenvolvimento dos direitos fundamentais no país, compelindo os Estados-membros a desenvolverem a plena efetividade do direito à saúde e um acesso à justiça de forma mais eficaz, estimulando a celeridade processual,

¹⁵Ceia apud Dourado, Pereira. **A duração razoável do processo como garantia de acesso à justiça sob a ótica da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos.** <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39107.pdf>. p 4.

possibilitando, dessa forma, a satisfação dos direitos humanos e a promoção de uma tutela jurisdicional justa.

Em um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a valorização dos direitos humanos e o princípio da dignidade humana, a busca em promover uma justiça efetiva é imperiosa e a demora causada pela duração processual acabar por tornar inútil ou ineficaz o pleito almejado, em razão de muitas vezes ser imprescindível a satisfação imediata, sob pena da perda da vida. A razoável duração do processo não é apenas uma garantia processual, mas está sob a proteção dos direitos humanos e amparado sobre o manto da proteção do direito internacional, como se poder perceber no *Pacto de San José da Costa Rica*.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo adveio de uma evolução gradual e revestia-se de um caráter político-social, passando por diversas fases e se desenvolvendo desde a antiguidade até chegar na modernidade. Seu objetivo originariamente era limitar o poder político do Estado propondo-se a combater as arbitrariedades cometidas pelos governantes, privilegiando a liberdade humana e buscando satisfazer os interesses dos governados. Posteriormente, inspirado pelos ideais libertários o constitucionalismo começou a conceber novos preceitos que possibilitassem a separações do poderes e propiciasse a proteção de direitos. Após a Primeira Guerra Mundial as necessidades se modificaram e a busca por um bem-estar social era imprescindível, o estímulo ao liberalismo econômico não era mais indispensável. A Constituição adquiriu força normativa e expansiva, alcançando um lugar de supremacia, surgia o um novo Estado Constitucional de Direito e esse movimento é o neoconstitucionalismo.

O fortalecimento constitucional propiciou o surgimento de um sistema global de proteção e em 1945 a Carta das Nações Unidas define a proteção da dignidade humana como um dos princípios da paz e do bem-estar social, conseqüentemente prestigiando o progresso dos direitos humanos. No ano 1948, a ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual estabelece normas como parâmetros mínimos de proteção a dignidade humana, devendo ser observado por todos os povos. A partir daí surgiram sistemas regionais de proteção dos direitos humanos cujo propósito é preservar internacionalmente direitos de determinados Estados que pertençam a certos locais. Os sistemas regionais foram divididos em: Africano, Europeu e Interamericano. Este é o sistema o qual o Brasil pertence.

O delineamento jurídico de proteção nas Américas despontou com a celebração da Carta da OEA e a celebração da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Esta é tida como o marco inicial de edificação do Sistema Interamericano. A Declaração Americana foi vanguardista na elaboração dos direitos humanos e dispõe que o direito à vida deve ser garantido a todos, assim como o acesso à justiça para garantir e proteger os direitos fundamentais que foram violados. No ano de 1969 é celebrado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*) o qual só entrou em vigor no país em 1992 e disciplina como pessoa todo ser humano, impondo aos Estados a obrigação de garantir os direitos previstos em seu texto. O direito à saúde é classificado pela legislação Interamericana como direito social, estando presente de maneira expressa nesse sistema.

O direito à saúde consagrado na Constituição Federal de 1988 foi erigido a direito fundamental e encontra-se inserido no rol dos direitos sociais, devendo seu acesso ser universal e igualitário. No entanto, sabe-se que o aumento de demandas judiciais em busca da satisfação do direito à saúde aumenta drasticamente a cada dia, bem como a morosidade na duração razoável do processo para obtenção de tal direito, o que acarreta o desrespeito a proteção a um mínimo existencial. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra o direito à vida e garante que todos têm o direito a terem seus pleitos atendidos dentro de um prazo razoável e determina que os Estados adotem providências para alcançar, gradativamente, a ampla efetividade desses direitos e se fizer necessário contarão com cooperação internacional. O desrespeito ao direito à saúde atenta contra o princípio da dignidade humana tão prestigiado nos diplomas internacionais e que é a sustentação da Carta Cidadã de 88.

Diante do exposto, se conclui que a negligência da durabilidade aceitável do processo, principalmente, quando se tenta obter algo que o Estado deveria fornecer de forma expansiva e satisfatória, como o direito à saúde, é inaceitável e desrespeitoso, prejudicando o próprio direito de subsistência. A Corte Interamericana de Direitos Humanos contribui de forma relevante na luta da falta celeridade processual, pois embora não estabeleça prazos fixos do que seria razoável dispõe de critérios de avaliação, a ser analisado em cada caso concreto, se houve morosidade processual. O *Pacto de San José da Costa Rica* em razão de sua supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro é de vital importância para o desenvolvimento e consagração do direito fundamental à saúde, incitando o Estado a evoluir de forma satisfativa na concretude dos direitos humanos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre; Oliveira, Leticia Fagundes de. **Conexões com a História**. 2^a ed. Ed. Moderna, São Paulo, 2015.

CELSO Ribeiro Bastos. **Curso de Direito Constitucional**. Bastos Editor. São paulo, 2002.

Comparato, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 3^a ed. São Paulo, 2003.

DIRLEY da Cunha Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a ed. Editora JUSPODWIM. Bahia, 2014.

J.J. Gomes Canotilho. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed^a, Almedina.

JOSÉ Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. 2014, editora Malheiros, São Paulo.

KILDARE Gonçalves Carvalho. **Livro de Direito Constitucional**. Volume 1, Teoria do Estado e da Constituição. 20^a ed. Editora Delrey, 2014, belo horizonte

PAULO Henrique Gonçalves Portela. **Direito internacional Público e Privado**. 5^a ed. 2013, Editora JusPodivm. Salvador.

PEDRO Lenza. **Direito Constitucional Esquemático**. Saraiva. 22^a ed. São Paulo, 2018

UADI Lammêgos Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva, 8^a ed. 2014.

PIETRO de Jesús Lora Alarcón. <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, Abril de 2017. Acesso em 16 de fevereiro de 2024.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de fevereiro de 2024.

https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASJHBU/1/disserta_o_finalizada_para_impres_o__emmanuelle_konzen_castro.pdf. Acesso em 22 de fevereiro de 2024.

<https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em 21 de março.

<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 22 de março.

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em 22 de março de 2024.

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 22 de março de 2024.

https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR/por_2018.pdf. Acesso em 22 de março.

<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.
Acesso em 22 de março de 2024.

<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/39174>. Acesso em 22 de março de 2024.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 22 de março de 2024.

http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/270098.14.24-7.
Acesso 25 de março de 2024.

<https://www.migalhas.com.br/depeso/303477/pactos-republicanos---desfazendo-equivocos>.
Acesso 26 de março de 2024.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39107.pdf>. Acesso 26 de março de 2024.

<file:///C:/Users/rozan/Downloads/dmartins,+Rdisan-vo2on001-AO01-p2.pdf>. Acesso em 27 de março de 2024.