

DIREITO À SAÚDE: RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE MAIS ADEQUADA¹

Ana Paula Canoza Caldeira*

RESUMO

O presente trabalho se destina a analisar o conflito de interesses entre o direito à saúde e o princípio da legalidade orçamentária, denominado pela doutrina publicista de princípio de “reserva do possível”.

A escolha do tema justifica-se pela crescente demanda de balizamento por aqueles que buscam apoio no Judiciário para verem atendidos os seus direitos à prestação de saúde digna, corolário que é do próprio direito à vida e que encontra recalcitrância pelo Poder Público para dar suporte à assistência pública e à absoluta ausência de uma política de saúde no contexto brasileiro.

Busca-se igualmente enfrentar a questão da possibilidade de se encontrar uma única resposta correta no Direito, ou se ao revés, a dialética e a multiplicidade de respostas são inerentes à própria noção de Direito.

O trabalho discute a visão das diferentes escolas, refletindo sobre suas razões específicas, mas buscando através da reflexão sobre o bom Direito concluir por aquela que, na opinião da Autora, mais se adequa aos anseios da maioria dos interessados.

PALAVRAS-CHAVE

SAÚDE; DIREITO; RESPOSTA; CONSTITUCIONALMENTE; ADEQUADA

¹ Este artigo é adaptação de trabalho final apresentado ao Dr Lenio Streck, professor da disciplina Jurisdição Constitucional do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá.

* A autora é advogada, especialista em Direito Público e Mestranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na Universidade Estácio de Sá - RJ

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the conflict of interests between the right to health and the principle of budgetary legality, referred to by the publicist doctrine, as “limit of feasibility”.

The objective of this work is to analyze the conflict of interests between the right to health and the principle of budgetary legality, referred to by the publicist doctrine, as “limit of feasibility”.

The choice for the subject is justified by the growing demand for judicious intermediation requested by those who seek Court support in order to have their right to State health provision condignly acknowledged. It is a corollary of the right to life which often collides with Government’s willingness to accept.

Also will be faced the question of the possibility of if finding an only correct reply in the Right, or in contrast, the dialectic and the multiplicity of answers are inherent to the proper notion of Right.

This work discusses the various points of view, making reflections over their specific fundamentals looking for a consensus that, in the Author’s opinion, satisfies the majority of the interests involved in the discussion.

KEY-WORDS

HEALTH; RIGHT; REPLY; CONSTITUTIONALLY; ADJUSTED

1 . INTRODUÇÃO

Problema tormentoso na história da sociedade brasileira é a (in)efetividade do direito à Saúde, seja em sua vertente preventiva, de preservação ou recuperação, resultante da absoluta ausência do Poder Público a esse respeito. Como se sabe e tem sido denunciado diuturnamente pelos meios de comunicação de massa, não é de hoje que o Estado (lato sensu considerado) relega ao segundo plano as políticas públicas de cunho social, a despeito da retórica eleitoreira que defende a primordialidade desse direito.

Todavia, na prática, o que se verifica é o predomínio de pressupostos do neoliberalismo, na gestão dos recursos público, o que resulta em descaso com as áreas sociais.

A partir desses pressupostos, no decorrer do presente trabalho, pretende-se enfrentar a tese utilizada pelo Estado, chamada “reserva do possível”. De início, cumpre assinalar que, a Doutrina Publicista convencionou chamar de “Reserva do Possível” a situação econômica de escassez de recursos orçamentários, diante da infinita demanda de necessidades com que se depara o Poder Público. Portanto, com respaldo na tese de que as prestações exigidas pela população são superiores à capacidade financeiro do ente estatal, o Estado (*lato sensu* considerado) só estaria obrigado a atendê-las “na medida de sua possibilidade”; ou seja, o atendimento estaria restrito ao que é possível economicamente.

Muito embora se admita que, em qualquer situação, há limite de recursos disponíveis, acredita-se que tais argumentos não se sustentam, vez que todos os direitos têm custos econômicos, independentes de seu eventual enquadramento nos direitos de 1ª, 2ª ou 3ª dimensão (hoje já se fala em direitos de 5ª e 6ª dimensão).

Nessa perspectiva de análise, mesmo os direitos de 1ª dimensão (ou geração, como preferem alguns autores), caracterizados por deveres de abstenção do Estado, acarretam custos econômicos ao ente público, o que, por si só, põe em xeque a alegada reserva do possível para eximir o Estado do dever de prestar aquilo que foi constitucionalmente previsto.

Ampliando o olhar para a Constituição de 1988, é evidente que a Carta política, em resposta a demandas de segmentos da sociedade organizada, no período anterior e durante a Assembléia Constituinte, contemplou importante elenco de direitos sociais, entre os quais merece relevo a saúde, os quais precisam concretizar-se para que não permaneçam no plano da retórica, ignorados pelo ente público. Nessa linha de argumentação, cumpre reiterar que os direitos sociais têm, entre outras, a finalidade de promover a igualdade, o que requer atuação dinâmica e efetiva do Estado em prol do mais débil, alterando a arena social.

Diante do exposto, não é admissível que o Estado, sob qualquer justificativa, permaneça indiferente ao que preleciona a Constituição, transformando tais direitos em “meras promessas constitucionais”.

A esse respeito, é imperioso assinalar que o fato de se revelarem por meio de normas programáticas; isto é, por meio de disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição, não permite afirmar que tais direitos não são sindicáveis pelos cidadãos, ou ainda, que o Estado agirá “quando entender conveniente”.

Por outro lado, é por demais relevante levar em consideração os elevadíssimos custos que a manutenção de instituições necessárias à garantia de direitos civis e políticos impõem e são suportados pelos cofres públicos. Decorre daí a debilidade do argumento de que o adequado adimplemento dos direitos sociais supera os limites orçamentários.

Na verdade, o que tal linha argumentativa não consegue esconder é a opção por uma política conservadora e neoliberal que procura alijar a população mais carente da fruição de bens essenciais. É mister acrescentar que, em última análise, a proteção de direitos sociais reflete-se diretamente na defesa dos direitos das demais gerações, pois irá sedimentar direitos civis e políticos, propiciando, por exemplo, um cenário de igualdade compatível com o plano democrático. Como reforço à tese, cumpre registrar que por tratar-se de norma constitucional, por si só, tal dispositivo tem carga de eficácia intrínseca, não podendo ser afastada por contingentes políticos ou econômicos externos.

Ao refletir sobre o tema numa perspectiva teórica, considera-se pertinente enfrentar a questão da utilização do método de ponderação de interesses, tal como proposto por Alexy² para solucionar tais casos, bem como os posicionamentos de Dworkin³ e Lenio Streck⁴ sobre a possibilidade de se alcançar, através de valores extraídos do próprio ordenamento jurídico, uma única resposta adequada.

2 . A PONDERAÇÃO DE INTERESSES

² ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Pág. 295

³ DWORKIN, Ronald Apud SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª edição 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 44

⁴ STRECK, Lenio. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. Passim

A doutrina constitucional, na sua maioria, dispõe que, em caso de conflitos entre princípios constitucionais albergados na Constituição, é imperioso utilizar a técnica da *ponderação de interesses*, entendendo que, no caso concreto, quando se estiver diante de uma antinomia entre princípios, deve-se atribuir uma dimensão de peso entre eles para que possa eclodir aquele preponderante. Vale frisar que a técnica mencionada só é cabível quando não for possível harmonizar os princípios em conflito.

Segundo essa perspectiva de análise, não mais se admite o emprego de critérios clássicos de solução de choques entre regras, quais sejam, hierarquia, especialidade e cronológico. Não se pode olvidar que, diante de uma Constituição Compromissória, que abriga em seu texto normas resultantes de matrizes ideológicas distintas, é possível aparente incoerência entre elas. Todavia, em homenagem ao princípio da unidade constitucional, o intérprete deve envidar todos os esforços no sentido de fazer com que as normas, supostamente colidentes, dialoguem entre si.

Nesse sentido, é muito esclarecedora a lição de Daniel Sarmento:

“ (...) A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelos menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário é possível harmonizá-los. Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da Unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais. Assim, como ressaltou Canotilho, o *princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar*” .⁵

Como se sabe, as regras diferem dos princípios no que tange à sua forma de aplicação: as primeiras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida: são aplicáveis, portanto, de maneira disjuntiva. Em outras palavras: ou a

⁵ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª edição 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 100

hipótese de incidência se faz presente e a regra se aplica, ou, ao contrário, não existem elementos fáticos, e a regra não se aplica ao caso em comento, na lógica do ‘tudo ou nada’ (“all or nothing”), tal como enunciado por Ronald Dworkin⁶.

Já no que concerne aos princípios, estes são normas de otimização do sistema, conforme preleciona Robert Alexy⁷. Segundo esse autor, os princípios são mandados de otimização do sistema, vez que diante do caso concreto, permitem balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso.

É importante frisar que o ordenamento jurídico, pela sua complexidade e bom funcionamento, deve ser composto por regras e princípios. Um ordenamento composto só de regras não tem a necessária fluidez para eventual arejamento diante de caso concreto. Do contrário, um sistema constituído tão-somente de princípios não tem bases concretas que o sustentem. A crítica que se faz a tal técnica é que não há parâmetros lógicos para que o julgador, e, portanto intérprete da norma constitucional, escolha este ou aquele princípio.

Por seu turno, Alexy⁸ estabelece que são três os estágios que envolvem a ponderação de interesses. Em um primeiro momento, é preciso identificar o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio, depois deve-se estabelecer a importância de se satisfazer o princípio concorrente; por fim, cabe explicitar se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não satisfação do primeiro.

Refletindo sobre esse entendimento, deve-se atentar para o fato de que, no sistema de jurisdição adotado pelo Brasil os julgadores não são eleitos, o que torna ainda mais complicada e intrincada a questão. Eis porque, não obstante Alexy busque traçar parâmetros racionais e objetivos para o deslinde do caso, somos do pensar que restará ao julgador, inevitavelmente, uma (perigosa) margem de discricionariedade.

⁶ DWORKIN, Ronald. Apud SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª edição 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 44

⁷ ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. . In A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Pág. 295

⁸ Idem, ibidem, p. 297

Neste sentido, parece mais coerente a posição de Habermas⁹ quando afirma que a ponderação, no mais das vezes, remete para áreas alheias à justificação, à correção e à objetividade.

Diferentemente dos integrantes dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), os magistrados não são investidos em seus misteres por vontade popular, mas sim por mérito aferido após concurso de provas e títulos. Logo, não são representantes do titular da soberania: o povo. É ainda pertinente ressaltar que tais julgadores são, em sua maioria, emergentes de classes sociais abastadas, o que pode comprometer suas decisões, impregnadas de “preconceitos” e elitismo.

3 . DIREITO À SAÚDE (DIGNA) VERSUS “RESERVA DO POSSÍVEL”

A Constituição da República de 1988 trata sobre o direito à saúde no art.196 afirmando, *in verbis*, estabelecendo que:

“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”.

Não é necessário muito esforço para perceber que o direito a um justo e adequado tratamento, nada mais é do que um corolário do direito à própria vida . Quando se procura definir o conceito de saúde, tradicionalmente se pensava em ausência de doença. Todavia, tal concepção é muito restrita e demanda reflexão mais abrangente. Dentre muitas definições, confere-se relevo à que consta do Dicionário de Termos Técnicos de Medicina e Saúde, organizado por Luís Rey¹⁰, que esclarece:

“ (...) Saúde é uma condição em que um indivíduo ou grupo de indivíduos é capaz de realizar suas aspirações, satisfazer suas necessidades e mudar ou enfrentar o ambiente. A saúde é um recurso para a vida diária, e não um objetivo de vida; é um conceito positivo, enfatizando recursos sociais e pessoais, tanto quanto as aptidões físicas.

⁹ HABERMAS, Jürgen Apud ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Pág. 300

¹⁰ < <http://www.fonoesaude.org/saude.htm> > Acesso em 15 de junho de 2007

É um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções familiares, profissionais e sociais; pela habilidade para tratar com tensões físicas, biológicas, psicológicas ou sociais com um sentimento de bem-estar e livre do risco de doença ou morte extemporânea. É um estado de equilíbrio entre os seres humanos e o meio físico, biológico e social, compatível com plena atividade funcional."

Não obstante o direito à saúde seja espelho do próprio direito à vida, o que se vê no mundo dos fatos, é o absoluto descaso do Poder Público em cumprir com o mister que a Constituição lhe reservou. Na atualidade, como no passado, verifica-se nefasta tendência à omissão dos entes estatais, supostamente amparados no malfadado argumento da “reserva do possível”.

Como ressaltado em momento anterior, tal expressão procura designar a limitada disponibilidade recursos orçamentários do Estado, diante das infinitas demandas que lhe batem às portas. Isto é, o Estado não podendo arcar com tudo o que lhe “pedem”, simplesmente só atenderá na medida de sua possibilidade financeira. Com esse (des)governo, esquece (ou quer esquecer) o Estado que os princípios em comento possuem normatividade própria e não podem ter sua incidência afastada por seu bel prazer.

Nessa linha de pensamento, não é mais possível compactuar com a arcaica idéia positivista, que entendia serem os princípios meras “válvulas de escape”, “tapa-buracos”, ou como, de forma feliz, salientou Lenio Streck¹¹, “reles jogadores que esperam no banco de reserva, só atuando quando os demais jogadores (regras) não surtirem efeito”.

Não restam dúvidas de que, em caso de confronto do direito à saúde com o orçamento público, o primeiro deve prevalecer. Sabe-se que, de fato, os recursos não são suficientes para prestar serviços de saúde que atendam toda e qualquer expectativa da população; entretanto, entre outras medidas administrativas, basta recordar que muito poderia ser feito com a simples adoção de medidas que garantam melhoria da gestão e controle dos recursos existentes,.

Nessa senda, é oportuno lembrar que, em 1996, foi criado um tributo designado como Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira - CPMF – com a finalidade de aumentar a receita estatal e propiciar incremento das prestações atinentes à

¹¹ STRECK, Lenio, em palestra proferida na Universidade Estácio de Sá no Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional em 2007

saúde. Transcorridos onze anos, a exação já foi incorporada ao orçamento estatal e os dados evidenciam que a aludida contribuição está muito longe de ser provisória e a melhoria do serviço de saúde no país, pouco mudou, se é que mudou...

Cumprе acrescentar que a CPMF é um tributo substitutivo do Imposto sobre Movimentação Financeira – IPMF, que começou a ser arrecadado no início de 1994 e, já no primeiro ano de sua criação arrecadou aproximadamente 5 bilhões de reais. A CPMF, no seu primeiro ano arrecadou para os cofres públicos cerca de 7 bilhões de reais.¹²

A rigor, segundo a retórica oficial, ambos os tributos foram instituídos com a precípua finalidade de destinar recursos ao Ministério da Saúde para melhor aparelhar o Sistema Único de Saúde - SUS. De lá para cá, a alíquota das exações foi elevada algumas vezes, sempre com o alardeado objetivo de fomento da saúde no país¹³. A despeito disso, os dados da realidade indicam que tal propósito não foi alcançado.

Diante dessas distorções, a crítica que se faz ao tributo em questão, e que talvez explique o seu insucesso, é que sua criação tornou viável a redução de outras fontes que até então financiavam o setor, isso, sem esquecer que sua arrecadação acabou sendo destinada para outros setores e não exclusivamente para a Saúde.

Mais uma vez, fica clara a vulnerabilidade do argumento de “reserva do possível” por parte do Poder público para omitir-se no que tange á implementação de uma política de saúde. A rigor, esta justificativa constitui uma ‘falácia’, como bem salientou Vicente Barretto.¹⁴

¹² < http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1793 > Acesso em 15 de junho de 2007

¹³ A CPMF teve início em 23 de janeiro de 1997, fulcrada na edição da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Porém antes, desde 1993 tal exação era cobrada sob o título de Imposto Provisório sobre movimentação Financeira – IPMF 13 de julho de 1993.

¹⁴ Expressão utilizada pelo Prof. Vicente de Paulo Barretto em seu artigo sobre o tema, intitulado Reflexões sobre os Direitos Sociais.

Nesse contexto, é perfeitamente possível o controle judicial de políticas públicas e até o estabelecimento de prioridades a serem cumpridas pelo Administrador Público. Em um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, não há mais espaço para um Executivo hermético, que estabelece a seu bel prazer, ou evidencia clara omissão no que tange a políticas públicas, sem participação popular direta que diga onde e, principalmente, como devem ser aplicados os recursos orçamentários.

Refletindo sobre o tema, cumpre reiterar que discricionariedade não é sinônimo de arbítrio, nem tampouco subversão aos ditames constitucionais. Ao contrário; verificado abuso na gestão de tais recursos e inegável desvio de finalidade, o Judiciário pode, e deve, exercer tal controle.

O problema não escapou da atenção do Promotor de Justiça fluminense Eduardo Slerca¹⁵, tal como transcrito a seguir:

“Sabemos que a utilização do princípio da proporcionalidade implica em o judiciário ingressar numa área que, nos sistemas de *civil law*, sempre pertenceu exclusivamente a outros dois poderes (executivo e judiciário), sendo realmente o uso de tal princípio uma linha de tensão e um perigo efetivo de que o juiz extrapole de sua função para substituir-se ao legislador ou ao administrador.

(...)

Mas, afinal, por quê o temor? O objetivo precípua da instituição chamada Justiça não é precisamente realizar o valor do mesmo nome?”¹⁶

Todavia, o assunto está longe de ser pacífico, surgindo na doutrina duas grandes correntes acerca dos limites e esfera em que pode ingressar o Judiciário nestes casos e, sobretudo, quando direitos sociais estão em jogo. A doutrina convencionou denominá-los de substancialistas e procedimentalistas.

¹⁵ SLERCA, Eduardo. Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 34/35.

¹⁶ Idem, Ibidem

4 . NOVO PODER JUDICIÁRIO?

Uma questão intriga a comunidade jurídica de forma geral, é: será que o Judiciário teria legitimidade para, de certa forma, substituir o Executivo e fazer as vezes do Administrador Público, concedendo prestações, fazendo escolhas que deveriam ser tomadas por este?

A solução não pode ser encontrada sem que antes se aborde o embate travado pelos procedimentalistas e substancialistas e a evolução histórica do tratamento aos direitos sociais no contexto brasileiro.

De pronto, cabe lembrar que O Brasil, desde a década de 30, vem negligenciando investimentos na área social, em prol do desenvolvimento econômico. Com a imperiosa necessidade de se inserir no mundo econômico, fizeram-se pesados investimentos na política econômica voltada à industrialização (que deu surgimento a diversas siderúrgicas, indústrias automobilísticas e grandes empresas de um modo geral), optando, dentro de uma visão econômica liberal, por “deixar de lado” os investimentos em setores sociais (educação, saúde, previdência social etc).

Esse período teve início após a Revolução de 1930 no governo de Getúlio Vargas, o grande artífice de uma mudança decisiva nos rumos da política interna, voltando atenção redobrada para o maciço investimento em meta desenvolvimentista do país. Não se pretende entrar no mérito desta opção política, vez que não fosse o arrojo destes planos o país ainda seria predominantemente agrário e atrasado, se feita uma análise global. Mas resta saber, que preço foi pago para a inserção do Brasil neste cenário econômico, competitivamente?

Desde então, o que se vê é que o Estado assumiu explícita omissão no que tange à garantia dos direitos sociais em geral e da saúde em particular. Essa opção política abriu-se espaço para o fortalecimento de empresas privadas, que procuravam ocupar as lacunas do “desserviço” dos entes públicos. Surgiram, então, os grandes conglomerados econômicos que prestariam as demandas nessas áreas como, por exemplo, os planos de saúde. Tais empresas não têm outro objetivo, que não o lucro. No contexto de uma sociedade

capitalista, orientada pelo ideário neoliberal, não se pode imaginar que as mesmas atendam as demandas que devem ser sustentadas pelo Poder Público. Seria ingenuidade acreditar que, de forma geral e sem critério, tais empresas passem a tutelar hipossuficientes, suprindo a inércia estatal. No âmbito do sistema político-ideológico hegemônico, parece que o Estado só pode, excepcionalmente, impor a estas empresas obrigação de fazer.

Criou-se, porém, um Labirinto de Creta: o Estado não cumpre seu papel, desviando verbas atinentes à saúde, para fortalecer o setor privado que não tem obrigação de atender às necessidades dos cidadãos mais necessitados, justamente deste serviço, já que não têm condições de arcar com o elevado custo de sua manutenção, por meio de mensalidades assustadoras. O Estado, ao permitir a prestação de serviços de saúde por meio do setor privado, assume o fato de não lhe poder exigir o seu próprio papel. “E agora, José?”, perguntaria o poeta Carlos Drummond de Andrade.

Diante deste nefasto quadro e pensando na garantia dos princípios constitucionais, é imprescindível definir o papel do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, parece indubitável que, de um modo geral, a deficiência dos serviços públicos tem forçado os profissionais do Direito, em especial os magistrados, a tomar posição como agentes públicos e não como meros “operadores do Direito”. Vale dizer, eles têm sido forçados a manifestar concretamente compromisso e postura mais ativa e menos neutra, como tradicionalmente se defendia. Dizendo claramente: não há mais lugar para o juiz que é tão-somente *la bouche de la loi*, frente ao agigantamento dos problemas sociais.

Inegavelmente, a nova postura passa a gerar certa desconfiança na comunidade, pois torna fértil o campo para possíveis arbítrios.

Do ponto de vista doutrinário, duas correntes opostas surgiram com força no meio jurídico. A primeira, cujos seguidores se intitularam *procedimentalistas*, representada principalmente por Jürgen Habermas, entende que o controle judicial das políticas públicas, a médio prazo, acaba prejudicando o exercício efetivo da cidadania, pois gera indevida dependência do Estado. Para os procedimentalistas o Judiciário na atividade judicante, deve apenas se ater a garantir os procedimentos democráticos, não tendo como fim o resultado gerado pela decisão. A pedra de toque é, portanto, a garantia de instrumentos

democráticos para a solução dos conflitos, o que, certamente confere maior responsabilidade à própria sociedade, que deve criar espaços possíveis de comunicação.

Neste contexto, o controle de constitucionalidade só seria imprescindível nos casos em que houver ofensa ao procedimento democrático pré-estabelecido e da vontade política (democracia deliberativa). O Judiciário não estaria autorizado a se imiscuir no conteúdo do direito; sobre o que decidir.

A crítica que se faz à corrente procedimentalista pura, em especial ao entendimento habermasiano, é que tal consenso exigido pelos cidadãos pressupõe uma cultura anterior, um ambiente favorável e propício ao discurso, ao amplo debate de idéias, que, a nosso ver, é inexigível em países com cruel desigualdade social como o Brasil. Explicitando melhor: em um país onde boa parte dos habitantes luta pela sobrevivência, é impossível que o Judiciário reduza o seu papel a somente assegurar procedimentos democráticos, quando justamente os problemas sociais são os que mais lhe batem às portas.

Nessa contenda, vale refletir sobre os esclarecimentos de Lenio Streck¹⁷, ao afirmar que:

“Em Habermas, fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos. Também, aqui, várias críticas podem ser dirigidas a Habermas, como a de que condições ideais requeridas para as deliberações práticas parecem constituir o cenário próprio de uma utopia.

Daí a indispensável indagação: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Mais: como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Tais questões encontram pronta resposta em Ackerman, que indaga: pode uma relação ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte do seu tempo? Minha resposta é não”!

O próprio Habermas, quando esteve no Brasil reconheceu que suas idéias (importantes, mas que devem ser encaradas como um ideal a ser perseguido, e não como

¹⁷ STRECK, Lenio. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. Pág. 82

uma realidade a ser atualmente defendida) não foram elaboradas tendo como destinatários países não amplamente desenvolvidos, como é o nosso caso.

Uma segunda corrente, denominada de substancialistas, que tem como um de seus defensores, Ronald Dworkin¹⁸, e entre os pátrios, Lenio Streck¹⁹, entende que frente aos inúmeros problemas sociais, o Judiciário não só pode como deve ter postura mais intervencionista, vez que sua principal função é deliberar sobre o conteúdo; ou seja, sobre o resultado provocado por aquela decisão.

Sob essa perspectiva de análise, pode-se inferir que o Judiciário não pode perder a oportunidade de, verdadeiramente, “fazer a diferença”. No caso brasileiro, sabe-se que o Judiciário não é constituído por cidadãos eleitos. Portanto, as suas escolhas acabam substituindo a vontade daqueles que foram eleitos (parlamentares e governantes) pelos titulares da soberania – o povo.

Ocorre que, diante de um Executivo que não atende às expectativas e um Legislativo, que deixa a desejar, nada resta senão o Judiciário chamar para si a responsabilidade, assumir as rédeas da situação e tentar (dentro de critérios possíveis e razoáveis) atender às demandas que lhe batem às portas e, muitas vezes, não podem esperar um “consenso comunicativo”, ou ainda, a boa vontade dos demais Poderes, tamanha a sua urgência...

Fica, então, o Judiciário com essa difícil missão de buscar o “justo social”. Assim sendo, a judicialização das políticas públicas finca suas bases no primado da supremacia da Constituição, tida como *lei fundamental*. Dentro desta ótica, o Judiciário não invade indevidamente o âmbito do Executivo; apenas aplica a Constituição, que é superior a todos os Poderes Estatais, por serem poderes constituídos, ou seja, o Judiciário apenas exerce sua função, aplicando a norma (constitucional). E não há nada censurável em agir deste modo.

É por demais relevante afirmar que a primazia constitucional se fundamenta pela necessidade de se proteger certos núcleos de direitos, como os Direitos Humanos,

¹⁸ DWORKIN, Ronald Apud STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. Pág. 41

¹⁹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. Pág. 41

confiando sua guarda a instituições majoritárias (cortes constitucionais). Por isso é que o controle judicial das políticas públicas faz mais sentido no âmbito constitucional, pois as normas e princípios constitucionais prevalecem não somente sobre os Três Poderes, mas sobre toda a sociedade, em certo sentido, sobre a própria vontade da maioria. São, na verdade, regras contra – majoritárias. Por este motivo, o âmbito de invasão deve ser o mínimo necessário para assegurar aquele ideal de justiça perseguido.

Não temos a romântica (ou deturpada) visão de que os integrantes do Poder Judiciário agirão sempre conforme o justo, o certo, nem se descarta a possibilidade, sempre presente, de os juízes, em um verdadeiro afã justiceiro, acabarem exagerando na dose da ‘medicação’, fazendo mais do que a Constituição lhe permite.

No limite do indesejável, os membros do Poder Judiciário podem tornar-se tão tiranos e arbitrários quanto os titulares de cargos eletivos; entretanto, o controle judicial das políticas públicas se traduz em apenas mais uma forma de controle destas opções políticas.

É chegada a hora de o Judiciário buscar a concretização de direitos, o que requer perseguir não só de um Estado Democrático de Direito, mas também um Estado de Justiça Social, através da participação da comunidade jurídica como um todo.

Não é legítimo, por outro lado, que o “saber constitucional” seja ditado tão-somente pelo Supremo Tribunal Federal, que não está imbuído, todo o tempo, dos compromissos que dele se espera. É necessária a impregnação pelos profissionais do Direito, bem como de toda a sociedade civil de um “sentimento constitucional”; isto é, da necessidade da observância das normas constitucionais.

5 . DIREITO À SAÚDE E A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE MAIS ADEQUADA

Ao longo da história, vários filósofos se dedicaram ao estudo da Epistemologia (ou Teoria do Conhecimento). Entre eles Kant, Descartes, Karl Popper, Heidegger, Nietzsche... Porém, indubitavelmente a gênese da busca filosófica da verdade reside nos

estudos de Platão, quando afirmava que a crença é um determinado ponto de vista subjetivo e, por sua vez, o conhecimento é crença verdadeira e justificada.

Além da busca científica da verdade, a Epistemologia também se esforça em encontrar os critérios de reconhecimento da verdade, definida como o caminho trilhado para a persecução da resposta correta.

Todavia, considerando a complexidade do tema, não há um consenso entre os estudiosos do tema sobre o que seria “Verdade”. Além disso, é necessário frisar que até a noção da existência de uma verdade não alcançou consenso entre os doutrinadores. Importante ressaltar, à guisa de ilustração que Nietzsche, por exemplo, não aceitava a existência de uma única verdade vez que esta inegavelmente era decorrente de um dado ponto de vista, o que por si só, já comprometeria o resultado encontrado. Aliás, é sua a famosa frase onde, de certa forma, ridiculariza a eterna busca científica da verdade afirmando que “A verdade não tem importância; verdades indubitáveis, objetivas e eternas não são reconhecíveis. A verdade é sempre subjetiva”.

No tocante ao Direito, pensamos que a razão está ao lado daqueles que admitem a existência de uma resposta correta, afastando qualquer tipo de relativismo e decisionismo. Para Lenio Streck, “é possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta. Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta.”²⁰

Especificamente em relação ao Direito à Saúde, entendemos que a resposta constitucionalmente adequada é aquela que confere maior efetividade ao direito sub examine, vez que por ser decorrência do próprio direito à vida, este deve ter primazia.

²⁰ STRECK, Lenio. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. Pág. 194

Para tanto, é necessário que a comunidade crie um “espírito constitucional”, aderindo aos ditames expressos na Lei Maior, não permitindo espaços de “vazio constitucional”. A esse respeito, é esclarecedor o que preleciona Konrad Hesse²¹:

“Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille Zur Macht), mas também a vontade da Constituição (Wille Zur Verfassung).”

Esta formulação sugere que o “Direito existe para realizar-se”. O Direito Constitucional não foge a este desígnio. Sob esse enfoque, de nada adianta a existência de uma Carta Política pródiga em Direitos Sociais (tais como o direito à Saúde), se quando são confrontados judicialmente cedem espaço para outros de somenos importância. Ora, não se pode olvidar que a Constituição de 1988, influenciada por ideais democráticos e emancipatórios, optou por colocar a dignidade da pessoa humana como epicentro de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual ganhou especial destaque logo no primeiro artigo (inciso III).

Pode-se afirmar que tal escolha não foi em vão. Trata-se da adoção de um olhar humanitário e humanista para o Direito, onde o homem é visto em sua essência como razão de ser do próprio Estado.

Vivenciamos o neoconstitucionalismo; celebramos a supremacia axiológica da Constituição Federal e o fim do legalismo estrito. É momento do renascer de uma teoria de direitos fundamentais que finca suas bases na dignidade da pessoa humana. Decorre daí que toda e qualquer conclusão que se afaste destas premissas é absolutamente equivocada.

A proteção estatal ao direito à saúde é a (única) resposta constitucionalmente aceitável, pois é a que coloca (em atendimento ao que estabelece a própria Carta) o homem como valor supremo do sistema jurídico. A assistência aos desfavorecidos no que concerne

²¹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. Pág 19

ao direito à saúde é também a observância da garantia de um mínimo existencial, pois funciona como uma “espécie de rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair”.²²

O que se verifica é que a Constituição de 1988 garante as condições materiais de existência dos indivíduos, reforçando o dever dos entes da Federação em empenhar esforços para o alcance destes resultados. Tal inferência encontra respaldo até pelo Preâmbulo da Constituição, que não obstante não tenha força normativa, espelha o dever moral e os compromissos adotados pelo Poder Constituinte. In verbis:

“Nós representantes do Povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, como a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Igualmente a Constituição previu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no art. 3º, inciso I e III, respectivamente “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais”. O Direito à Saúde também reflete aqui, como fruto do princípio da solidariedade albergado no texto constitucional.

Por tudo que foi mencionado, não restam dúvidas de que, em caso de confronto do Direito à Saúde com outro, em especial o limite orçamentário, na figura da “reserva do possível”, a resposta constitucionalmente mais adequada será aquela que homenageie o primeiro, por traduzir o próprio direito à vida.

5 . CONSIDERAÇÕES FINAIS

²² BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pág 182

Espera-se ter deixado claro que o direito à saúde, espécie de direito social e, portanto, fundamental não pode ser analisado sem que se perpassasse pela análise da dignidade da pessoa humana. E esse exame, por sua vez, deve ir além do princípio estudado no Direito Constitucional Brasileiro disposto no art. 1º, inciso III.

Ademais, a dignidade da pessoa humana constitui terreno fértil para que o ser humano tenha condições de explorar as próprias potencialidades de forma plena, sendo certo que o Estado deve envidar esforços no sentido de propiciar-lhe isso.

A Saúde, hoje não é mais encarada como sinônimo de ausência de doença, eis que abarca uma gama de situações que levam à noção de bem-estar, cuja observância ainda é ideal a ser alcançado na atualidade e já era perseguido por nossos antepassados. Note-se que, já na Antiguidade Aristóteles em sua célebre obra ‘Ética a Nicômaco’ que, para sermos fiéis transcrevemos abaixo, trazia a lume a questão:

“(…) Retomando a nossa investigação, tendo em vista o fato de que todo o conhecimento e todo o trabalho visa a algum bem, procuremos determinar o que consideramos ser os objetivos da ciência política e o mais alto de todos os bens que se podem alcançar pela ação. Em palavras, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem que **esse bem supremo é a felicidade e consideram que o bem viver e o bem agir equivalem a ser feliz**; porém, divergem a respeito do que seja a felicidade, e o vulgo não sustenta a mesma opinião dos sábios. A maioria das pessoas pensa que se trata de alguma coisa simples e óbvia, como o prazer, a riqueza ou as honras, embora também discordem entre si; e muitas vezes o homem a identifica com diferentes coisas dependendo da circunstância: com a saúde quando está doente, e com a riqueza quando está pobre.”²³

Diante do exposto, parece cristalina a inferência de que não há como pensar, na consecução desta finalidade humana, qual seja, a felicidade, sem passar pela real observância dos direitos sociais, dentre os quais a saúde e respeito efetivo da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a busca epistemológica e filosófica da verdade, pode ser alcançada com uma resposta constitucionalmente adequada através de critérios racionais, refletidos por seus princípios e objetivos, que levem em conta sempre o indivíduo como o centro do ordenamento jurídico.

²³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2006. Págs. 19/20

Nessa linha de argumentação, reconhecemos que a jurisprudência já avançou bastante e paulatinamente vem ampliando o espectro de suas decisões referentes ao tema. Decisões corajosas e criativas já vêm sendo observadas.

Porém, pensando na realidade com que se deparam os cidadãos socialmente excluídos, não se pode negar que ainda é pouco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

_____. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco . Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martins Claret, 2006

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª edição revista, atualiz e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª edição 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In A Constitucionalização do Direito.

SLERCA, Eduardo. Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

STRECK, Lenio. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007

< http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=1793 > Acesso em 15 de junho de 2007

< <http://www.fonoesaude.org/saude.htm> > Acesso em 15 de junho de 2007