



Flavia Bahia Martins

**O Direito Fundamental à Saúde
no Brasil sob a Perspectiva do
Pensamento Constitucional
Contemporâneo**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Maria Celina B. de Moraes

Rio de Janeiro,
Junho de 2008



Flavia Bahia Martins

**O Direito Fundamental à Saúde no
Brasil sob a Perspectiva do
Pensamento Constitucional
Contemporâneo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio como parte dos requisitos parciais para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Maria Celina B. de Moraes

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Eduardo Ribeiro Moreira

Co-orientador

UERJ

Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland

UERJ

Prof. Antonio Cavalcanti Maia

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2008.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Flávia Bahia Martins

Graduou-se em Direito na Universidade Católica do Salvador em 2001. Professora de Direito Constitucional da Academia do Concurso Público e Professora de Direito Constitucional do Curso Iuris

Ficha catalográfica

Martins, Flavia Bahia

O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo / Flavia Bahia Martins; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. Co-orientador: Eduardo Ribeiro Moreira – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

150f.: 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Direitos Sociais. 3. Direito à Saúde; 4. Direito Constitucional. 5. princípios constitucionais. 6. Filosofia do Direito. 7. Neoconstitucionalismo I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

*À minha querida avó Margarida,
Que ilumina a minha vida,
Ainda que me olhando das estrelas...*

Agradecimentos

Tenho tanto a agradecer, que é difícil até começar...

Às duas raízes de minha vida: minha mãe Maria Lúcia, pelo amor incondicional e à minha irmã Andrea, pela presença de luz em minha existência.

À minha tia Angélica, pelo exemplo de luta e pela inspiração desse projeto. À Dalva e a Tita, pelo carinho com que sempre aqueceram o meu caminho. À Carol e a Renatinha, família querida, por toda a torcida. À Glaucinha, meu anjo da guarda, sem a qual, minha vida acadêmica não teria sequer iniciado.

A todos os professores do curso de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, pelo incentivo à pesquisa e por toda a dedicação. Meus especiais agradecimentos ao professor Antônio Cavalcanti Maia, por ter aberto os meus horizontes, possibilitando a escolha do tema ora apresentado. Aos queridos professores Anna Lúcia de Lyra Tavares e a Carlos Plastino, pelas aulas inspiradoras que influenciaram na elaboração do presente trabalho e se encontram, de uma maneira ou de outra, aqui presentes.

À minha orientadora, Maria Celina Bodin, pela confiança, pelas aulas instigadoras e pelo apoio, minha admiração e carinhoso agradecimento.

Ao meu amigo e co-orientador, Eduardo Moreira, pelo exemplo de perseverança, pelo carinho e por toda a dedicação na concretização deste trabalho.

Aos funcionários da secretaria do departamento da PUC-Rio, Anderson e Carmem, pelo afeto e atenção inesgotáveis.

Aos meus queridos colegas de mestrado, pelos debates engrandecedores e, em especial, Teresa e Vivian, pela presença e pela amizade.

À CAPES e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, essenciais para a realização dessa dissertação.

Aos meus amados familiares e amigos, pelo colorido que emprestam à minha vida.

À Bel e à Juju, pelas colaborações valiosas que tornam mais fáceis os meus dias.

Aos meus alunos, fonte inesgotável de inspiração, alegria da minha vida, serei a eles eternamente grata!

A Deus, por todos os motivos.

Resumo

Martins, Flavia Bahia. Moraes, Maria Celina Bodin de. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro, 2008. ???p Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A sociedade brasileira assiste com perplexidade e indignação o descuido do Poder Público com o direito mais precioso que é o da saúde. A vida humana, razão de ser do Estado, enfrenta desrespeitos diários com as filas nos hospitais, a falta de medicamentos, de leitos, de médicos e enfermeiros, enquanto o direito descansa, em seus cômodos preceitos teóricos clássicos que não atendem aos reclamos de uma sociedade que precisa de soluções urgentes. Levando em consideração este cenário de sofrimento, é cada vez mais vital a análise do Direito com base em pressupostos filosóficos e críticos. Decerto, não se pode mais compreender o conhecimento jurídico pautado em critérios unidimensionais, que vislumbrem apenas as contribuições teóricas e/ou práticas desta área de saber. A abertura das Constituições aos princípios, a realidade da ponderação, a pretensão de correção, a argumentação jurídica, alinhados à constitucionalização do Direito e ao reforço da jurisdição constitucional, apresentam um ordenamento jurídico mais arrojado e preparado para concretizar a vontade da Constituição e da sociedade brasileira. Com isso, o objetivo deste trabalho pretende trazer inovações para a efetivação do direito à saúde por meio dos postulados defendidos pelo pensamento constitucional contemporâneo que entendemos ser mais progressista e, para tanto, adotamos como referência teórica o neoconstitucionalismo proposto por Alfonso Figuerola, bem como as demais contribuições valiosas dos principais teóricos críticos atuais.

Palavras-chave

Direitos Sociais, Direito à Saúde, Direito Constitucional, princípios constitucionais, Filosofia do Direito, Neoconstitucionalismo.

Abstract

Martins, Flavia Bahia. Moraes, Maria Celina Bodin de **The fundamental right to health in Brazil in light of the contemporary constitutional line of thought**. Rio de Janeiro, junho de 2008. ???p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Brazilian society observes with perplexity and indignation the recklessness of the government with society's most precious right – public health. Human life – the government's main concern – is disrespected on a daily basis by the long cues in public hospitals, lack of medication, beds, doctors and nurses. Meanwhile, the right to public health lies still on one of its founding principles and does not meet the urgent needs of the people. Taking into consideration this suffering scenario, it is increasingly vital to analyze the Law with basis on the philosophical and critical premises. Surely, one cannot understand legal knowledge as set in a single dimensional criterion that only takes into consideration the theoretical and/or practical contributions of this area of knowledge. The inclusion of principles, pondering, intention of correction, legal argumentation in the Constitution aligned to the constitutionalization of the Law and of the strengthening of the constitutional jurisdiction, present a bolder legal system duly prepared to materialize the will of the Constitution and that of Brazilian society. All in all, the main goal of this study is to bring innovative ideas to the concretion of the right to health through the postulates which are defined as contemporary constitutional thinking. These thoughts are known to be more progressive and for this reason we end up using Alfonso's Figueroa's neoconstitutionalism proposal as a theoretical reference, as well as further valuable contributions of main and most recent theoretical critics.

Keywords

Social rights, Right to health, constitutional right, constitutional principles, legal philosophy, Neoconstitutionalism.

Sumário

1. Introdução	10
2. O Pensamento Constitucional Contemporâneo	13
2.1. A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada ao neoconstitucionalismo?	13
2.2. A Teoria dos Princípios, a ponderação e a necessária releitura da teoria das fontes.	21
2.3. A constitucionalização do ordenamento jurídico e o neoconstitucionalismo.	33
2.3.1. A rigidez constitucional	36
2.3.2. A garantia jurisdicional da Constituição	36
2.3.3. A força vinculante do texto constitucional	38
2.3.4. A sobreinterpretação	39
2.3.5. A interpretação conforme a Constituição	40
2.3.6. Influência da constituição sobre as relações políticas	41
2.4. A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?	45
2.4.1. Social	47
2.4.2. Técnica	50
2.4.3. Administrativa	51
2.4.4. Política	53
3. O Direito Fundamental à Saúde	55
3.1. Direitos Humanos, Dignidade da Pessoa Humana e Cidadania.	55
3.2. As gerações de direitos fundamentais, seu desserviço aos direitos sociais e o “equilíbrio existencial”	64
3.3. Informações sobre a saúde no Brasil: amparo legal, princípios informadores do Sistema Único de Saúde e dados estatísticos.	72
3.3.1. Definições e esboço histórico sobre a saúde	72

3.3.2. Natureza jurídica do direito à saúde e avanço legislativo no Brasil	75
3.3.3. Dos princípios norteadores do SUS	82
3.3.4. Dados estatísticos: o Brasil de muitos “Brasis” – uma triste realidade	85
3.4. O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas.	89
4. O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo	101
4.1. O Neoconstitucionalismo está comprometido com a força vinculante das normas constitucionais. Eficácia Direta do direito à saúde.	101
4.2. Densidade normativa de todas as normas constitucionais. Fim das normas programáticas. Caráter jurídico do direito à saúde.	104
4.3. Princípios da nova interpretação constitucional que tutelam o direito à saúde.	106
4.4. Vinculação de todos os poderes na implementação da saúde. O reforço à jurisdição constitucional associada à teoria da argumentação. Controle Judicial do Orçamento.	109
5. Conclusão	117
6. Referências bibliográficas	120

Introdução

O pensamento constitucional contemporâneo que dá título ao nosso trabalho não é algo já definido e sentenciado. Pelo contrário, está em processo de construção e de reconstrução. Representa, na realidade, um momento de redefinições positivas dentro de Estados Constitucionais, impulsionado pela globalização, pela internacionalização dos direitos humanos e pela força irradiante que passa a ter a Constituição nesse novo contexto. Como referencial desse momento de efervescência acadêmica, escolhemos o neoconstitucionalismo como o pensamento constitucional contemporâneo para ser a linha teórica mestra de nossas singelas pretensões de lastrear uma maior efetividade ao direito à saúde no Brasil.

A proposta desse trabalho no que tange ao neoconstitucionalismo é apresentar algumas de suas premissas informadoras que nascem da constitucionalização do ordenamento jurídico, sem pretensão de esgotar o assunto, que ainda está em processo de construção. Posicionamo-nos pelo neoconstitucionalismo como teoria de direito, tese defendida, entre outros renomados doutrinadores, por Alfonso Figuerola. Separamos alguns dos postulados mais importantes da teoria neoconstitucionalista em subseções diferenciadas para evitar o excesso de informações em um único eixo do trabalho.

Para finalidade de desenvolvimento da seção 2, intitulada de Pensamento constitucional contemporâneo, iniciamos na subseção 2.1 breve análise sobre o positivismo (e suas vertentes exclusivo e inclusivo), o mundo pós-guerra e o reencontro do direito com a dignidade da pessoa humana. O enfoque crítico centralizará suas atenções no positivismo exclusivo defendido, entre outros, por Hans Kelsen. Abordaremos sinteticamente o que chamamos de “rito de passagem” pós-positivista e apresentaremos o pensamento teórico contemporâneo neoconstitucionalista adotado neste trabalho, que é desenvolvido com mais detalhes nas subseções posteriores.

Em seguida, realizamos um estudo sobre a importância da releitura da clássica teoria das fontes, que – com a sua diferenciação de graus entre a aplicação

dos preceitos – precisa ser analisada à luz do Estado Constitucional de Direito, que é essencialmente principiológico. Para tanto, apresentamos a abertura das normas constitucionais aos princípios, trazida por Ronald Dworkin, bem como o método de ponderação dos conflitos, que é tratado juntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também reforçamos a importância do papel da doutrina nesse novo momento do Estado Constitucional de Direito, pois, sem a sua valiosa colaboração, a evolução não poderá ocorrer.

Na subseção 2.3 tratamos do processo de constitucionalização do ordenamento jurídico pós Segunda Grande Guerra, pressuposto teórico principal para o advento do neoconstitucionalismo. Nessa vertente, destacamos que o Estado Constitucional de Direito chegou tardiamente ao Brasil em razão dos anos de ditadura, mas que à luz das características do constitucionalismo apresentadas por Riccardo Guastini, conseguimos inserir o país nesse novo momento do direito. A partir daí, focalizamos a posição do neoconstitucionalismo como nova teoria do direito, com as colaborações de Alfonso Figuerola e demais filósofos críticos contemporâneos.

Em subseção seguinte, apresentamos uma “tentativa de solução” para minimizar a principal crítica dispensada ao neoconstitucionalismo pelos acadêmicos sobre o suposto decisionismo judicial trazido pelo reforço à jurisdição constitucional, que é inegavelmente forte postulado defendido pela nova linha teórica. Reunimos a anunciada proposta em quatro categorias distintas: social, técnica, administrativa e política.

Para efeito de desenvolvimento na seção 3, acerca do direito fundamental à saúde pública no Brasil, realizamos, na primeira subseção que o acompanha, simplificada abordagem histórica sobre os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e a sua relação com a cidadania. Traçamos um paralelo entre o cidadão de J. J. Rousseau e o cidadão brasileiro, apresentando o quadro da inconclusa cidadania brasileira.

Na subseção 3.2 analisamos o desserviço que a divisão dos direitos fundamentais em gerações propiciou aos direitos sociais, resultando, entre outras consequências, na sua estigmatização como norma de eficácia programática. À luz, mais uma vez, da dignidade da pessoa humana, também tratamos do princípio

do mínimo existencial, que recebe aqui a sugestão de ser denominado de equilíbrio existencial.

Na subseção seguinte trazemos informações sobre a saúde no Brasil e demais destaques sobre o seu amparo legal na Constituição e nas normas infraconstitucionais. São analisados os princípios informadores do Sistema Único de Saúde (SUS) e apresentados demais dados estatísticos relacionados à complexidade do tema.

As políticas públicas são analisadas na subseção 3.4 sob olhar crítico do neoconstitucionalismo. Para tanto, serão desenvolvidos alguns dos postulados defendidos por essa teoria/ideologia progressista, tais como o reforço à jurisdição constitucional e a argumentação jurídica, que, alinhadas à técnica da ponderação, são ferramentas importantes de defesa do controle judicial das políticas públicas no que tange ao direito à saúde.

Ao final, numa perspectiva talvez ousada, mas, sobretudo, otimista, defendemos que o direito à saúde pode ser mais bem tutelado e efetivado no Brasil sob o signo do neoconstitucionalismo. Ressaltamos algumas das valiosas ferramentas presentes nesse pensamento constitucional contemporâneo que poderiam auxiliar aos juízes constitucionais (doravante citados como os membros da corte constitucional brasileira e demais participantes da organização judiciária do país) e ao poder público em geral, na tarefa complexa, porém possível, de oferecer uma vida mais digna ao povo brasileiro, com uma saúde de qualidade.

O Pensamento Constitucional Contemporâneo

2.1

A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada do neoconstitucionalismo?

Nesta subseção, faremos uma breve análise sobre o positivismo (e suas vertentes exclusivo e inclusivo), o mundo pós-guerra e o reencontro do direito com a dignidade da pessoa humana. O enfoque crítico centralizará suas atenções no positivismo exclusivo defendido, entre outros, por Hans Kelsen. Abordaremos o que chamamos de “rito de passagem” pós-positivista e apresentaremos o pensamento teórico contemporâneo neoconstitucionalista adotado neste trabalho, que será desenvolvido também nas subseções seguintes.

Da mesma maneira que Immanuel Kant tratou de estabelecer de forma racional as condições de possibilidades das ciências físicas, Hans Kelsen se empenhou em fixar por meio da chamada “norma fundamental” as condições formais e necessárias do conhecimento jurídico, dirigido ao pensamento deôntico das normas positivas. No início do século XX, o jurista austríaco relata em sua famosa obra *Teoria Pura do Direito*,¹ uma concepção de ciência jurídica com a qual se pretendia finalmente ter alcançado, no direito, os ideais de toda a ciência: objetividade e exatidão.

Visando esse objetivo, Kelsen propôs como regra metodológica principal a extração de qualquer conteúdo valorativo da norma, com a finalidade de garantir autonomia científica para a disciplina jurídica, que, segundo ele, vinha sendo, ao longo dos anos, deturpada pelos estudos sociológicos, filosóficos e políticos. Ao propor a redução do direito ao que está positivado (normatizado), seu limite ao que está ordenado e tendo a lei como principal elemento válido, o jurista apregoava que dentro da ordem normativa fechada não existiria espaço para se discutir a injustiça das normas, pois, como podemos deduzir dos seus princípios, o problema da injustiça não seria nem jurídico.

¹. KELSEN, 1996.

A preocupação de Kelsen estava voltada para o objeto da ciência jurídica. Por intermédio da norma fundamental seriam proporcionadas as propriedades definidoras desse objeto. Com isso, o seu campo temático estaria separado e bem definido em relação às demais ciências naturais e normativas. Não se detecta claramente em sua obra grande interesse pelo conceito de direito, mas percebe-se a especificação de um campo temático homogêneo e específico para a ciência do direito. De acordo com o pensador, uma ciência jurídica em sentido estrito proporcionaria um ponto de vista exclusivamente jurídico sobre o direito, ou seja, deveria ser tratada como uma ciência normativa do direito.

Em sua obra clássica,² afirma a diferença que entende ser cartesiana entre direito e ciência jurídica, defendendo que a distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas. E ainda complementa dizendo que tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podem ser verídicas ou inverídicas.

Sendo o direito positivo, pode este ser moral ou imoral, independentemente do que se considere mais justo ou socialmente adequado. Assim, ainda que determinada norma contrarie um preceito de justiça, esta permanece repleta de validade jurídica. O direito positivo é, pois, o direito inserido pelo ente legiferante, dotado de validade e legitimidade, por obedecer a formalismos pertencentes a um determinado sistema jurídico.

Partindo desse ponto de vista, o jurista chega à conclusão de que o direito é uma ordem da conduta humana, um sistema fechado de normas. Como ordem normativa, o direito procura dar lugar a um determinado comportamento humano, associando a ausência desse comportamento a um ato de força socialmente organizado. Aí temos a diferença, para Kelsen, entre o direito e outros sistemas de normas: a reação à violação do dever-ser mediante um ato de força

². KELSEN, 1996.

socialmente organizado, de uma maneira centralizada como nos Estados modernos, ou descentralizada como sucedia nas ordens jurídicas primitivas. A realidade, para o doutrinador, reveste-se de um aspecto puramente jurídico quando uma norma empresta significado jurídico a essa realidade, de modo que esta possa ser interpretada de acordo com aquela. O direito é, então, a norma, e só a norma, pois esta é a única capaz de emprestar um significado que possa ser qualificado de jurídico aos atos humanos. Desse modo afirma Kelsen:

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, da proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Esta - se bem que quando tem caráter geral seja designada como "lei" - não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como "lei". Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica (Kelsen, 1996, p. 9).

O princípio vertebral da teoria kelseniana utiliza a regra metodológica denominada por Luis Alberto Warat³ de imanência significativa, ou seja, ficaria excluído do âmbito das significações jurídicas qualquer dado que não pudesse ser derivado diretamente das normas positivas válidas, extraindo-se delas qualquer contaminação axiológica.

A teoria waratiana⁴ destaca que nas idéias de Kelsen está presente uma clausura do sistema, ficando excluído do âmbito das significações jurídicas qualquer dado que não pudesse ser diretamente derivado das normas positivas válidas e especialmente, os sentidos evocados a partir das práticas políticas e ideológicas, as concepções sobre a justiça e as doutrinas do direito natural.

O eminente jurista Castanheira A. Neves⁵ também se insurge contra alguns critérios da opção metodológica defendida por Kelsen. Para Castanheira, o jurista se desinteressou do normativo jurídico material para se ocupar apenas da formal analítica de uma pura teoria sobre o direito, pois para o jurista austríaco tudo o que não fosse essa teorética analítica estaria inquinado de um ideológico

³. WARAT, 1995.

⁴. WARAT, 1983.

⁵. NEVES, 1995.

interesse político, já legitimante, já combatendo o poder, mas sempre em vista do poder.

Por sua vez, numa crítica ao positivismo kelseniano, Roberto Lyra⁶ defende que a ciência jurídica, com o apoio da sociologia e da filosofia jurídica, precisa voltar-se também para a análise histórica dos processos sociais em busca daqueles critérios de atualização dos padrões de justiça (finalidades éticas) e de legitimidade (mecanismos razoáveis de decisão e de aplicação do direito).

Com linha parecida de raciocínio, em sua obra *La Institucionalización de la Justicia*,⁷ Robert Alexy enfatiza que com a tese da separabilidade defendida por Kelsen, nega-se que exista uma conexão necessária entre o que manda o direito e o que exige a moral e a justiça e isso gera uma série de conseqüências sociais.

O renomado jurista positivista, cujos postulados são trazidos para análise, sustentaria o modelo denominado de positivismo exclusivo (duro, tradicional), também presente nos escritos de Norberto Bobbio⁸ e de Joseph Raz,⁹ um dos principais expoentes dessa linha de pensamento.

Herbert Hart,¹⁰ em seu *postscript* no qual rebateu as críticas recebidas por Ronald Dworkin sobre a sua clássica obra *O Conceito de Direito* se posicionou no sentido de que mesmo se as leis fossem redigidas de modo a resolverem antecipadamente todas as questões possíveis, a adoção de tais leis entraria em colisão com outros objetivos que o direito deve acarinhlar. Nesse breve relato, segundo a teoria e prática contemporâneas, o direito não se resume “à lei”, pois inclui a presença de princípios e valores morais, éticos. Com a abertura a fatos sociais, é possível daí perceber o nascimento de um positivismo moderado ou inclusivo (*soft*).

Écio Otto Duarte¹¹ observa que se para os positivistas jurídicos exclusivos os critérios morais de legalidade não pertencem ao sistema jurídico –

⁶. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica, ver LYRA, 1986.

⁷. ALEXY, 2005.

⁸. BOBBIO, 2008.

⁹. RAZ, 2001. Segundo o autor, o direito surge das fontes jurídicas e a sua existência e conteúdo podem identificar-se por referência unicamente a fatos sociais, sem recurso avaliativo algum.

¹⁰. HART, 2005, p. 313.

¹¹. DUARTE, 2007 p. 48-49.

porque a regra de conhecimento é determinada exclusivamente por fontes sociais – de modo distinto, os positivistas inclusivos sustentam que – se a moralidade é ou não uma condição de legalidade em um sistema jurídico particular, depende de uma regra social ou convencional, isto é, da regra de reconhecimento.¹²

Poderíamos concluir, sem esgotar o tema, por não ser a proposta principal desse trabalho, que a diferença mais importante entre o clássico positivismo (ou exclusivo, forte) e o positivismo moderado (inclusivo, *soft*) seria que o primeiro apregoa a separação cartesiana entre o direito e a moral e o segundo, mais brando, reconhece a existência contingente da moral, dos princípios, mas não os vincula à validade da norma, além do que, a subsunção continua sendo a regra principal da lógica jurídica, como no positivismo clássico.

Não se pode deixar de lado no processo de produção da significação jurídica o papel do saber jurídico, dos valores sociais e econômicos predominantes na sociedade de sua época. Não podemos mais fazer um corte sem piedade nas significações jurídicas produzidas pelo cientista jurídico e pelo operador do direito, haja vista o caráter cada vez mais mutável do ordenamento jurídico. O juiz, na função de aplicador da lei, não se limita a aplicá-la, ele dá à norma uma significação jurídica. Da mesma forma que os acadêmicos nas diversas escolas de direito do país não se limitam a ler o enunciado da norma, mas também constroem novas e importantes significações.

O truculento desrespeito aos direitos fundamentais e a descartabilidade da pessoa humana verificada durante as grandes guerras mundiais precisou ganhar uma nova página na história e com isso, no processo de reconstrução da dignidade esquecida, os direitos humanos surgiram como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Nos dizeres de Flávia Piovesan,¹³ “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução.”

Após os tristes episódios das grandes guerras, os ordenamentos jurídicos mundiais precisaram passar por um importante processo de constitucionalização e de resgate de valores esquecidos durante os períodos

¹². Nessa parte final, DUARTE (2007) faz referência a Coleman, *The Practice of Principle*, 2001 p. 108.

¹³. PIOVESAN, 2006, p. 28.

tirânicos. Em razão disso, o debate sobre os direitos fundamentais na modernidade vem merecendo cada vez maior destaque. São vários os estudos, bem como a intensa discussão, no meio jurídico e social, nacional e internacional, sobre esse assunto tão importante e crucial para a sociedade contemporânea.

De acordo com Luís. M. Cruz,¹⁴ com o fim da Segunda Guerra Mundial se abriu na Europa Ocidental um modelo de Estado Constitucional que concebe a Constituição como uma norma que incorpora um denso conteúdo normativo, composto de valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos.

Consagrado como valor jurídico universal, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a dignidade da pessoa humana¹⁵ – entendida como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável – passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e, principalmente, indivíduos. Unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade, aos quais confere legitimidade.

Não há dúvidas de que quando o núcleo do sistema jurídico passa a ser: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a prevalência dos direitos humanos, a função social da propriedade e do contrato, é imperioso que se abandone o mito racionalista de que tudo pode ser explicado pela lei.

O critério de validez e o discurso de conhecimento organizado a partir do princípio de imputação no domínio do dever-ser propiciam um conhecimento do direito positivo, porém não solucionam os problemas centrais do conhecimento operativo, da interpretação e aplicação da lei. Por isso, a análise crítica do direito vai tomando forma em grande parte devido à sua necessidade de surgir como uma proposta inovadora dos valores epistemológicos que regulam o processo de constituição das verdades jurídicas consagradas.

¹⁴. CRUZ, 2005

¹⁵. O tema será discutido em seção específica.

E é nesse momento que nasce o que chamamos de “rito de passagem”, o pós-positivismo, amparado pelas valiosas colaborações de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a abertura das Constituições aos princípios, que receberão uma atenção especial nesse trabalho em subseção específica.

Denominamos “rito de passagem” porque entendemos que o pós-positivismo nunca se solidificou como uma nova teoria ou ideologia. Foi um momento de redefinição de valores, necessário e exigido pelo mundo pós-guerra. Na opinião de Antônio Cavalcanti Maia,¹⁶ Albert Calsamiglia desenvolveu aguda análise utilizando o termo pós-positivismo, trazendo referências ao assunto em diversos artigos, que poderia ser concluída (não encerrando o debate sobre o assunto) da seguinte maneira: pós-positivismo = superação do positivismo por princípios + constitucionalização do direito.

Paulo Bonavides, para quem “a teoria dos princípios se converteu no coração das Constituições”,¹⁷ é um dos expoentes do rito de passagem pós-positivista no Brasil. Segundo o jurista, as Constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, que foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Luís Roberto Barroso,¹⁸ também nessa linha de raciocínio, afirma que a marca do pós-positivismo seria a ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. A discussão sobre a ética é analisada juntamente com o direito e os princípios, e o procedimento da ponderação é utilizado com as novas técnicas de interpretação constitucional. Segundo o autor, o pós-positivismo representaria a “virada kantiana”,¹⁹ com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de regras e princípios, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.

A abertura das Constituições a princípios e valores, como já acentuamos, é assim captada por Canotilho: “O direito do Estado de Direito do

¹⁶. MAIA, 2006, p. 405.

¹⁷. BONAVIDES, 2006.

¹⁸. BARROSO, 2001, p. 5-37.

¹⁹. Para Kant, o Estado tem como meio e fim o ser humano.

século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos Códigos: o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.²⁰

Com o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, o debate hodierno do direito proclama uma universalidade maior para a compreensão do fenômeno jurídico, mais preocupado com a moral e com a ética do que tão-somente com a letra da lei. E o aparecimento desse verdadeiro Estado Constitucional de Direito fez nascer, no início do século XXI, um dos pensamentos contemporâneos que ganha força diária como proposta de teoria de direito inovadora, o neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonnel, organizador do primeiro trabalho apresentado sob o signo do termo neoconstitucionalismo(s),²¹ no prefácio da referida obra, apresenta que a realidade constitucional após a Segunda Guerra Mundial, evidenciada principalmente pelas Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978), tem evoluído em muitos sentidos.

Numa posição à época ainda tímida sobre o assunto, o jurista mexicano apontava para a formação de um Estado (neo) constitucional, que permitiria o nascimento de mais de um (neo) constitucionalismo. Anunciava que as aplicações práticas e teóricas sobre o assunto ainda estariam por vir, mas que já se poderiam observar alguns aspectos comumente presentes nesse novo momento do constitucionalismo, como por exemplo: a técnica de ponderação de bens constitucionais e a forte influência judicial que estaria presente em todos os postulados neoconstitucionalistas.

Em palestra recente no Rio de Janeiro,²² o pensador apresentou o neoconstitucionalismo como sendo o conjunto de três postulados, organizados em um Estado Constitucional em perfeito funcionamento. Segundo o jurista mexicano, seriam essas as premissas: i) ideologia que tenta explicar o surgimento de novos textos constitucionais pós Segunda Guerra Mundial; ii) novas práticas

²⁰. CANOTILHO, 1999.

²¹. Apresentada sob o signo plural, diante das várias dimensões que o assunto agrega. Ver CARBONNEL, 2003.

²². II Congresso Internacional de Direitos Sociais da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, realizado no auditório do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre os dias 12 a 14 de novembro de 2007.

jurisdicionais, com a utilização da ponderação, proporcionalidade e maximização dos efeitos normativos; e *iii*) teoria jurídica nova que influi nos julgamentos.

As contribuições apresentadas por diversos juristas de renome²³ no trabalho de estréia do neoconstitucionalismo ganharam valiosas contribuições dos pensadores críticos da atualidade, o que deu ensejo a um segundo trabalho, organizado sob o título de *Teoría del neoconstitucionalismo*, também sob a coordenação de Miguel Carbonnel.

As obras citadas e algumas outras (estamos tratando de uma teoria nova, que não conta, portanto, com um vasto arcabouço literário à disposição) que colaboram para a solidificação do neoconstitucionalismo e sua afirmação como teoria do direito progressista servem de referência para as próximas subseções deste trabalho.

2.2

A teoria dos princípios, a ponderação e a necessária releitura da teoria das fontes

O principal objetivo desta subseção é realizar uma síntese sobre a importância da releitura da clássica teoria das fontes, que – com a sua diferenciação de graus entre a aplicação dos preceitos – precisa ser analisada à luz do Estado Constitucional de Direito, que é essencialmente principiológico. Para tanto, apresentamos a abertura das normas constitucionais aos princípios, bem como o método de ponderação dos conflitos, que é tratado juntamente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Também reforçamos a importância da doutrina nesse novo momento do Estado Constitucional de Direito, pois, sem a sua valiosa colaboração, a evolução não poderia ocorrer.

Logo após a Primeira Guerra Mundial, as Constituições começaram a adotar em seus textos os chamados direitos sociais, inspirados na idéia de Estado Social, e os homens passaram a exigir determinadas prestações, tais como: educação, saúde, trabalho, assistência e previdência. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os textos das Constituições modernas (os mais relevantes para

²³. Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ricardo Guastini, Luis Pietro Sanchís, dentre outros expoentes da área jurídica e filosófica.

esse trabalho) também defenderam a tutela aos chamados “direitos difusos” e o novo jogo de valores socioculturais apontaram, diante desse novo cenário, os princípios frente às regras específicas, como se observa principalmente das Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e da brasileira de 1988.

Expressões como “dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”, “função social da propriedade”, “valores sociais do trabalho”, “boa-fé”, “solidariedade” e tantas outras, associadas ao caráter compromissório e diretivo das Constituições modernas, ficam sem sentido algum como já dissemos, se analisadas a partir das regras traçadas pela racionalidade do positivismo jurídico. O mito cartesiano clássico de que tudo pode ser explicado pela lei perde o seu valor diante da nova realidade constitucional.

Ressaltemos que não é mérito do neoconstitucionalismo a descoberta dos princípios, pois eles sempre desempenharam papel importante na orientação das decisões judiciais, com seus fundamentos axiológicos, valorativos, éticos e morais, funcionando como verdadeiros guias condutores do dia-a-dia do aplicador do direito. Tampouco aqui se pretende asseverar que o positivismo nega a existência dos princípios. Mas é imperioso salientar que foi sob a égide do Estado Constitucional de Direito que os princípios deixaram o papel de coadjuvantes das regras para serem os protagonistas nesse novo momento da história do direito.

Hodiernamente, como nos ensina Canotilho,²⁴ embora tanto o princípio como a regra sejam espécies de norma – o princípio se diferencia da regra porque, em livre resumo, o princípio tem um maior grau de abstração, porque traz sempre um caráter de fundamentalidade dentro do sistema e um compromisso maior com a idéia de justiça e, enfim, porque o princípio é o próprio fundamento da regra, sendo esta um desdobramento casuístico daquele. A abertura das Constituições aos princípios é assim captada pelo jurista português “O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras e dos Códigos: o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.”²⁵

²⁴. CANOTILHO, 1999, p. 1.085 e seguintes.

²⁵. CANOTILHO, 1999, p.1085 e seguintes..

Tendo em vista que a condensação axiológica dos princípios dificulta a sua tradução em regras que os esgotem, os princípios passaram a “fulgurantes pilares no ordenamento jurídico”, como preceitua Eduardo Slerca²⁶ e é nesse contexto que nasce também uma nova perspectiva sobre os direitos fundamentais, tão alicerçados e protegidos pelos princípios.

Um dos expoentes dessa importante teoria de princípios é Ronald Dworkin, que em sua obra *Levando os Direitos à Sério*,²⁷ contribuiu para essa abertura do ordenamento jurídico, colaborando para o nascimento do Estado Constitucional de Direito, bem marcado pela beleza dos princípios, proporcionando uma verdadeira revolução na clássica teoria das normas de cunho positivista.

O jurista anglo-saxão começa a sua análise sobre o importante tema, definindo o esqueleto principal das proposições positivistas, catalogando-as, em síntese, da seguinte forma: i) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento deve ser punido ou coagido pelo poder público; ii) o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o “direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”; iii) dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que esse alguém faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.²⁸

Em seus escritos, Dworkin frisa que o soberano não pode antecipar todas as contingências sociais por meio de um sistema de ordens, algumas de suas proposições serão inevitavelmente vagas ou pouco claras e o postulado i) resta, desta forma, fragilizado. Em contrapartida, se não há regra clara protegendo o direito do indivíduo, abre-se passagem para uma ampla discricionariedade judicial para criar novas ordens e o primado ii) também fica prejudicado. No item final, significaria dizer que na ausência de tal regra jurídica válida não existiria obrigação jurídica, então, ao decidir uma matéria controversa, exercendo a sua

²⁶. SLERCA, 2002.

²⁷. DWORKIN, 2002.

²⁸. DWORKIN, 2002, p. 27-28.

discrição, o juiz não estaria fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria?

Essas e outras críticas são lançadas por Dworkin para chegar ao que ele mesmo denominou de “ataque geral contra o positivismo”²⁹ e revela que a sua estratégia de combate se inicia em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de obrigações jurídicas, eles recorrem a ferramentas que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões, batizados em sentido genérico como “princípios”. Nesse sentido, reitera que uma das diferenças entre princípios e regras seria de natureza lógica. Os dois padrões apontariam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, pois, presentes os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Os princípios também possuem uma dimensão que as regras não retratam: a dimensão do peso e da importância. Quando os princípios se inter cruzam (como por exemplo, a liberdade de imprensa e a intimidade), o intérprete deverá levar em consideração a força relativa de cada um. Em contrapartida, nas palavras de Dworkin, funcionalmente:

(...) uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos deixar de dizer que uma regra é mais importante que outra quando parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância ser maior (Dworkin, 2002, p. 43).

Acrescentaríamos ainda que, embora os princípios e as regras devam atender igualmente aos ideais de justiça, os princípios estão mais próximos dessa finalidade do que as regras, em razão de seu alto conteúdo axiológico e moral e, ademais, constituem, em nossa opinião, a própria *ratio* das normas jurídicas.

²⁹. DWORKIN, 2002, p. 35.

Essa distinção entre regras e princípios, lembra-nos Lênio Streck,³⁰ não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado e de seus fracassos, tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Regras e princípios são textos de onde se extraem normas e as primeiras, que são produzidas democraticamente, podem e devem unidas aos princípios, traduzir a institucionalização da moral no direito.

No reencontro entre direito e moral, proclamado pela teoria neoconstitucionalista, os princípios ganham destaque na ponderação dos conflitos dos direitos fundamentais e ainda, segundo Alexy,³¹ na pretensão de correção, que substitui a pretensão de verdade de cunho positivista.

Quando há “aparente” colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se o método da ponderação, ou balanceamento (*balancing ad hoc*), uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional. Para Canotilho,³² “a ponderação é a forma característica de alocação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios.”

A ponderação é um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em conflitos concretos. Não é de modo algum um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, ou de “sentimentos”. Precisamente por isso é que o método de *balancing* não dispensa uma cuidadosa *topografia* do conflito e nem uma *justificação* da solução do conflito através da ponderação.

Segundo o jurista português, quando é que, afinal, se impõe a ponderação para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais? Os pressupostos básicos são os seguintes: i) em primeiro lugar, a existência de, pelo menos, dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser “realizadas” em todas as suas potencialidades; ii) a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma constitucional; e iii) finalmente, é indispensável que a *justificação* e *motivação* da regra de prevalência parcial

³⁰. STRECK, 2008.

³¹. ALEXY, 2005.

³². CANOTILHO, 1999, p. 1.109 e seguintes.

assente na ponderação, devendo ter-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade e da justiça, da segurança jurídica.³³

Na ponderação entre conflitos de direitos fundamentais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm sido muito utilizados por nossos juízes constitucionais, não raro como expressões sinônimas, ou ainda como gênero e espécie. Despertam polêmicas pela alta carga de subjetividade que, em nossa opinião, o neoconstitucionalismo pode ajudar a resolver tendo como critério de destaque, uma argumentação jurídica mais acirrada.

O princípio da razoabilidade encontra guarida no direito norte-americano, principalmente na 5ª e na 14ª Emendas. A 5ª Emenda faz parte do *Bill of Rights* norte-americano, adicionado à Constituição Federal em 1789, que dispunha (no tocante ao nosso estudo) que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o *due process of law*. Enquanto que a 14ª Emenda foi inserida com o intuito de estender a garantia do *due process of law* aos ex-escravos, após a Guerra Civil, e ao direito dos Estados federados; acrescentando, no entanto, o primado do tratamento igualitário pela lei, também para o direito federal. É importante destacar que a cláusula do *due process of law* (que deve ser entendida nos seus contornos processual e substantivo) deve ser aplicada como meio de interpretação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana e que passou de uma simples garantia processual, para o controle de mérito das decisões estatais.

Em suma, a noção de razoabilidade guarda afinidade com a idéia de equilíbrio, moderação e harmonia. Busca aquilo que atende ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento. Em última análise, pretende alcançar a justiça, carregando, portanto, forte elemento subjetivo e abstrato.

A proporcionalidade, por sua vez, é posterior à razoabilidade norte-americana e foi desenvolvida, a partir da década de 1950, pelo Tribunal Constitucional Alemão. A Corte a elaborou como um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, empregada particularmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de

³³. CANOTILHO, 1999, p. 1.109 e seguintes.

um interesse coletivo, implicasse a restrição de um direito fundamental. É na Alemanha que o princípio da proporcionalidade ganha raízes mais profundas.

De acordo com a doutrina alemã defendida por Alexy, ela seria composta por três sub-regras: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Adequada seria a medida capaz de fomentar, e não obrigatoriamente atingir determinado fim; necessária, aquela que, quando comparada a outras tão eficazes quanto, restringisse em menor escala o direito fundamental violado; e proporcional em sentido estrito, a medida que promovesse a realização de um direito fundamental mais importante do que o que com ele colide.

Sob a influência do direito germânico, a proporcionalidade passou a ser utilizada por diversos países, entre eles Portugal, onde foi incorporada ao conceito de razoabilidade, proveniente do direito anglo-saxão, através do qual se examina a compatibilidade entre os meios e os fins. No direito lusitano, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18, do Texto Magno de 1976, que dispõe: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Na França, o princípio da proporcionalidade é compreendido apenas no âmbito da jurisdição administrativa, manifestando-se toda via a partir do denominado *pouvoir descriptif* (poder discricionário), que é limitado pelo *détournement du pouvoir* (desvio de poder); na Suíça, ele é definido sumariamente apenas como a necessidade de se respeitar uma relação entre os meios empregados para tomar uma medida e atingir o fim procurado;³⁴ na Itália, segundo Suzana de Toledo Barros,³⁵ a Corte Constitucional vem controlando de forma rigorosa se os limites aos direitos esculpidos na Constituição, estabelecidos pela lei, são razoáveis em face dos princípios consagrados na Carta. Segundo a autora, os juristas italianos já falam em *idoneità, necessità e proporzionalità del*

³⁴. SLERCA, 2002.

³⁵. TOLEDO BARROS, 2003. p. 52-53.

prouvedimento, sem contudo apresentarem um estudo sistemático sobre o tema, que ainda se ressentem da falta de unanimidade nas técnicas e terminologias utilizadas.

Atualmente, alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides,³⁶ entendem que a razoabilidade ou proporcionalidade poderiam ser extraídas implicitamente do art. 5º, §2º, da Carta Magna, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Entendemos, entretanto, que no atual artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Brasileira, a previsão do princípio da razoabilidade do direito norte-americano é disposta expressamente. Com a cláusula do *due process of law*, entendida no seu duplo aspecto – material e processual – encontramos um decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável e um importante fundamento para a ponderação dos conflitos de interesses e controle de constitucionalidade.

A utilização dos dois princípios também desperta críticas na doutrina brasileira, como a que faz Luís Virgílio Afonso da Silva:³⁷

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados (Afonso da Silva, 2002).

Como já expusemos, face à insuficiência dos critérios tradicionais de solução de antinomias, a ponderação de interesses emerge como importante ferramenta para a solução de colisões entre os vários princípios existentes na ordem jurídica. Entendemos que a falta de critérios técnicos para a sua aplicação deve ser colocada na ordem do dia nas discussões dos tribunais brasileiros. A sua utilização com prudência, verificadas as hipóteses

³⁶. BONAVIDES, 2006, p. 352-355.

³⁷. AFONSO DA SILVA, 2002, p. 23-50.

casuisticamente, pode representar importante ferramenta de controle no Brasil, funcionando como limite aos desmandos do Executivo e do Legislativo e garantia das liberdades individuais. Por outro lado, a utilização fluida dos princípios pode resumir a justiça à razoabilidade (ou não!) da decisão do caso concreto, ferindo um princípio importante do Estado Constitucional de Direito: o da segurança das relações jurídicas.

Nesse cenário, o neoconstitucionalismo pode colaborar para a diminuição dos desmandos das decisões judiciais com a tese de uma argumentação jurídica mais organizada, oferecendo ao país contornos mais técnicos para a solução dos conflitos, como analisado em seção específica.

Feitas essas considerações, passamos à análise das fontes do direito.

O problema das fontes jurídicas é uma questão que pertence à ciência do direito em geral e, por isso, são estudadas pela teoria geral do direito. A palavra fonte deriva do latim *fons*, *fontis* e esta de *fundo dare*, significando derramar. Daí porque podemos considerar as fontes do direito como o lugar onde nasce ou brota a norma jurídica. Nesse sentido, Agustín A. Gordilho³⁸ distingue as fontes em formais e materiais. As primeiras seriam aquelas que diretamente passam a constituir o direito aplicado e as segundas as que promovem ou originam, em sentido sociopolítico, as primeiras. Em consequência, a Constituição, as leis, os regulamentos e a jurisprudência seriam fontes em sentido formal e os fatos sociais, a doutrina e os costumes, em sentido material.

Manuel Maria Diez³⁹ complementa dizendo que embora as fontes sejam comuns a todo o ordenamento jurídico, assumem, em alguns ramos do direito, importâncias distintas. O autor ainda apresenta a posição de outros doutrinadores, como Linares Quintana, para quem a fonte seria os modos ou as formas mediante os quais o Estado realiza o direito na função da regra jurídica para aplicá-la; Sayagués Laso, que defende que as fontes são os elementos formais ou não formais, dos quais surgem as normas de direito; e Garrido Falla, que entende que as fontes são os atos, fatos de produção normativa que produzem

³⁸. GORDILHO, 1974, v. I.

³⁹. DIEZ, 1990.

proposições que determinado ordenamento jurídico qualifica como norma jurídica.

Na clássica teoria das fontes positivista, o direito seria um conjunto de regras especialmente elaboradas pelo Parlamento e selecionadas para a finalidade de regerem a ordem pública. Seriam comandos objetivos aplicados mediante subsunção. E foi sob o primado da lei – como regra – que o positivismo influenciou no Brasil a criação do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.⁴⁰ O dispositivo seleciona, como fonte primária do ordenamento jurídico, a lei e, em sua omissão, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Como o neoconstitucionalismo pretende defender o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas sociais e a transformar os direitos (e o direito) a partir da Constituição, é indispensável uma releitura dessas disposições, como bem leciona Pietro Sanchís:

(...) o neoconstitucionalismo requer uma nova teoria das fontes afastada do legalismo, uma nova teoria da norma que dê entrada ao problema dos princípios e uma reforçada teoria da interpretação, nem puramente mecanicista, nem puramente descritiva, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjugados por um sistema plausível de argumentação jurídica (Sanchís, 2003, p. 158).

O novo paradigma do direito neoconstitucional supera a clássica visão positivista do direito enquanto sistema de regras, a partir dos princípios que passam a representar uma efetiva possibilidade de resgate do mundo prático. Nesse diálogo aberto, não há espaço para a aplicação detalhada de fontes catalogadas por ordem de importância como preleciona a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Com a força irradiante, ou nas palavras de Guastini, com a “força invasora” da Constituição, há uma necessária releitura das fontes jurídicas à luz do prelecionado pelas próprias normas constitucionais que, como já analisamos, abriram-se para um sistema de regras e princípios.

O costume, de acordo com Manuel María Díez,⁴¹ é fonte não escrita que resulta não apenas de uma expressa manifestação de vontade da coletividade organizada, mas sim de um comportamento uniforme e constante praticado com a

⁴⁰. Art. 4º, da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.”

⁴¹. Díez, 1990.

convicção com que se responde a uma obrigação jurídica. Deriva da repetição de fatos materiais em um determinado sentido, acompanhado daqueles elementos psicológicos que consistem em considerar obrigatório tal comportamento frente ao ordenamento jurídico.

A fonte costumeira indubitavelmente influenciou a formação do direito nas sociedades primitivas e no Brasil teve grande importância, principalmente como fonte do direito empresarial, que se formou mediante a realidade das trocas e escambos, por exemplo. Entretanto, com a complexidade da vida moderna, é difícil observar o costume como fonte imediata de direito. É claro que a repetição dos fatos é elemento transformador do direito. Aliás, bem pertinente a inserção da conhecida observação de Konrad Hesse – de que na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas que essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para por essa realidade, novamente, em concordância com a Constituição – e também muito lúcida, mas a influência dos costumes irá justificar que, mediante os princípios constitucionais, decisões judiciais sejam tomadas, ou, por força da mutação constitucional, determinem uma nova posição jurisprudencial.

A doutrina, não citada como fonte no referido dispositivo, ganha papel de muito destaque no Estado Constitucional de Direito. Sem as valiosas contribuições de juristas e acadêmicos na construção desse novo momento da história, esvaziariamos as decisões judiciais, que cada vez mais buscam em seus fundamentos amparo nos estudos realizados por profissionais especializados nessa área do saber (que por amor à pesquisa, mesmo não recebendo muitas vezes a justa remuneração, não se desviam de seus propósitos). Na tarefa árdua e muitas vezes solitária do estudo acadêmico, a contribuição da pesquisa é fonte das mais aprimoradas para a transformação do direito e da sociedade. Inúmeras teorias e conceitos que hoje estão presentes no ordenamento jurídico foram produto do estudo rigoroso dos “transformadores do direito”.

É imperioso destacar que o próprio positivismo jurídico teve uma grande importância na evolução do papel da doutrina como fonte do direito (ainda

que não formalmente citada na Lei de Introdução). Na ausência da lei como solução imediata para a aplicação da subsunção, os intérpretes sempre buscaram amparo nos livros, artigos jurídicos, dissertações e teses, que, filhos da pesquisa, contribuíram para a abertura dos horizontes jurídicos. Sem falar que é a partir da crítica ao positivismo jurídico que nasce esse novo momento neoconstitucional, com a colaboração imprescindível da doutrina nacional e estrangeira.

Não é à toa que aplicadores e operadores do direito retornam com cada vez mais frequência às universidades com o objetivo de renovarem as suas “certezas jurídicas”, muitas vezes ultrapassadas e perdidas em um direito que não está mais na ordem do dia. Mestrados e doutorados refinam o conhecimento jurídico e, das salas de aula, debates e produções científicas trazem importantes contribuições para o amadurecimento do saber. A Filosofia do direito e os postulados filosóficos gerais são aliados também muito importantes nesse momento de transformação do raciocínio jurídico.

A própria Lei das Diretrizes e Bases da Educação⁴² exige, desde 1996, que o corpo de profissionais nas universidades seja formado por pesquisadores e estudiosos, primando por maior excelência no ensino e contribuindo, conseqüentemente, para a evolução da doutrina.

Com o reforço da jurisdição constitucional, a uniformização da jurisprudência presente nas súmulas vinculantes, o instituto da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário e os efeitos vinculantes das decisões nas ações do controle concentrado de constitucionalidade também apontaram para a importância da jurisprudência nesse novo contexto de revisão das fontes. São aparatos jurídicos modernos que inegavelmente possuem maior destaque do que os costumes e a analogia.

Os princípios gerais do direito não foram de modo algum substituídos, mas devem conviver harmoniosamente com os princípios constitucionais,

⁴². A Lei 9.394/1996 assim dispõe: (...)

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

explícitos e implícitos, e caso sejam colocados em conflito, a ponderação deverá, com equilíbrio, harmonizá-los.

O neoconstitucionalismo não defende, por certo, a existência de grau de importância entre as fontes, ou mesmo que uma fonte deva ter prevalência hierárquica sobre a outra. A Constituição, que é a fonte primeira e o oxigênio de todo o ordenamento jurídico, é a preocupação principal dessa nova teoria do direito, que prima pelo destaque aos princípios, que não podem mais serem reduzidos a fontes terciárias do sistema normativo.

2.3

A constitucionalização do ordenamento jurídico e o neoconstitucionalismo

As mudanças acontecem em nossas vidas todos os dias, algumas por nós planejadas, a maioria nem tanto. A velocidade dos acontecimentos às vezes não nos permite refletir que o mundo é energia, transformação. *As polis, civitas e landers* foram transformadas em grandes metrópoles, que em nada lembram os tempos de uma sociedade primitiva. Fomos à lua, à luta, vivemos no Brasil da monarquia e república, anos de ditadura e de “pseudo-democracias”. Essa força transformadora toma conta também do direito e o obriga constantemente a rever as suas certezas, estimula-o a enfrentar novos desafios, acalora debates, sempre procurando se aprimorar, mas sem pretensão de verdade, e sim na busca de um ideal ainda mais caro, a justiça.

O pensamento constitucional contemporâneo que dá título ao nosso trabalho, como já dissemos, não é algo já definido, sentenciado, pelo contrário, está em processo de construção e de reconstrução. Representa, na realidade, um momento de completas redefinições positivas dentro de Estados Constitucionais, impulsionado pela globalização, pela internacionalização dos direitos humanos e pela força irradiante que passa a ter a Constituição nesse novo contexto.

Em verdade, são muitos os pensamentos constitucionais contemporâneos; a efervescência jurídica toma conta da comunidade acadêmica e nos brinda com grandes debates e posições. E assim deve continuar por muito

tempo. A tese do garantismo de Ferrajoli⁴³, o positivismo inclusivo de Hart, o pós-positivismo de Calsamiglia, são algumas das manifestações contemporâneas da maneira de pensar o direito. E justamente em consideração às diversas maneiras de interpretar o constitucionalismo contemporâneo que optamos pelo título Pensamento constitucional contemporâneo, e não neoconstitucionalismo, em que pese a opção clara pela teoria neoconstitucionalista como melhor proposta da atualidade como defesa de efetivação do direito à saúde.

A avalanche de transformações vivenciadas pela sociedade após a Segunda Guerra marcou para sempre o direito e, principalmente, o seu cérebro mais atuante: o homem.

Na Europa, a reorganização do ordenamento jurídico, aconteceu mais rapidamente do que no Brasil. As Constituições italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978) apresentaram modelos de Constituições abertas, destacadas pelo brilhantismo de seus princípios, permitindo uma verdadeira “constitucionalização do ordenamento jurídico”, que segundo Riccardo Guastini⁴⁴ significa um processo de transformação de um ordenamento jurídico que resultaria, ao final, com a sua impregnação de normas constitucionais, ou, como nas próprias palavras do jurista italiano: na própria invasão da Constituição!

Ainda com esboço na opinião de Guastini,⁴⁵ existiriam condições a ser preenchidas para que um ordenamento jurídico seja considerado “constitucionalizado”, quais sejam: *i*) a existência de uma constituição rígida (alterável mediante procedimento legislativo especial); *ii*) a garantia jurisdicional da Constituição (um controle efetivo de constitucionalidade das leis); *iii*) a força vinculante do texto constitucional (com a máxima efetividade de suas normas); *iv*) a sobreinterpretação (uma interpretação constitucional mais aprimorada); *v*) a aplicação direta de suas normas (derivada da combinação da força vinculante e da sobreinterpretação); *vi*) a interpretação conforme a Constituição (técnica de interpretação que possibilita a manutenção da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico se interpretada de maneira harmoniosa com a Constituição);

⁴³ que mereceria uma análise teórica mais apurada, quem sabe em outro trabalho

⁴⁴. GUASTINI, 2003, p.154.

⁴⁵. GUASTINI, 2003.

e a vii) influência da constituição sobre as relações políticas (que ensejaria numa postura mais ativa do judiciário na concretização da vontade da Constituição).

[Alessandro Pace](#)⁴⁶ acrescenta que o constitucionalismo implica uma organização metodológica necessária para evitar as possíveis arbitrariedades de qualquer uma das manifestações do poder. O professor italiano ressalta que é preciso controlar as imunidades dos chefes de Estado e dos membros do Parlamento, as funções do Tribunal Constitucional, sem perder de vista a eficiência dos poderes públicos, evitando sempre que a necessária discricionariedade (que deve estar limitada, ao menos numa perspectiva finalista) não redunde nunca em arbitrariedade.

Salientamos, igualmente, que o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico constrói uma inegável relação constitutiva entre a Constituição e os direitos fundamentais, que não se resolve apenas pela constatação de que os direitos estão protegidos materialmente na Constituição, mas sobretudo que a Constituição se configura como uma verdadeira técnica de proteção dos direitos fundamentais, dando-lhes uma *naturaza* mais normativa e concreta.⁴⁷

Antes de analisarmos o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, é importante asseverar que, por conta dos anos de retrocesso político, social e constitucional vivenciados pelo país durante os 21 anos de ditadura militar, ele se manifestou muito tempo depois do processo europeu. Como afirma Clèmerson Merlin Clève,⁴⁸ quando a Constituição de 1988 foi promulgada a experiência jurídica brasileira ainda era prisioneira do positivismo, não existindo no país um arsenal teórico, um corpo de categorias funcionais e operacionais que pudessem dar conta da nova realidade constitucional.

⁴⁶. PACE, Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/>. Último acesso em: 15/5/2008.

⁴⁷. D'ATENA, Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/>. Último acesso em: 15/5/2008.

⁴⁸. CLÈVE, Texto resultante da gravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – Idepe, sem data.

A seguir, identificamos em breves anotações, as características que apresentam o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro de 1988, à luz das lições de Guastiní.

2.3.1

A rigidez constitucional

O art. 60 da Constituição Federal é conhecido por ser o núcleo da rigidez constitucional, pois lá está o processo legislativo diferenciado que deverá ser adotado pelo legislador para o processo formal de reforma constitucional. O referido dispositivo traz uma série de limitações de ordens materiais, formais e circunstanciais que devem ser observadas para a alteração do texto constitucional.

A par do processo rigoroso de alteração, nosso jovem texto já foi açoitado com 56⁴⁹ (cinquenta e seis) emendas constitucionais e 6 (seis) emendas de revisão, e aí é forçoso lembrar que rigidez não é sinônimo de estabilidade. De qualquer sorte, a rigidez interfere na hierarquia das leis, apresentando a Constituição no topo formal da estrutura normativa do país.

2.3.2

A garantia jurisdicional da Constituição

Ao ser o parâmetro do controle de constitucionalidade, a Constituição rechaça de todo o ordenamento jurídico normas que não estejam em harmonia com seu conteúdo. Isso significa também expulsar normas que sejam contrárias aos direitos fundamentais, garantindo-lhes a primazia sobre as demais codificações infraconstitucionais.

Neste mister, o controle de constitucionalidade no Brasil ganhou inegável reforço na Constituição de 1988. O sistema difuso, com base norte-americana, e presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, hoje se associa a um sistema de controle concentrado de constitucionalidade que em 1988 recebeu mais três importantes ações, a saber: ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, §2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, introduzida por meio da EC 3/93) e a

⁴⁹. Até 2/6/2008, data de entrega deste trabalho.

arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º), que, em conjunto com a ação direta de inconstitucionalidade (presente no ordenamento jurídico desde a EC 16/1965), formam o arcabouço principal de proteção constitucional no controle abstrato das leis e asseguram a supremacia da Constituição.

Ressalte-se ainda que a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados ativos para a propositura das ações diretas, em que pese a auto-restrição do STF na exigência de pertinência temática para os legitimados ativos que não são considerados “universais” (os do art. 103, IV, V e IX). Além do que, a EC 45/2004 atribuiu efeitos vinculantes às decisões de mérito de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º).

Em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, recentemente, abandonando a posição não-concretista geral⁵⁰ adotada praticamente por duas décadas, o STF decidiu⁵¹ pela fixação de prazo de 18 (dezoito) meses para que o Congresso Nacional elabore a lei complementar federal anunciada pelo art. 18, §4º para cuidar da regularização da situação da criação dos municípios brasileiros.

⁵⁰. Que, em resumo, impedia o juiz de editar norma faltante decidindo a questão sobre a omissão legislativa e também de determinar prazo para o legislador elaborar a norma faltante, em nome da harmonia e separação entre os poderes (art. 2º, CF).

⁵¹. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/96, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Salientando-se a indefinição existente na Constituição quanto aos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, considerou-se ser inevitável, com base no princípio de hermenêutica, que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível à norma constitucional, que os entes e órgãos legitimados a propor a ação direta contra ato normativo possam instaurar o controle abstrato da omissão. Acrescentou-se que as alegações de irregularidade formal da representação da Assembléia, decorrente de não haver nos autos deliberação da Mesa, dando-lhe poder para ajuizar a ação, entrariam em choque com a presunção de legitimidade que acompanha a iniciativa, devendo, entre forma e substância, preferir-se esta sempre que, na dúvida entre ambas, seja o meio adequado para atingir a finalidade do instituto jurídico. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que apenas a Mesa da Assembléia Legislativa estaria legitimada a propor a ação, tendo em conta o disposto no art. 103, IV, da CF, e a inexistência de comprovação nos autos de deliberação prévia da Mesa no sentido do ajuizamento da ação. [ADI 3.682/MT, relator Ministro Gilmar Mendes, 9/5/2007 \(ADI 3.682\)](#).

2.3.3

A força vinculante do texto constitucional

Esta característica assegura que todas as normas constitucionais são plenamente aplicáveis e obrigam os seus destinatários e o poder público. É a vinculação do Poder legislativo, Executivo e Judiciário à missão de concretizar todas as normas constitucionais, mesmo as classicamente denominadas como programáticas como sempre foi taxada à proteção ao direito à saúde.

A “ductilidade constitucional”, na expressão de Zabrebelsky,⁵² representada pela abertura constitucional aos princípios e valores, que formam a base essencial da Constituição moderna, influenciada pelas teorias de Dworkin, Alexy, Canotilho, Paulo Bonavides e de tantos outros doutrinadores, reestruturou o olhar de todos sobre a Constituição. Neste contexto, ela deixa de ser analisada sob o prisma estritamente formal, como norma que reuniria apenas os preceitos caracterizadores do Estado (normas de organização do Estado, separação de poderes, repartição de competências etc), para se expandir para todo o ordenamento jurídico.

Essa força vinculante da Constituição se irradia para os demais ramos do direito e a constitucionalização marca presença importante na ordem jurídica privada. Nesse sentido, Maria Celina Bodin⁵³ contextualiza que os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade social ou familiar, que se encontram previstos na Constituição Federal, servem para redimensionar o conceito de dano moral.

Em que pese a nova proposta interpretativa constitucional não pretender diminuir o espaço do direito privado, é fato que o altera qualitativamente, potencializando-o mediante a funcionalização de seus postulados à luz dos princípios fundamentais,⁵⁴ entre eles, a dignidade da pessoa humana, valor axiológico que ao ser alçado expressamente ao ambiente constitucional de 1988 propôs uma verdadeira reviravolta no ordenamento jurídico.

⁵². ZABREBESLKY, 1995, p.14.

⁵³. BODIN DE MORAES, 2007.

⁵⁴. TEPEDINO, 2007.

2.3.4

A sobreinterpretação

Ao lado dos clássicos métodos de interpretação constitucional da escola de Savigny do século XIX (gramatical, lógico, sistemático e, histórico, principalmente), a nova interpretação constitucional assenta-se num modelo de princípios que, mediante o método da ponderação (analisado em subseção específica) visa assegurar uma efetividade maior e realização do texto constitucional.

Por meio de uma interpretação constitucional mais qualificada, os juízes constitucionais permitem que se extraiam da Constituição soluções jurídicas idôneas para resolver os inúmeros conflitos apresentados pela sociedade. Os princípios da unidade constitucional, da concordância prática, da correção funcional, da razoabilidade e da proporcionalidade são expoentes importantes no constitucionalismo brasileiro e presentes em várias decisões do STF⁵⁵ sobre o próprio direito à saúde.

Com os postulados da nova argumentação jurídica, os direitos fundamentais recebem destaque quando, ao lado da perspectiva tridimensional – norma, fato social e valor – surge a discussão axiológica e crítica para solucionar os conflitos por meio da argumentação.

Como já explicitado, entendemos que a característica da aplicação direta de suas normas é derivada da combinação da força vinculante e da sobreinterpretação constitucional, além da necessária difusão da cultura jurídica constitucional pelo país, modificando o padrão clássico que sempre associou a função da Constituição como fonte de limitação de poder político estatal, por isso a decisão de não abrir tópico específico para tratar do assunto.

⁵⁵ Que serão analisadas em subseção específica

2.3.5

A interpretação conforme a Constituição

Em nome do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, a favor da legitimidade do trabalho conjunto (em regra) realizado pelo Legislativo e o Executivo, a Lei 9.868/1999 agasalhou em seu art. 28, o princípio da interpretação conforme a Constituição em sede de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e também na ação declaratória de constitucionalidade. Impõe o postulado que haja por parte do intérprete uma postura de preservação do sistema normativo, tendo em vista o impacto que causa a todos a invalidação de uma norma jurídica.

Como bem assevera Guastini⁵⁶, não existe um texto normativo que possua apenas um significado (ou pelo menos, dificilmente não há, ponderamos), ou seja, é possível que uma norma seja susceptível de duas interpretações, uma que contradiz a norma constitucional e a outra, por sua vez, completamente compatível com a Constituição. Em sua tarefa diária de eleger a interpretação correta da norma em nome da supremacia constitucional, o juiz poderá optar pela preservação da lei no ordenamento jurídico, desde que seja interpretada em harmonia ao texto constitucional.

2.3.6

Influência da constituição sobre as relações políticas

Esse é sem dúvidas o aspecto mais desafiador da constitucionalização do ordenamento jurídico, principalmente em face de uma Constituição dirigente como a nossa. Estabelecer os limites de atuação do Judiciário, os parâmetros de contenção de excessos, o que é verdadeiramente ambiente de discricionariedade administrativa e legislativa, é tarefa das mais desafiadoras trazidas pelo Estado Constitucional de Direito.

Como leciona Eduardo Moreira,⁵⁷ o controle das políticas públicas é a materialização da invasão da Constituição na implementação e execução das

⁵⁶. GUASTINI, 2003.

⁵⁷. MOREIRA, 2008, p. 135-136.

políticas públicas; direito e forças do Estado precisam andar mais juntos no Brasil. Diante da relevância do tema, não à toa, reservamos duas subseções para tratarmos do assunto.⁵⁸

Com a exposição anterior, apresentamos o primeiro passo na análise do tema, qual seja: a constitucionalização, ainda que tardiamente, chegou ao ordenamento jurídico brasileiro. Poderíamos defender que a constitucionalização foi pressuposto determinante para o nascimento e desenvolvimento da configuração teórica do neoconstitucionalismo, ou seja, sem as suas premissas não se pode sustentar a existência dos novos desafios trazidos pelo neoconstitucionalismo. Em resumo, o “novo” constitucionalismo impulsionou de maneira determinante o neoconstitucionalismo, mas com ele não se confunde.

Poderíamos asseverar ainda que o neoconstitucionalismo, por não ser modelo teórico genérico, não poderia estar presente em todos os países de organização constitucional, mas apenas naqueles que estão com os seus Estados Constitucionais em perfeito (ou quase isso) funcionamento, em regra, países democráticos do Ocidente.

Como falamos de um modelo teórico novo, sabemos que não há também um significado unívoco ao termo neoconstitucionalismo. Podemos dizer que os estudos desenvolvidos no sentido de categorizar ou determinar aspectos que permitiriam a divisão do neoconstitucionalismo em linhas teórico-filosóficas distintas ainda estão em processo de construção. De qualquer sorte, a título de exemplificação, mencionamos algumas dessas tentativas de categorizações.

Susana Pozzolo, citando T. Mazzaresse,⁵⁹ apresenta o neoconstitucionalismo sob dois ângulos: primeiramente, em seu sentido teórico, o neoconstitucionalismo seria um modelo descritivo do direito do Estado Constitucional que se caracteriza pela negativa da tese juspositivista de separação entre direito e moral. Numa segunda análise, o neoconstitucionalismo, no sentido axiológico-normativo, teria preocupação com o direito real, o ideal jurídico concreto a ser perseguido por meio de uma proteção evolutiva dentro do modelo de Estado Constitucional de Direito.

⁵⁸. “O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas”. e “A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?”

⁵⁹. MAZZARESE, 2001 p. 188 e 189.

Também seria possível distinguir o neoconstitucionalismo em teórico e total. Nesse sentido, Eduardo Moreira⁶⁰ (neoconstitucionalista total, por certo) afirma que para os defensores da linha teórica, entre os quais cita Luís Pietro Sanchís e Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo estabelece o Direito Constitucional como o centro de ordenamento jurídico e da teoria do direito, afirmando-se como antipositivista e antijusnaturalista. Os adeptos ao neoconstitucionalismo total – entre os quais Eduardo indica Alfonso Figueroa, Sastre Ariza e Antônio Cavalcanti Maia – aceitam as premissas do neoconstitucionalismo teórico, mas inovam na defesa pela conexão entre o direito constitucional e a filosofia do direito, apresentando a moral de maneira sofisticada pela pretensão de correção.

Paolo Comanducci,⁶¹ numa tentativa de instituir uma classificação entre o que denomina de “formas do neoconstitucionalismo”, distinguiu-o sob uma concepção tripartida, a saber: neoconstitucionalismo ideológico, metodológico e teórico, em seguida explicados.

Apresentado como uma ideologia (o que não discordamos completamente), o neoconstitucionalismo avançaria quanto ao novo constitucionalismo porque teria como primeiro objetivo o de garantir a concretização dos direitos fundamentais. Ademais, não se limitaria a descrever apenas o processo de constitucionalização, mas também a propugnar para a sua defesa e ampliação. Como elemento frágil desse modelo neoconstitucional, destacamos que não oferece premissas teóricas para a sua consolidação. No plano das idéias, o neoconstitucionalismo não passaria de um projeto audacioso, sem ferramentas para a concretização, o que não é o caso.

O neoconstitucionalismo metodológico considera que os princípios constitucionais fazem uma ponte entre o direito e a moral⁶² e seria estruturado pela premissa de que qualquer decisão jurídica estaria justificada se derivasse em última instância de uma norma moral. Nesse sentido, Comanducci apresenta críticas coerentes sobre que tipos de normas morais poderiam justificar validamente uma decisão judicial: moral objetiva verdadeira (presente no

⁶⁰. MOREIRA, 2008, p. 48-51.

⁶¹. COMMANDUCCI, 2003.

⁶². COMMANDUCCI, 2003.

ordenamento jurídico); moral objetiva racional (aceita por todos); moral subjetivamente escolhida (pelo juiz, numa posição interna e individual); e, ainda, moral intersubjetivamente aceita (o juiz seria, neste caso, sociólogo da moral positiva). Em rebote ao neoconstitucionalismo que chama de metodológico, o renomado jurista ressalta que não há homogeneidade moral na sociedade e também que as normas morais compartilhadas por todos já seriam incorporadas ao ordenamento jurídico como regras ou princípios e não dependeriam dessa “ponte” de ligação para serem aplicadas.

Para configurar o neoconstitucionalismo sob a perspectiva de uma nova teoria de direito, da qual também compartilhamos, deixamos a percepção italiana desenvolvida nos parágrafos anteriores, para analisá-la sob o enfoque de Alfonso García Figuerola.⁶³ O jurista espanhol, para esse mister, anuncia que existem três grupos fundamentais de teorias do direito: teorias positivistas, teorias jusnaturalistas e teorias mistas (dentre elas o realismo jurídico e outras teorias críticas). Como já tratamos,⁶⁴ a primeira teoria identifica o direito como um sistema de normas e se preocupa com a validade e não com os aspectos morais da lei. Em razão disso, apregoa, em seu sentido exclusivo, a separação total entre o direito e a moral, e, em seu sentido inclusivo, a existência da moral, mas não de aplicação obrigatória. Na segunda corrente teórica, haveria uma preocupação axiológica com o ordenamento jurídico e com o ideal de justiça, concepção em declínio com o processo de desencantamento religioso que assola o mundo. Por derradeiro, as últimas teorias se preocupariam, em síntese, com a eficácia das normas na sociedade.

Dentro deste novo cenário trazido pelo constitucionalismo, o professor espanhol, na mesma obra⁶⁵ acrescenta que a Constituição atende às três teorias citadas por ser, ao mesmo tempo, uma norma jurídico-positiva, que expressa um ponto de vista ideal sobre a justiça e, ainda, um conjunto de valores com reconhecimento social e que adquire seu máximo vigor por meio de sua aplicação por parte dos juízes. E ainda acrescenta:

⁶³. FIGUEROA, 2003.

⁶⁴. “A crise do positivismo – o rito de passagem pós-positivista – a chegada ao neoconstitucionalismo?”

⁶⁵. FIGUEROA, 2003.

Por esta razón, en la actualidad son diversos los autores que contemplan en el afianzamiento del Estado constitucional de Derecho una verdadera piedra de toque de la teoría del Derecho que pone de manifiesto las insuficiencias del positivismo jurídico, del iusnaturalismo e incluso de otras doctrinas como el realismo jurídico. Estas insuficiencias justificarían así una nueva concepción del Derecho, un nuevo paradigma jurídico integrador que se ha dado en denominar (neo)constitucionalismo.

É inegável a importante reflexão a que se submetem as teorias clássicas do direito diante da constitucionalização do ordenamento jurídico. Não há dúvidas de que a Constituição não é apenas um documento legal. Possui, em verdade, um intenso significado simbólico e ideológico e reflete tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser.⁶⁶ A passagem do ordenamento jurídico para o centro da Constituição instaura, com grande ímpeto, a Constituição na paisagem jurídica do país e nos discursos dos operadores jurídicos.⁶⁷

Sem dúvidas a Constituição exerce um papel principal e está no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Como as Constituições sob essa nova ótica assumem o papel de norma de maior destaque e como os direitos fundamentais também precisam ser preservados em um alto estatuto, diante da sua grande importância, a nova teoria constitucionalista, ao elevar o olhar sobre a Constituição, garante também a ampliação do debate sobre os direitos fundamentais. Para Figueroa⁶⁸ o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o direito, tendo, também, repercutido sobre a própria maneira de pensar o direito.

Ao exaltar o relacionamento da filosofia do direito e os princípios políticos e morais da filosofia geral, o neoconstitucionalismo também aproxima o direito da sua legitimação moral e, em particular, a Constituição dos próprios direitos fundamentais.

Mas, como se sabe, toda teoria deve ser apoiada em postulados informadores que servem para justificar as suas pretensões, então, partindo dessa premissa, quais seriam os elementos, em síntese, que poderíamos apresentar para defender o neoconstitucionalismo como uma teoria do direito contemporânea?

⁶⁶. JACKMAN, 1992.

⁶⁷. BARROSO, 2006

⁶⁸. FIGUEROA, 2003

O neoconstitucionalismo implica uma renovada visão de um direito constitucional que deve ser adequado a uma sociedade moderna, não apenas como um movimento ou um simples momento de deslocamento das *démarches* teóricas e sim como uma proposta inovadora que reúne, em uma mesma época, os elementos que contribuíram para a abertura do direito sob o signo da Constituição. A revisão da teoria clássica da norma proporcionada pela valorização dos princípios – que reaproximaram inegavelmente o direito da sua moral legitimadora, proporcionando o aprimoramento das técnicas de interpretação constitucional, a revisão da teoria das fontes e a aplicação da ponderação como método de solução de conflitos de interesses, a pretensão de correção, a argumentação jurídica e o reforço da jurisdição constitucional, todos reunidos formam os pilares dessa teoria que ora se anuncia no Brasil como um reforço animador para a efetivação do direito à saúde.

2.4

A Crítica ao neoconstitucionalismo: governo de juízes?

Como proposta inicial para esse inevitável capítulo, pensamos em catalogar uma coletânea de críticas de juristas consagrados ao neoconstitucionalismo, como por exemplo, Juan Antônio García Amado,⁶⁹ Ernst Fortshoff,⁷⁰ Susanna Pozzolo,⁷¹ Dimitri Dimoulis,⁷² apresentando-lhes as respostas correlatas às suas indagações. Todavia, em momento posterior, conscientizamos-nos de que os argumentos expostos ao longo do trabalho já responderiam a algumas das críticas que esses e tantos outros pensadores fazem acerca do neoconstitucionalismo.⁷³ Se ainda permanecerem perguntas sem respostas exatas, não comprometem a nossa dissertação, pois o momento é de transição, de construção e não precisamos (e não as temos) de todas as respostas sobre uma teoria nova em processo de solidificação em um Estado Constitucional

⁶⁹. GARCÍA AMADO, 2008, p. 213-236.

⁷⁰. FORSTSHOFF, 1975, p. 242.

⁷¹. POZZOLO, 2006, p. 77 e ss.

⁷². DIMOULLIS, 2006, p. 47.

⁷³. Para exemplificar as outras críticas: Por que a expressão neoconstitucionalismo? O direito não ficará mais incerto com o uso dos princípios abertos? Existem Constituições boas e más. O que ocorrerá quando forem as últimas a vigorar?

de Direito, também novo, cuja Constituição completará apenas vinte anos de vida no dia 5 de outubro próximo.⁷⁴

Já que o reforço à Jurisdição Constitucional e ao papel do juiz constitucional, como um todo, são pilares defendidos pela nova teoria, concluímos que a principal crítica que o neoconstitucionalismo enfrenta (por isso “A Crítica” do título) gira em torno da mesma pergunta, ainda que fardada por expressões distintas: Viveremos à mercê do decisionismo judicial? Estão os juízes acima do bem e do mal? São os juízes os déspotas do século XXI?

Atento à legítima preocupação da comunidade acadêmica sobre o alargamento dos poderes dos juízes, defendido pela configuração teórica do neoconstitucionalismo, Antônio Cavalcanti Maia⁷⁵ assim se manifestou:

Imparcialidade, boa-fé, honestidade, responsabilidade social e capacidade teórica impõem-se aos magistrados. Como afirma Alexy, “os juízes não são anjos nem heróis”, contudo a ampliação da latitude discricional da atividade judicante e, ipso facto, da responsabilidade dos magistrados, exige uma mais cuidadosa motivação das decisões judiciais respaldada nos parâmetros argumentativos referenciados à teoria da argumentação. Quanto à competência teórica, usando uma imagem trivial, nossos juízes, sobretudo os mais novos, terão que “desempenhar” como as crianças de classe média das novas gerações, obrigadas agora a aprender mais de uma língua estrangeira para enfrentar o competitivo mercado de trabalho. Assim, além do exaustivo conhecimento de dogmática jurídica, terão que aprofundar seus conhecimentos extra-dogmáticos, como em filosofia do direito-hermenêutica e argumentação jurídica, sobretudo – políticas públicas e noções de economia. Quanto às questões relativas às virtudes morais, a resposta é ainda mais difícil. Acredito na seriedade, honestidade e no compromisso do Judiciário brasileiro (...),

Compartilhamos do mesmo sentimento manifestado nas palavras do professor Maia e também vamos apresentar em subseção posterior⁷⁶ que o neoconstitucionalismo oferece como instrumento de legitimação e de contenção das decisões judiciais o desenvolvimento da cultura argumentativa alinhada à pretensão de correção, que sob a influência de Robert Alexy, traria mais técnica e rigor às sentenças, fazendo valer o verdadeiro espírito constitucional do art. 93, IX.

⁷⁴. O trabalho foi entregue no dia 2/6/2008.

⁷⁵. MAIA, 2006.

⁷⁶ “O Controle Judicial das políticas públicas à luz do neoconstitucionalismo”

Sobre o assunto, claras são as palavras de Pietro Sanchís:⁷⁷ “as leis se legitimam pela autoridade da qual procedem; as sentenças, só por suas boas razões”.

Mas, além da importância da argumentação jurídica, partimos de uma análise global do ordenamento jurídico brasileiro⁷⁸ e, então, reunimos nesta subseção alternativas oferecidas pelo próprio Estado Constitucional brasileiro de 1988 como fontes de democratização das decisões judiciais, as quais funcionam também para a prevenção dos eventuais excessos do juiz constitucional. Algumas delas receberam, inclusive, nossas sugestões de aperfeiçoamento. Reunimo-las em quatro categorias distintas: *i*) social, *ii*) técnica, *iii*) administrativa e *iv*) política, que passamos a analisar em seguida.

2.4.1

Social

O primeiro argumento de cunho social é a audiência pública. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão do poder público, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos da decisão judicial tenham a oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É instrumento de democratização das decisões porque permite a toda a sociedade um amplo debate, que, embora de natureza consultiva, deverá influenciar os juízes constitucionais à tomada de decisões em casos mais difíceis com base em argumentos amplamente debatidos com a comunidade.

No Brasil, a audiência pública em âmbito judicial está prevista no art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/1999, que cuida da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

No dia 20 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal, dando aplicabilidade ao dispositivo citado, realizou a primeira audiência pública de sua

⁷⁷. SANCHÍS, 2003, p. 3.

⁷⁸. O que nos permite o trabalho, pela textura aberta do título “pensamento constitucional contemporâneo”, ainda que o neoconstitucionalismo tenha sido escolhido para justificar a linha teórica dessa dissertação.

história, no intuito de reunir informações científicas para julgamento da ADI nº 3.510,⁷⁹ proposta pela Procuradoria-Geral da República contra dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). A ação impugnou artigos referentes à utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. Para apresentar seus conhecimentos e esclarecer aspectos sobre a matéria, foram convidados para participar da audiência pública diversos especialistas da área, como médicos, farmacêuticos, biofísicos, antropólogos e advogados defensores de direitos humanos, entre outros.

A decisão de convocar uma audiência pública para debater e reunir mais informações sobre o assunto foi do relator da referida ADI, o Ministro Carlos Ayres Britto, para quem o debate popular, além de subsidiar os ministros que irão julgar a ação, também possibilitará maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte. “Esse aporte em informações científicas contribuirá para o melhor conhecimento da causa e incorpora à nossa decisão um teor de legitimidade, uma vez que a sociedade - pelos seus setores cientificamente organizados - está nos subsidiando para uma tomada de decisão mais consciente”, afirmou o ministro.⁸⁰

A audiência pública, que pode ser realizada com muito mais frequência, se a sociedade e os juízes se conscientizarem de sua importância, poderá ser uma frente importante de legitimação do debate democrático sobre as decisões judiciais.

A segunda instância social na legitimação das decisões judiciais é a intervenção do *amicus curiae*. A participação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro está prevista no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/1999, que, como já relatado, cuida do controle concentrado de constitucionalidade. O instituto, de origem norte-americana (onde é denominado de *friend of the court*), é um colaborador da justiça, que poderá levar ao juiz argumentos, pontos de vista e informações técnicas, contribuindo na formação do convencimento da Corte sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma lei.

⁷⁹. A referida ação foi julgada improcedente na sessão plenária do STF, realizada no dia 29/05/2008.

⁸⁰. Ver: www.stf.gov.br. Disponível em “Notícias”, 19/4/2007.

Em regra, o pedido de “colaboração” é feito por órgãos ou entidades representativas da sociedade que tenham interesse na decisão judicial e formulado, nos termos da lei, diretamente ao relator da ação. As organizações coletivas, desde que autorizadas pelo relator, poderão oferecer memorandos, perícias, pesquisas técnicas e sustentação oral para a defesa de suas opiniões. É, sem dúvida, uma bela fonte de democratização das decisões judiciais e o STF tem aceitado vários colaboradores em processos distintos.⁸¹

Segundo Bianca Stamato,⁸² o *amicus curiae* abre caminho para a intersubjetividade no processo objetivo do controle de constitucionalidade, dotando-o de ares mais democráticos. Trata-se de uma tomada de posição no sentido de que a participação dos cidadãos pode impregnar de legitimidade as decisões judiciais, em harmonia com a sociedade pluralista, não deixando de significar também uma atitude mais modesta do Poder Judiciário.

A emenda constitucional 45/2004 ampliou a participação do *amicus curiae* no debate constitucional brasileiro. A inserção da repercussão geral em recurso extraordinário, como requisito de admissibilidade do próprio recurso, presente no art. 102, §3º, da CRFB/1988, recentemente regulamentado pela Lei 11.418/2006,⁸³ trouxe nova possibilidade de atuação do “colaborador da justiça” também no controle difuso de constitucionalidade. Como o instituto da repercussão geral ainda é novo⁸⁴ no ordenamento jurídico, não temos ainda dados suficientes para determinar a efetividade da participação do *amicus curiae* nesse

⁸¹ Para lembrar alguns dos *amicus curiae* aceitos pelo STF: Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos (CDH), Movimento em Prol da Vida (Movitae) e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), todas na ADI 3.510 (Lei de Biossegurança); Associação dos Magistrados Catarinenses (ADI 2.130); Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg), na ADI 3.878, Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais (Feneme), na ADI 2.862. Ver: <www.stf.gov.br>.

⁸² STAMATO, 2004, p. 15-27.

⁸³ Lei 11.418/2006:

(...)

Art. 2 A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 543-A e 543-B:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴ A EC 1/1969 já havia adotado instituto parecido de filtragem recursal: arguição de transcendência.

tipo de relação processual, o que não desmerece a sua citação, pela abertura de um novo horizonte.

2.4.2

Técnica

O art. 93 da CRFB/1988 dispõe sobre o concurso público a que devem se submeter os futuros magistrados para ingresso na carreira pública. A EC 45/2004, colaborando com o amadurecimento profissional dos futuros aplicadores do direito, trouxe ao referido artigo⁸⁵ mais um requisito que deve ser preenchido pelo candidato para que possa se submeter ao certame: a comprovação de três anos de atividade jurídica.

Entendemos que as provas de ingresso dos magistrados na carreira pública devam ser aperfeiçoadas à luz desse novo momento constitucional. Não se trata de torná-las mais difíceis do que já o são, mas é inevitável que esse encontro filosófico-crítico do direito também esteja presente nos estudos do futuro juiz. Questões de prova que permitam um diálogo mais aberto e franco com a nova realidade constitucional serviriam para abrir as mentes de todos, preparando-os mais tecnicamente para o exercício de suas funções.

Infelizmente, em descompasso com a nova realidade jurídica do país, muitas questões de prova de ingresso na magistratura ainda exigem do candidato “a letra da lei”⁸⁶ e os concursandos passam por verdadeira maratona de aperfeiçoamento de memória normativa, enquanto poderiam se debruçar na

⁸⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação ([redação dada pela EC nº 45, de 2004](#)).

⁸⁶ A título de exemplificação, trazemos duas questões de prova cobradas no concurso de Juiz Federal Substituto do TRF da 5ª Região, realizado em 5/08/2007, pela banca Cespe/UnB: questão 60: os mandados de segurança contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público são processados e julgados no STJ (a assertiva é falsa, com base no disposto no art. 102, I, “I”, da CRFB/88), e ainda a questão 68: a Constituição Federal exige a condição de brasileiro nato ao ocupante dos cargos de Ministro do STF e do Procurador-Geral da República (a assertiva é falsa porque o cargo de Procurador-Geral da República não é privativo de brasileiro nato na forma do art. 12, §3º, da CRFB/1988). Disponível em: <www.cespe.unb.br/concursos/trf5juiz2007>.

resolução de estudos de casos, ponderação, aplicação dos princípios constitucionais, hermenêutica, enfim, assuntos que estarão na ordem do dia de sua futura atividade profissional.

Diante da complexidade dos fatos que são levados às instâncias judiciais, defendemos, igualmente, que os juízes devem ser submetidos a atualizações constantes em outras áreas do saber, com palestras e seminários de atualização jurídica e sobre questões da atualidade, como, por exemplo, as relacionadas à ciência, filosofia, tecnologia, meio ambiente, regulação, economia etc. Ressalte-se que essa atualização já está prevista como critério de aferição de merecimento do magistrado para sua promoção na carreira, conforme dispõe o art. 93, II, “c”,⁸⁷ da CRFB/1988.

2.4.3

Administrativa

Na fiscalização administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário, a EC 45/2004 colaborou com a criação do Conselho Nacional de Justiça, na forma do art. 103-B,⁸⁸ como agente da própria estrutura do Poder Judiciário para controle de sua atuação administrativa e financeira.

O instituto é também um avanço democrático, pois a sua composição híbrida garante a participação de membros da sociedade, como advogados,

⁸⁷. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

(...)

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; [\(redação dada pela EC nº 45, de 2004\)](#)

⁸⁸. Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [\(incluído pela EC nº 45, de 2004\)](#);

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

membros do Ministério Público e cidadãos, que ao todo perfazem seis dos quinze membros da composição do referido órgão.

Das suas atribuições constitucionais, observamos que o referido Conselho poderá de ofício, ou mediante provocação, desconstituir ou rever os atos administrativos (mas não jurisdicionais) praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas. Poderá, ainda, de acordo com a disposição constitucional, avocar processos disciplinares em curso e rever (em favor ou contra o acusado) os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de 1 (um) ano.

A disposição constitucional também trouxe a determinação de criação de ouvidorias de justiça pela União, as quais serão competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares. A ouvidoria representará diretamente ao Conselho e este se reportará a ela também sem necessidade de intermediação.

Como exemplo de atuação do Conselho Nacional de Justiça, podemos mencionar a Resolução nº 7/2005⁸⁹ (contra o nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário), que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores

⁸⁹. Resolução nº 7/2005.

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento. (...)

investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário, além de dar outras providências.

Sobre a importância do papel do Conselho Nacional de Justiça, afirma Luís Roberto Barroso:

(...) a relação do Judiciário com a sociedade deve passar por um órgão de controle externo, na verdade misto, apto a promover a comunicação adequada entre as duas instâncias. Uma via de mão dupla, capaz de transmitir as expectativas dos cidadãos e de compreender as circunstâncias das instituições judiciais. Dentre outras funções, ao Conselho Nacional de Justiça caberia, sem interferir na atividade jurisdicional, planejar estrategicamente a instituição, reivindicar verbas e compromissos, apresentar relatórios estatísticos, zelar pela universalização do acesso à justiça e, quando for o caso, punir desvios de conduta (Barroso, 2004, p. 3).

Ainda com atuações um pouco tímidas, o referido Conselho poderá se tornar mais uma frente de fiscalização efetiva das atividades administrativas do Poder Judiciário, zelando pela garantia fundamental da razoável duração do processo, inserida por meio da EC 45/2004 ao art. 5º da Constituição,⁹⁰ como também pelos princípios da impessoalidade e moralidade que devem guiar a realização dos concursos de magistrados no Brasil.

2.4.4

Política

Sobretudo na atuação judicial nas políticas públicas, é importante que o juiz constitucional esteja bem consciente da realidade do país. Desse modo, sustentamos a importância de visitas *in loco*, como a que foi realizada no dia 22/5/2008 pelos Ministros do STF Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao estado de Roraima.⁹¹ Os ministros foram conhecer a terra indígena Raposa Serra do Sol, para fins de obter informações sobre a posse indígena, qual é sua dimensão institucional, amplitude territorial e a questão da soberania envolvida.

⁹⁰. “Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação ([incluído pela EC nº 45, de 2004](#)).”

⁹¹. Disponível em “Notícias” do dia 23/5/2008, no site <www.stf.gov.br>.

A visita *in loco* dos juízes encontra respaldo legal no Código de Processo Civil⁹² e é importante instrumento de convencimento dos juízes na compreensão de números, dimensões e versões da realidade colocadas muitas vezes friamente nos papéis dos autos.

Em relação à saúde pública, visitas a hospitais, ambulatorios e postos de saúde por juízes ou por comissões por eles determinadas para essa finalidade, seriam de grande valia para a conscientização do juiz constitucional sobre a importância e o alcance de suas decisões que tratam da vida humana.

Inegável que não é suficiente o “banho de realidade social” dos juízes para que os problemas que envolvem as políticas públicas sejam solucionados. Elas envolvem gastos, acarretam despesas, reorganizam limites orçamentários e é imperioso que o juiz constitucional também tenha a visão da realidade econômica e política do país. Defendemos, por conseguinte, uma integração política maior entre as três funções do Poder, num sistema efetivo de colaboração desenhado pela independência harmoniosa delimitada pelo art. 2º da CRFB/1988.

O Estado Constitucional de Direito precisa dessa integração e união de esforços de todos os poderes na concretização dos direitos fundamentais, principalmente sobre a complexidade que envolve a questão da saúde no Brasil.

O assunto não é simples, nem poderia se encerrar por aqui, mas a proposta apresentada teve como objetivo, pelo menos, oferecer instrumentos que possam colaborar para minimizar a possibilidade dos excessos do juiz constitucional, que alinhados às suas bem fundamentadas decisões, são imprescindíveis para a melhoria de vida da população.

⁹². “Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa. Art. 441. Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos. Art. 442. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:
I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;
II - a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;
III - determinar a reconstituição dos fatos.
Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.”

3

O Direito Fundamental à Saúde

3.1

Direitos humanos e dignidade da pessoa humana: uma questão de cidadania

Numa análise ontológica¹ dos direitos humanos, percebe-se que até o século XVIII, o direito natural tinha precedência e o direito positivo se definia negativamente. O direito assim era, por excelência, algo imanente à natureza e compulsório para o homem. Para os adeptos ao jusnaturalismo há um fundamento transcendental de validade do direito. São as leis naturais que norteiam valores chamados de universais, tais como: "o bem deve ser feito", "não lesar a outrem", "dar a cada um o que é seu", "respeitar a personalidade do próximo", "respeitar a propriedade do outro", "direito à vida humana e à liberdade" etc. Segundo seus defensores,² para além da legislação positiva há um direito ideal, formado por princípios imutáveis e verdadeiros em qualquer lugar, e que o homem descobre graças à sua razão. Hugo Grócio,³ um dos precursores do jusnaturalismo, defendia a existência do direito natural pela condição da consciência humana. De acordo com as suas observações, não há pessoa que não tenha remorsos quando executa alguma coisa contra o ditame de sua razão.

As primeiras formulações históricas dos direitos humanos na segunda metade do século XVIII (*Bill of Rights* da Declaração de Virgínia em 1776 e a Declaração francesa dos direitos do homem de 1789), movidas por ideais iluministas, retratam justamente a importância do direito natural nesse momento da história, invocando-o expressamente em seus textos.⁴

¹ Ver BULYGIN; ALCHOURRON, 1991.

² Santo Tomás de Aquino, Hugo Grócio, entre outros.

³ Grot., *De Jure Bel.*, in *Proem.*, § 20; Hein, *Ad. Grot.*, ibi.

⁴ A título de exemplo, o primeiro parágrafo da Declaração de Virgínia, expressa os direitos inatos, naturais de cada pessoa, como podemos visualizar a seguir:

“Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

O direito natural é muitas vezes associado à moral, elemento subjetivo, desconsiderado no estudo da ciência jurídica pelos positivistas. Direito positivo era o não-natural, o estabelecido por arbítrio, sem permanência, mutável de acordo com condições sociais variáveis. Para Nino,⁵ os direitos humanos são, ao menos em sentido originário, direitos morais. Sua existência independe do reconhecimento pelo direito positivo, pois são concebidos como direitos outorgados pelo direito natural.

Tal concepção também é compartilhada de certa forma por Boaventura de Sousa Santos,⁶ para quem o conceito de direitos humanos seria baseado em um conjunto de pressupostos ocidentais, designadamente pautados em uma natureza universal, que pode ser reconhecida racionalmente. A natureza humana seria essencialmente diferente e superior à restante realidade e, nesse sentido, o indivíduo possuiria uma dignidade absoluta e irredutível que teria que ser defendida da sociedade ou do Estado.

Segundo Eugenio Bulygin,⁷ no transcurso do século XIX a fundamentação jusnaturalista perdeu sua força em razão do positivismo jurídico ter se convertido na concepção jusfilosófica dominante. Nesse momento, os direitos humanos são recebidos pelos países civilizados (para a época, precisamente, Europa e Estados Unidos) sob a forma de direitos e garantias constitucionais. Nesse contexto, leciona Paulo Bonavides,⁸ exsurge a Constituição da Bélgica de 1832, para dar sentido jurídico ao corpo do texto constitucional, sendo chamada pelo professor de “a mãe das Constituições”.

Contudo, as duas grandes guerras mundiais vieram espalhando o horror e o caos; institucionalizaram a morte, a fome, o preconceito e a dor, marcando para sempre o século XX com a separação dos direitos fundamentais e a desconfiança de todos sobre as leis que não conseguiram evitar os massacres. O mundo sentiu uma necessidade urgente de proporcionar aos direitos humanos uma fundamentação mais sólida do que a prevista pelo direito positivo, que não os protegeu dos regimes totalitários. Dentro desse ambiente, verifica-se que há um

⁵ NINO, 1984, p.24.

⁶ DE SOUSA SANTOS, 2003.

⁷ BULYGIN e ALCHOURRON, 1991, p. 620.

⁸ BONAVIDES, 2006.

suposto “renascimento” das premissas jusnaturalistas, as quais, segundo Bulygin, não duraram muito tempo porque positivistas como Kelsen, Ross, Hart e Bobbio, tentaram “botar as coisas em seu devido lugar”.⁹

Mas o mundo e o direito já não eram mais os mesmos. Como já falamos, não havia mais espaço para o positivismo da forma em que ele organizara as suas bases. A reconstrução da dignidade perdida nas guerras foi pilar fundamental nessa releitura do direito e como bem afirma Flávia Piovesan.¹⁰: “Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade.”

E foi com a motivação da necessária proteção aos direitos humanos e conseqüente abertura das Constituições do mundo pós-guerra a valores e princípios, que se propôs o diálogo entre o direito positivo e o direito natural, permitindo a revisão das antigas “verdades jurídicas positivistas”, conforme observamos das sábias palavras de Dworkin,¹¹ para quem os princípios incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos ao ordenamento jurídico.

Com a ascendência da valorização da ética e da moral, a dignidade da pessoa humana reaparece como unidade axiológica do ordenamento jurídico, irradiando a sua força para a concretização dos direitos humanos. Nessa relação simbiótica, poderíamos dizer que os direitos humanos constituem revelações da dignidade da pessoa humana, pelo menos de início.

Consagrado como valor jurídico universal, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando passou a receber contornos jurídicos, a dignidade da pessoa humana – entendida como o atributo imanente ao ser humano para exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável – passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda humanidade, vinculando governos, instituições e indivíduos. Nesse momento da história, o valor fundante da dignidade da pessoa humana se irradiou para as novas Constituições do mundo pós-guerra, permitindo-lhes

⁹. BULYGIN e ALCHOURRON, 1991, p. 621.

¹⁰. PIOVESAN, 2006, p. 28.

¹¹. DWORKIN, 1977, p. 1-120.

inaugurar novas ordens jurídicas professando a dignidade humana como fim a ser atingido, verdadeiro substrato de valor de todo o ordenamento jurídico.

É exemplo desses novos textos constitucionais, o da República italiana, editado em 27 de dezembro de 1947, que afirmou, em seu art. 3º, “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.” Na mesma linha dispôs a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha), de 23 de maio de 1949, no seu art. 1.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la.” Mais tarde, a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, determinou, em seu art. 1º, que: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.” Um pouco depois da queda do regime de exceção, comandado pelo generalíssimo Franco, a nova Constituição espanhola de 1978 seguiu na mesma trilha de seus contemporâneos: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem pública e da paz social.”

Hoje em dia praticamente todas as Constituições do mundo ocidental remetem à dignidade da pessoa humana uma das esperanças de sua concretização, sem dúvida ali constando uma das mais saudáveis quimeras dos legisladores respectivos. Na esteira da nova ordem internacional, a Constituição Brasileira de 1988 acolheu a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, III), um princípio fundamental (incluído no Título I) e um direito fundamental (art. 5º, III).

A dignidade da pessoa humana, segundo Maria Celina Bodin,¹² possui raízes filosóficas e foi com o cristianismo que primeiro se concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. Nesse sentido, a doutrinadora complementa que Kant consolida filosoficamente a dignidade da pessoa humana com o primado de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre como um fim em si mesmo. Daí

¹² BODIN DE MORAES, 2003, p. 76-93.

decorre o imperativo categórico orientar-se então pelo valor básico e universal da dignidade da pessoa humana.

A definição desse importante princípio é um dos mais fáceis de ser compreendido, mas, sem dúvida, um dos mais difíceis de se conceituar. Talvez por ser o mais carregado de sentimentos. Como unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade aos quais confere legitimidade. Apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável.

Significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação. Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade, *bem como compreende a garantia e efetivação do seu legítimo direito à saúde*.

Iluminando a difícil tarefa de conceituar a “dignidade da pessoa humana”, mais uma vez Maria Celina Bodin¹³ nos traz valiosas colaborações sobre o assunto. Para tanto, afirma que o fundamento jurídico da dignidade humana se manifestaria, em primeiro lugar, por meio do princípio da igualdade, principalmente em seu sentido substancial. Na esteira desse raciocínio, a autora traz à baila o discurso moderno sobre o “direito à diferença”, partindo da constatação de que a humanidade é diversificada (pobres, ricos, deficientes, sadios etc) e que por isso não pode reivindicar uma “identidade humana comum”.

Nesta quadra de exposição, e tendo em conta as considerações já feitas sobre as premissas históricas e conceituais que interligam os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, não poderíamos deixar intocado outro instigante e tormentoso problema, qual seja, o da necessária conexão do discurso ora explicitado com o regime democrático que visa a formação do verdadeiro cidadão.

¹³. BODIN DE MORAES, 2003, p. 76-93.

Em sua análise procedimental sobre a democracia, Norberto Bobbio¹⁴ destaca que este regime político assegura a mais ampla participação da maior parte dos cidadãos, de forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. Destaca o mestre italiano que alguns elementos da filosofia política foram derivados de Rousseau, como a crítica do estado representativo e da separação de sociedade civil e sociedade política, a não-identificação de governo e soberano, a rejeição da representação parlamentar, a idéia de delegados do povo revogáveis etc.

O jurista italiano afirma que um dos conceitos preliminares de democracia é o de que se trata de um governo em que se permitem a todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., o gozo dos direitos políticos, isto é, o direito de exprimir com o voto a própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico, isto é, deve valer por um; todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião.

Nessa linha de pensamento, acrescenta Kaarlo Tuori¹⁵ que dos quatro modelos de Estado do Rechtsstaat (modelo alemão de Estado de Direito: Liberal, Substantivo, Formal e Democrático), é no sistema democrático que as esferas político-institucionais de tomada de decisões, como a promulgação das leis, estão abertas à influência e ao controle da sociedade civil.

Mas será que os nossos valores democráticos clássicos são consistentes com a realidade do país? Será que é possível se falar em cidadania sem a observância aos direitos humanos e seu fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana?

Luc Ferry e Alain Renaut nos convidam a enfrentar esse instigante e necessário debate depois de sentenciarem sobre “la escasa consistencia de la idea democrática en nuestra imaginación política.”¹⁶

Seria esquemático e errado traçar um quadro da teoria política dos nossos dias que leve em conta a definição democrática clássica. É fato que a

¹⁴. BOBBIO, 2006.

¹⁵. TUORI, 1998.

¹⁶. FERRY; RENAUT, 1997.

história acidentada do sufrágio brasileiro tenta se recuperar em 1988, quando pela primeira vez a Constituição o garante sob o modelo universal (depois de anos de sufrágio de índoles capacitaria e censitária). Todo cidadão brasileiro neste contexto pode, atendidos os pressupostos legais, votar, ser votado, apresentar ação popular, projetos de lei, participar de plebiscitos e referendos e até deflagrar um processo de *impeachment* contra o Presidente da República. Mas o princípio democrático esculpido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que deveria servir de charneira entre o Estado Constitucional e o de Direito, ainda não se concretizou.

Transcrevemos na íntegra as palavras de Gustavo Binenbojm sobre o assunto:

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política de autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçadas em um conjunto básico de direitos fundamentais. *A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como agentes morais emancipados e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor da igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva* (Binenbojm, 2006, p. 50-51).

Nas próprias conclusões, o autor defende uma relação de interdependência ou reciprocidade entre direitos fundamentais e cidadania, analisando que da conjugação desses dois elementos surgiria o Estado Democrático de Direito, ou, em nossa modesta opinião, o próprio Estado Constitucional de Direito. Tuori,¹⁷ nesse mesmo diapasão, defende que a observância aos direitos fundamentais de uma população pode ser entendida como essencial ao processo de comunicação e formação democrática da vontade política. Também perfilhando desse entendimento, o mestre Canotilho¹⁸ apregoa que no modelo democrático moderno é imprescindível que haja o pleno respeito aos direitos fundamentais de sua população, como condição fundamental para a própria existência da democracia.

¹⁷. TUORI, 1998.

¹⁸. GOMES, 1999.

Neste contexto, a definição (ou uma tentativa, pelo menos) do sujeito que fundamenta o modelo democrático, o cidadão, se faz necessária. Rousseau¹⁹ explica a sua noção de cidadão em quatro aspectos principais, que segundo ele seriam: i) ter certos direitos e qualificações, assim como deveres e responsabilidades, conferidas às pessoas pelo Estado; ii) participar na formação ou ratificação da legislação soberana; iii) ter senso de coletividade;²⁰ e iv) ter respeitado o princípio da igualdade.

Na explicação sobre o quarto aspecto da cidadania, o pensador sustenta que em qualquer Estado justo e ordenado o *status* de cidadão é desfrutado de modo precisamente idêntico por todos os seus membros sem exceção e que esse seria, então, o mais importante título que um indivíduo poderia desfrutar. Uma pessoa pode até ocupar outras posições no Estado, mas nenhuma delas lhe dá o direito de anular os títulos de cidadania de outrem.²¹

Analisando o cidadão de Rousseau à luz do retrato do cidadão brasileiro, passamos a esposar as nossas considerações.

Quanto ao primeiro aspecto, a cidadania em seu sentido estrito, já nos manifestamos anteriormente. A qualidade de eleitor, a alistabilidade e a elegibilidade, bem como as demais dimensões do sufrágio são asseguradas em inúmeros dispositivos constitucionais.²² Em termos de lista de direitos e garantias fundamentais a Constituição de 1988 se destaca na história do constitucionalismo brasileiro. Com isso, poderíamos até arriscar deduzir que o texto constitucional encerrou o ciclo formal dos direitos da cidadania (civis, políticos e sociais, que serão explorados na seção seguinte), embora seja inegável que a nossa cidadania ainda permaneça inconclusa. No entanto, em síntese, não podemos negar que o cidadão “formal” do pensador está consagrado em nosso ordenamento jurídico.

¹⁹. DENT, 1996.

²⁰. A cidadania, segundo Rousseau, introduz nas pessoas uma “mudança moral”, a qual se reflete nos atos de indivíduos que estavam até então apenas moralmente relacionados. Ao atuar como cidadão, uma pessoa está exercendo não meramente sua força e energia naturais, mas também seus títulos e direitos; e tem justificação moral e civil para as suas ações, sendo protegido, se necessário, na execução das mesmas. Tais ações não expressariam somente desejo; elas consubstanciam projetos racionalmente justificados, tendo atrás de si o peso da razão legítima.

²¹. DENT, 1996, p. 63.

²². Para citar alguns: art. 5º, LXIII (Ação Popular), 14, § 3º (condições de elegibilidade), 14, § 1º (plebiscitos e referendos).

Depois dos 21 (vinte e um) anos do regime ditatorial de exceção vivenciados pelo povo brasileiro, a convocação da Assembléia Nacional Constituinte,²³ composta por representantes do povo, permite a afirmativa de que o segundo aspecto da cidadania relacionado por Rousseau também estaria satisfeito, consagrada pela soberania popular manifestada pelo art. 1º, parágrafo único, da CRFB/1988. O povo ainda pode, depois de satisfeitos alguns difíceis requisitos (presentes no art. 61, § 2º), é verdade, apresentar projetos de leis complementares e ordinárias para apreciação do Congresso Nacional.

No que tange ao senso de coletividade, é desnecessário o comentário sobre a negligência de cada brasileiro em prol das transformações sociais. O princípio da solidariedade,²⁴ não é realidade no Brasil, em que muitos têm tudo e outros estão reduzidos ao estado de quase miséria. Como o assunto entraria numa abordagem mais sociológica, encerramos por aqui,²⁵ concluindo que o cidadão “social” de Rousseau não se faz em regra presente em nosso país, pela inteira falta de responsabilidade social de alguns de seus membros. *Homo Homini Lupus?*²⁶

É o quarto aspecto do cidadão rousseaniano que desperta nossa maior atenção. Como falar de consolidação de democracia num país que tanto

²³. Lembramo-nos nesse momento das belas palavras que Ulisses Guimarães, como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 usadas para se referir ao texto da Constituição de 1988 – *A Constituição de 88 mudou quando quer transformar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.*

²⁴. O princípio da solidariedade. In: M. M. PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NASCIMENTO FILHO, F. (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167 e ss.

²⁵. Apenas à título de desabafo, sem nenhum rigor acadêmico, uma opinião pessoal sobre o assunto, que pela informalidade não merece espaço no corpo principal da dissertação. Vivemos numa época sem obrigações ou sanções morais. Celebramos o puro presente, estimulando a gratificação imediata de desejos e pulsões, o que leva a interrogar a natureza efetiva das sociedades contemporâneas. A mutação do caráter antropomórfico, não mais centrada no homem, no indivíduo, no cidadão, em sua dignidade e liberdade, mas no consumo e no espetáculo, impera na modernidade. E a “sociedade de espetáculos” está de mãos dadas com a indiferença. Novos valores são produzidos e transmitidos pelas mídias: fetichismo da juventude, *fitness* esportiva, cuidados com o corpo, incentivo exacerbado para o consumo, mas sem nenhum ideal do espírito. Esta “mobilização total” da sociedade não mais pressupõe a moral como aperfeiçoamento e libertação individual e coletiva, mas o culto da eficácia e do sucesso. Mas algo é certo: o cidadão moderno está sem rumo e ora se refugia na indiferença, ora parte para a violência contra aquele que imagina estar impedindo sua “felicidade”, roubando-lhe algo que no fundo nunca lhe pertenceu.

²⁶. Thomas Hobbes já dizia em *Leviatã*: “os homens não tem nenhum prazer na companhia dos outros (mas, pelo contrário, um enorme desprazer) quando não existe um poder capaz de inspirar respeito a todos. Porque todo homem espera que seu companheiro lhe atribua o mesmo valor que ele se atribuiu...”.

desrespeita os direitos fundamentais de sua população? Como a própria democracia vai se efetivar se a maior parte da população nacional nem conhece a sua Constituição e com isso também desconhece os seus direitos e deveres? Como exigir o desenvolvimento do raciocínio crítico de um povo que carece de serviço de saúde de mínima qualidade e que diante de tanta desesperança se dá por satisfeito, muitas vezes, em apenas aprender a ler e escrever? Que qualidades de cidadão possuem nossos milhões de brasileiros?

Esse assunto nos interessa profundamente porque entendemos que o direito a uma saúde digna e de qualidade é, antes de tudo, uma questão de cidadania. A seção seguinte desenvolverá o assunto com mais rigor.

3.2

As gerações de direitos fundamentais, seu desserviço aos direitos sociais e o “equilíbrio existencial”

Nesta subseção pretendemos analisar o impacto que a divisão dos direitos fundamentais propiciou aos direitos sociais, resultando no estigma de normas programáticas que recebem desde então os direitos de 2ª geração (entre os quais se inclui a própria saúde). À luz da dignidade da pessoa humana, também tratamos do princípio do mínimo existencial, que recebe aqui a sugestão da denominação de equilíbrio existencial.

O sociólogo inglês T. H. Marshall, em seus estudos sobre cidadania e classes sociais (1950),²⁷ foi responsável pela realização de uma análise empírica acerca da conexão existente entre os direitos políticos, civis e sociais na formação do cidadão, dentro de uma concepção política e histórica. O tema inspirou Norberto Bobbio,²⁸ que muitas vezes é citado pela doutrina brasileira como o precursor do assunto, ao escrever sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, classicamente divididas em direitos políticos e civis (1ª geração), direitos sociais, econômicos e culturais (2ª geração) e direitos difusos (3ª geração), que serão resumidamente a seguir expostas.

²⁷. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/resources/LSEHistory/marshall.htm>>

²⁸. BOBBIO, 1992.

A primeira geração é conhecida por inaugurar o movimento constitucionalista, fruto dos ideários iluministas do século XVIII. Os direitos defendidos nessa geração cuidam da proteção das liberdades públicas e dos direitos políticos. Atualmente, quase todas as constituições existentes os consagram, mesmo aquelas de Estados onde impera a sua escancarada violação como, por exemplo, os ditatoriais. Os titulares são os indivíduos, que os exercem contra os poderes constituídos dos Estados. Nesta fase, o Estado teria um dever de prestação negativa, isto é, um dever de nada fazer, a não ser respeitar as liberdades do homem. Seriam exemplos de direitos dessa geração o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, ao voto, ao devido processo legal.

Sob a inspiração da Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, nasce a denominada segunda geração de direitos fundamentais, que traz proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais, onde do Estado não mais se exige uma abstenção, mas, ao contrário, impõe-se a sua intervenção, visto que a liberdade do homem sem a sua participação não é protegida integralmente. Esta necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida. Nesse diapasão, seriam exemplos clássicos desses direitos o direito à saúde, ao trabalho, à assistência social, à educação e o direito de greve.

Marcada pelo espírito de fraternidade entre os povos com o fim da Segunda Guerra Mundial, a terceira geração representa a evolução dos direitos fundamentais para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização. Nesta geração de direitos, podemos mencionar como destaques: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob a influência da globalização (política e de direitos fundamentais), Paulo Bonavides ainda sustenta a existência de uma quarta geração de direitos,

que seria formulada pelos avanços tecnológicos, o pluralismo político, a sedimentação do modelo político democrático e o próprio futuro da cidadania.²⁹

A visão histórica de quando e como os direitos fundamentais foram evoluindo nas suas marcas positivas ao longo do constitucionalismo (aqui resumidamente expostas) é importante para a compreensão das singularidades das reivindicações dos povos e da sua natureza mutável, mas, em nossa opinião – não desmerecendo o trabalho do renomado professor italiano e de demais expoentes da doutrina brasileira – entendemos que a divisão dos direitos fundamentais em fragmentadas gerações (ou categorias) prestou um desserviço à sua própria história,³⁰ marcando negativamente os direitos sociais, principalmente em razão de quatro argumentos de destaque: *i)* todas as gerações de direitos envolvem, em certa medida, prestações positivas e negativas, não sendo correto as taxarmos sob rótulos; *ii)* não subsiste o argumento de que os direitos de primeira geração seriam apenas individuais e os de segunda geração, estritamente coletivos; *iii)* a divisão de geração de direitos fundamentais influenciou a doutrina americana que escreveu sobre a existência de normas constitucionais não auto-aplicáveis (as quais se referem normalmente as de caráter social, e o direito à saúde acaba sendo prejudicado com isso); *iv)* da mesma maneira que o corpo humano não pode ser dividido em partes (o que seria das pernas se não houvesse os pés?), os direitos não podem e não devem ser analisados de forma fragmentada porque, dessa forma, a “cidadania inconclusa”³¹ jamais será combatida.

O caráter negativo (*non facere* estatal) atribuído aos direitos de primeira geração e às prestações positivas (*facere* estatal), associadas em regra aos de segunda geração, é facilmente desconstruído com exemplos cotidianos. Ressaltemos os direitos políticos, clássicos corolários de primeira geração: para solucionar a não participação política dos presos nas eleições, a justiça eleitoral tem se organizado em alguns municípios brasileiros para viabilizar o acesso dos que estão com a liberdade sacrificada, mas ainda em gozo dos direitos políticos, aos certames eleitorais; ou seja, para essa finalidade, um direito da geração “negativa”, exige do Estado uma prestação positiva. Podemos também analisar o

²⁹. BONAVIDES, 2006, p. 570.

³⁰. Utilizando a expressão do professor Antônio Augusto Cançado Trindade na apresentação do livro de Flávia PIOVESAN, 2006.

³¹. Que desenvolvemos à luz do cidadão rousseaniano no capítulo anterior.

direito à saúde sob esse prisma dicotômico: no sentido de preservar a saúde da população, o Estado deve se preocupar em *não* poluir as águas dos rios, mares e lagos; também nesse sentido, quanto ao direito de greve, social por excelência, o Estado tem como missão principal apenas *não* impedir a realização da manifestação da coletividade.

A fixação da titularidade no indivíduo pelos direitos de primeira geração, de certa forma, atrapalham a concretização dos direitos sociais e principalmente o direito à saúde. É claro que é importante o desenvolvimento de políticas públicas em prol da coletividade, seja construindo mais hospitais, oferecendo a todas as pessoas medicamentos gratuitos, médicos e enfermeiros mais especializados, mas a saúde é antes de tudo vida, individualmente considerada. O assunto é tão polêmico que, em âmbito judicial,³² ainda não se têm uma posição uniforme sobre a proteção aos direitos sociais como cláusulas pétreas, simplesmente porque o art. 60, §4º, IV faz menção ao rótulo *direitos e garantias individuais* (típicos de primeira geração). Como podemos negar a natureza de cláusula pétrea ao direito à saúde? Se emendas constitucionais fossem apresentadas no sentido de diminuir os limites orçamentários para os gastos com a saúde, ou mesmo desobrigando o Estado de protegê-la, seriam essas reformas válidas?

Sem falar que os Estados, em suas defesas nos diversos litígios que envolvem a prestação aos medicamentos gratuitos, aproveitam-se da suposta natureza unicamente coletiva do direito à saúde, para se eximirem da prestação de seus serviços, como vale a pena trazer à baila a defesa do estado do Amazonas em sede de Suspensão de Segurança perante o STF:

(...) ao ser compelido a adquirir medicamentos fora de sua atribuições como elemento de um sistema único, objeto da Lei 8.080/90, toda a coletividade será prejudicada, pois, valendo-se do exemplo do caso concreto, estar-se-ia atendendo uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema em relação à coletividade” (fls. 10-11), sendo certo que essa foi a conclusão das decisões proferidas nas mencionadas STA 91/AL e SS 3.073/RN; b.2) o art. 196 da Constituição da República, ao assegurar o direito à saúde, se refere, em princípio, à efetivação de políticas públicas que sendo certo que essa foi a conclusão das decisões proferidas nas mencionadas STA

³². O STF indicou tendência à proteção dos direitos sociais como cláusulas pétreas no julgamento da ADI 1946, quando defendeu que o direito à licença-maternidade (art. 7º, XVIII, CF) é protegida pela imutabilidade.

91/AL e SS 3.073/RN; b.2) o art. 196 da Constituição da República, ao assegurar o direito à saúde, se refere, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, não garantindo situações individualizadas, como o fornecimento de remédios excepcionais e de alto custo que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde-SUS³³ (grifos nossos).

Como podemos sustentar que o direito à saúde é apenas coletivo se quem sofre, fica doente, precisa de medicamento, de amputações, de cadeira de rodas, de tratamento de HIV e de câncer é o cidadão individualmente considerado? A vida é assim, singularmente definida. É evidente que as políticas públicas coletivas precisam e devem ser realizadas a longo prazo, para que o direito à saúde de cada um dos membros dessa coletividade melhore de qualidade, mas isso não exclui a impossibilidade de sua tutela individual.

O terceiro argumento contrário à tese da fragmentação dos direitos é a sabida natureza programática, normalmente atribuída aos direitos sociais, o que contribuiu para o surgimento de inúmeras doutrinas que, em síntese, denotam diferenças de grau e de aplicabilidade das normas constitucionais. Não esgotando o tema, trazemos a seguir as principais referências sobre o assunto.

Com a inserção dos direitos sociais nos textos constitucionais do início do século XX (lembrados como os de 2ª geração de direitos fundamentais), em 1927, Thomas Cooley,³⁴ jurista americano, foi responsável pela doutrina dicotômica da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, dividindo-as em auto-aplicáveis – seriam as normas cogentes (*mandatory*), que poderiam desde já ser aplicadas, chamadas de *self executing* –, e as não auto- aplicáveis, que tratam de regulamentações, sugeririam programas a serem seguidos (*directory*), seriam uma espécie de proclamação política sem eficácia jurídica e que dependeriam, para a produção de algum efeito prático, de regulamentação pelo legislador.

A doutrina americana se propagou pelo mundo, e no Brasil, em 1937, Pontes de Miranda,³⁵ com base na teoria citada, dividiu as normas em bastantes em si e não bastantes em si, também destacando a insuficiência de efeitos

³³. STF, SS 3205, Ministra Ellen Gracie, decisão publicada no DJU em 8.06.2007.

³⁴. COOLEY, Treatise on the Constitutional Limitations, 6ª. Ed. p.93, p 99-100. *Apud* BONAVIDES, 2006, p.242.

³⁵. PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, I, p.126. *Apud* BONAVIDES, 2006, p.242.

jurídicos das que não se bastavam e, nessa mesma linha de pensamento, Azzaritti,³⁶ jurista italiano, resolveu denominá-las de preceptivas e programáticas.

Na classificação clássica de José Afonso da Silva,³⁷ de 1968, e ainda predominante na dogmática constitucional brasileira, adota-se uma posição tripartida: i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que seriam aquelas que, desde o momento da edição da Constituição, já estariam plenamente aptas a produzirem todos os seus efeitos jurídicos; ii) as de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que produzem todos os seus efeitos, mas nelas estão previstas a possibilidade de restrição do seu âmbito, pelo legislador infraconstitucional – neste caso, a Constituição explicita ou implicitamente autoriza o legislador infraconstitucional a realizar esta contenção; e, ainda, iii) as de eficácia limitada, que produzem desde planos efeitos, mas não todos eles, porque precisam, para a deflagração desses efeitos principais, de atos concretizadores do Poder Público. Dividem-se, por sua vez, em normas de princípio institutivo e as de natureza programática. As primeiras criariam um novo instituto (pode ser um órgão, uma entidade), que depende de regulamentação futura para que possa se transformar em realidade, e, as que mais nos interessam, as de eficácia limitada de princípio programático, que estabelecem objetivos, metas, ideais, sem o grau de detalhamento necessário à forma pela qual aqueles objetivos seriam atingidos. Dependem, em regra, de políticas públicas para se tornarem realidade.

A definição de normas programáticas geraria a idéia da existência, na Constituição, de normas sem aplicação que poderiam receber denominações mezinhas como: meros programas, proclamações, admoestações morais, declarações bem intencionadas, manifestos, sentenças políticas, aforismos políticos, boas intenções, todas com o propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições, cuja presença no texto básico parecia servir unicamente para emprestar colorido doutrinário às Constituições.

³⁶. AZZARITTI. La nuova Costituzione e le leggi anteriori, in Foro It, IV, p. 81, e Alcune questioni di Diritto Costituzionale, in foro It, III, p. 138. *Apud* BONAVIDES, 2006, p. 242.

³⁷. SILVA, 2007.

Sobre as normas programáticas, Celso Ribeiro Bastos³⁸ reitera dizendo que elas seriam extremamente generosas quanto às dimensões do direito que disciplinam e, por outro lado, são muito avaras nos efeitos que imediatamente produzem. A sua gradativa implementação, que é o que no fundo se almeja, fica sempre na dependência de resolver-se um problema prévio e fundamental: quem é que vai decidir sobre a velocidade dessa implementação? Trata-se, portanto, de matéria, segundo o autor, insuficientemente juridicizada. O direito dela cuidou, sim, mas sem evitar que ficasse aberta uma porta para o critério político.³⁹

A eficácia dessas normas de conteúdo programático é deveras complexa, por não apenas exigir a atuação efetiva do legislador, mas por depender de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo governo, com a fiscalização, orientação e pressão populares.

Entretanto, é imperioso ressaltar que, modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Constitucional de Direito, onde toda norma constitucional é sempre obrigatória, pois deriva do Poder Constituinte, sendo dotada de suprallegalidade, e todas apontam no ápice do ordenamento jurídico ao qual as demais normas devem respeito. Sem contar que a Constituição anuncia que todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assim defendida pelo art 5º, § 1º – *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

Há uma conexão inegável entre o direito à saúde, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. O direito à saúde é direito fundamental, que lastreado pela dignidade que não pode se negar a nenhuma pessoa humana, deve ser observado como condição existencial de todas as pessoas. Nesse sentido, é importante ressaltarmos o que se denomina de conteúdo mínimo existencial e a sua relação com o direito à saúde.

³⁸. BASTOS; BRITO, 1982.

³⁹. BASTOS; BRITO, 1982.

Em acurada pesquisa no direito alemão, Ingo Sarlet⁴⁰ afirma que o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de uma garantia positiva dos recursos mínimos para uma vida digna foi o publicista Otto Bachoff, que já no início da década de 1950 defendia na Alemanha que a dignidade da pessoa humana restaria sacrificada se um mínimo de segurança social não estivesse garantido. No Brasil, o primeiro ensaio de que se tem notícia sobre o tema é o do Professor Ricardo Lobo Torres, em trabalho publicado em 1989⁴¹ e desde então o assunto vem ganhando espaço na doutrina brasileira.

De acordo com Ana Paula de Barcellos,⁴² o mínimo existencial corresponderia ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada não apenas como experiência física – sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático. Assim sendo, a violação desse mínimo acarretaria desrespeito à própria dignidade da pessoa humana, pois, segundo a autora, o núcleo material da dignidade e as condições mínimas que devem ser asseguradas à vida de todos descreveriam o mesmo fenômeno. Nessa linha de raciocínio, Ingo Sarlet⁴³ afirma que o princípio ultrapassa a mera garantia de sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da chamada pobreza absoluta. Com isso seria possível concluir que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou de sobrevivência, sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana.

Em que pese a expressão “mínimo existencial” já estar consagrada pela renomada doutrina brasileira, bem como na jurisprudência sobre o assunto, entendemos que o verdadeiro substrato axiológico da dignidade da pessoa humana exigiria referência diferente do “mínimo” existencial, porque guarda relação inexorável com a noção de equilíbrio. Portanto, passamos a nos referir ao princípio sob a denominação de “equilíbrio existencial”, por entendê-la como expressão mais fidedigna, tanto à dignidade da pessoa humana quanto para a vontade do próprio Estado Constitucional de Direito.

⁴⁰ SARLET; TIMM, 2008.

⁴¹. TORRES, 1989, p. 20-49.

⁴². BARCELLOS, 2002, p. 230-250.

⁴³. SARLET; TIMM, 2008.

Não há garantia expressa na Constituição sobre o equilíbrio existencial, mas é inegável que o princípio independe de disposição explícita para ser garantido. Diante da interpretação constitucional e a sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, a noção de equilíbrio existencial pode ser retirada da própria combinação entre o art. 196: “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” e o fundamento da dignidade da pessoa humana, pilar da República Federativa, presente no art. 1º, III.

A tarefa de garantir e de concretizar o equilíbrio existencial é missão constitucional indelegável de todos os poderes da República, que, constituídos pela excelência do Poder Constituinte Originário, não podem se eximir dessa responsabilidade.

Os Poderes Públicos estão vinculados à tarefa de concretização da vontade constitucional; o Legislativo, na sua atividade legiferante, indispensável para a regulamentação de normas que não foram dotadas de eficácia normativa máxima pelo constituinte; o Executivo, como administrador das verbas públicas, que deve lhes dar destinações compatíveis ao que lhes exigem os direitos fundamentais; e o Judiciário, para onde deságuam as reivindicações populares para a concretização dos direitos, com base no amplo acesso à justiça, com coerência, não pode se afastar dessa grandiosa tarefa que lhe atribuiu o art. 5º, XXXV.

3.3

Informações sobre a saúde no Brasil: definições, natureza jurídica, amparo legal, princípios informadores do Sistema Único de Saúde e dados estatísticos

3.3.1

Definições e esforço histórico sobre a saúde

A saúde das pessoas e dos povos, por estar diretamente associada à vida humana, é um bem jurídico precioso e sempre foi preocupação ao longo de

toda a história das civilizações. Na linguagem erudita, saúde se origina de *salute*, que por sua vez significa⁴⁴ “conservação da vida” e é inegável que muito já se escreveu a respeito da tentativa de conceituar essa “força vital”. Hipócrates, conhecido como “pai da medicina”, já afirmava que “a saúde consistia no equilíbrio entre influências ambientais, formas de viver e vários componentes da natureza, numa clara percepção da inter-relação de corpo, mente e meio ambiente.”⁴⁵ Em parecida linha de raciocínio, Aristóteles⁴⁶ fez um paralelo entre felicidade e saúde, relacionando a importância de uma boa saúde para a realização de uma vida feliz. Em época mais recente, mas em sentido similar, Sigmund Freud também defendeu em renomada obra⁴⁷ que uma das fontes do sofrimento humano era a fragilidade de seus próprios corpos, concluindo também pela estreita simbiose entre corpo e mente.

O estudo das “dores” do corpo e da alma não foi o mesmo ao longo da grande caminhada do homem. As sociedades primitivas lançavam um olhar mágico para as doenças, quase sobrenatural, e não raro a busca de sua cura era em geral ritualística, mediada por feiticeiros, pajés e xamãs. No século V a.c, a Escola de Medicina de Hipócrates, assinalava, como já dissemos, a influência de fatores ambientais na saúde humana, permitindo a análise multicausal das doenças. A cura também estava presente nas Sagradas Escrituras bíblicas e foi uma das marcantes características da passagem do Santo Cristo pela Terra. Os romanos também deram a sua colaboração e avançaram na construção de obras de saneamento sob administração sanitária, criando leis sobre inspeção de alimentos e de locais públicos. Na Idade Média, o regime explorador feudal permitiu conseqüências desastrosas na área da saúde e o aparecimento de uma série de surtos epidêmicos, principalmente de peste. Com a chegada do século XIII surgiram as escolas médicas na Itália (Palermo, Bolonha), França (Sorbonne) e Inglaterra (Oxford) em contribuição para o avanço das pesquisas sobre a saúde. Mas é no século XVI, segundo Eleonor Conill,⁴⁸ que se iniciou um período de transformações sociais com valorização da liberdade e movimento das

⁴⁴. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Editora Positiva, 3ª ed, 2007;

⁴⁵. HIPPOCRATE. De l'ancienne médecine. In: *Littérature et Oeuvres complètes d'Hippocrate*. Paris: J. B. Baillière, 1839. v. 1. Tradução livre nossa.

⁴⁶. ARISTÓTELES, 1998.

⁴⁷. FREUD, 1969.

⁴⁸. CONILL, 2003.

populações. Renascença marcou o início da razão na interpretação da saúde/doença e o conceito de corpo social ganhou força ao mesmo tempo em que o corpo individual passou a ser contado, medido e estudado com o desenvolvimento da dissecação de cadáveres.

No século XVII, influenciado pelos avanços das máquinas, René Descartes⁴⁹ reconheceu o corpo humano como a mais perfeita das máquinas (fase do mecanicismo), que trabalhava por impulsos naturais (os instintos), mas os efeitos destes instintos automáticos e desejos poderiam ser controlados ou modificados pela mente, pelo poder de vontade racional. A higiene do corpo, dizia o pensador, é importante, mas há, igualmente, a necessidade de uma higiene mental, baseada no conhecimento verdadeiro dos fatores psicológicos que condicionam o comportamento humano. A Revolução Industrial iniciada na Grã-Bretanha em meados do século XVIII se espalhou pelo mundo no século XIX, trazendo a constatação do fenômeno concreto da força de trabalho e da precariedade das condições de vida e de saúde dos trabalhadores. Em razão disso, as políticas de ações sanitárias no espaço urbano e social se fizeram presentes. Friedrich Engels,⁵⁰ ao analisar a situação dos trabalhadores da Inglaterra, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes e seus ambientes de trabalho são responsáveis pelo nível de saúde das populações.

Segundo Suely Dallari,⁵¹ o reconhecimento de que a saúde de uma população está relacionada às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir-se em ameaça à saúde do povo, colocando em risco a própria segurança do Estado, restou firmemente estabelecido ao término da II Grande Guerra Mundial. Em face do novo pacto internacional do mundo pós-guerra, a saúde passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde (OMS), que a conceitua como sendo: “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”.⁵² O referido diploma internacional ainda acrescenta que:

Gozar de melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de

⁴⁹. DESCARTES, 1952

⁵⁰. ENGELS, 1986.

⁵¹. DALLARI, 1988, p. 57-63.

⁵². OMS, 1946;

religião, de credo político, de condição econômica e social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.

O conceito ampliado de saúde no Brasil recebeu apoio da 8ª Conferência Nacional da Saúde (que precedeu a Constituinte de 1987) que definiu a saúde como sendo “ a resultante das condições de alimentação, habitação, educação e renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde”.⁵³ Sem dúvidas, essa definição reconhece o ser humano em toda a sua completude e apresenta a saúde também como qualidade de vida. Com isso, a atuação estatal deve englobar políticas públicas econômicas, mas também sociais, com o objetivo de cuidar melhor da população brasileira.

3.3.2

Natureza jurídica do direito à saúde e avanço legislativo no Brasil

Quanto à sua natureza jurídica, o direito à saúde é qualificado como direito fundamental do homem, garantido pelo art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da seguinte forma:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e 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 fora de seu controle.

Na perspectiva histórico-evolutiva dos direitos fundamentais, o direito à saúde pode perfeitamente ser analisado como participante das três clássicas gerações, tendo em vista que pode ser considerado de primeira geração, uma vez que se relaciona diretamente com a vida, nascido com a singularidade do próprio indivíduo; também pode ser analisado, como é mais habitual, sob o prisma da segunda geração, partindo da premissa que permite a exigência ao Estado quanto à prestação de políticas positivas de saúde e, por fim, também se configura como

⁵³. Relatório Final da 12ª Conferência Nacional da Saúde – Conferência Sérgio Arouca – 7 a 11 de dezembro de 2003, em Brasília, Distrito Federal.

um direito de terceira geração, porquanto se constitui como direito difuso, na medida em que não há determinação exata de seus titulares.

No Brasil, a proteção constitucional do direito à saúde, como direito fundamental, ocorreu apenas em 1988, tendo em vista que os diplomas anteriores não deram a esse importante direito um grande destaque. As Constituições do Império (1824) e da República (1891) restaram silentes sobre a responsabilidade do Estado em relação ao direito fundamental à saúde. No texto da Constituição de 1934 havia, ainda que tímida, uma preocupação com a saúde do trabalhador (art. 121, § 1º, “h”) e também uma atenção sobre a mortalidade infantil e a higiene social e mental (art. 138, “f” e “g”). Em 1937, estabeleceu-se a proteção da saúde da criança (art. 16, XXVII) e o texto de 1946 determinava que a competência para legislar sobre a defesa e proteção da saúde seria da União (art. 5º, XV, “b”). As normas constitucionais durante o regime militar também não avançaram e se preocuparam com a fixação de competência legislativa, determinando que as leis federais seriam responsáveis pelo cuidado com a saúde.

Com a efervescência da queda da ditadura militar, o processo de “redemocratização” reabriu as portas para o chamado de Movimento Sanitário⁵⁴ e foi a conjuntura reservada para a instalação da 8ª Conferência Nacional de Saúde, marco pré-constituente, que ocorreu entre 17 a 21 de março de 1986. Seu relatório final propôs a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS), projeto antigo da população brasileira, que foi materializado pelo art. 198 do texto da Constituição de 1988:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

É importante destacar que o conceito de saúde adotado pelo constituinte de 1988 considera os fatores determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação,

⁵⁴. Movimento que nasceu entre grupos de profissionais de saúde nos anos 1980 que se opunham ao governo militar e propunham uma ampla reforma do Sistema Nacional de Saúde, buscando alternativas para a política de saúde até então implementada no país e que não atendia aos anseios nem à necessidade do povo brasileiro.

transporte etc.) defendidos pelos sanitaristas. Além disso, impõe aos órgãos que compõem o SUS o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e, ao governo, o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria de vida da população.

O Estado brasileiro se encontra em 1988, pela primeira vez, juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços da saúde, visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, CRFB/1988). O direito fundamental à saúde encontra proteção constitucional no art. 6º (Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) e também nos arts. 196 a 200, que fazem parte do Título VIII (“Da Ordem Social”), Seção II (“Da Saúde”). Ademais, na forma do art. 23, II, cabe a todas as unidades federadas, alinhadas em competência que lhes é comum, o desenvolvimento de ações no sentido de proteção do direito à saúde. O constituinte originário também determinou que saúde é matéria legislativa concorrente entre União, estado e Distrito Federal, na forma do art. 24, XII, além de constar do rol de competências materiais expressas dos municípios, de acordo com o art. 30, VII.

A Constituição de 1988 avança na proteção do direito à saúde na medida em que trata como questão crucial à manutenção do pacto federativo a destinação correta das receitas estaduais e municipais para as ações e serviços públicos de saúde, sob pena, respectivamente, de intervenção federal e estadual (arts. 34, VII, “e” e 35, III).

Insta ressaltar os progressos na seara das garantias constitucionais, individuais e coletivas, produtos da Constituição cidadã, que podem ser utilizadas também na tutela do direito fundamental à saúde. O mandado de injunção (art. 5º, LXXI), na via individual ou coletiva; o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); a ação civil pública (art. 129, III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) são importantes ferramentas de defesa da saúde do povo brasileiro. Os ideais progressistas do texto constitucional foram acompanhados pelas normas infraconstitucionais que lhes deram vida teórica também fora da Constituição, como a seguir narramos.

Em atenção ao comando do art. 200, da CRFB/1988 (“Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei”) foi criada a Lei Orgânica da Saúde (LOS - Lei nº 8.080/1990) que nasceu para dar estrutura e viabilidade ao SUS. Dentre os principais destaques da referida lei, citamos: trata a saúde como um direito à vida qualificada, necessária para uma existência digna e como elemento basilar da construção da cidadania brasileira; amplia os objetivos do SUS e aumenta as finalidades do sistema que já estavam timidamente previstas no mencionado dispositivo constitucional; busca implementar uma política de fomento à qualificação específica na área mediante programas de aperfeiçoamento pessoal em todos os níveis de ensino, inclusive pós-graduação, bem como a valorização da dedicação exclusiva ao SUS; prevê, ainda, outras fontes complementares de orçamentos à saúde como aquelas provenientes de doações, alienações patrimoniais, taxas e emolumentos na área da saúde e serviços que possam ser prestados, contanto que não interfiram na área-fim do SUS.

A Lei 8.142/1990 trouxe a regulação de apoio para assegurar a participação da comunidade na gestão do SUS criando dois mecanismos importantes para sua efetivação: Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde. A primeira estrutura deve se reunir, no mínimo, uma vez a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação das políticas de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde. Este último, de caráter permanente e deliberativo, é o órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da política de saúde na instância correspondente. Ambos os mecanismos constituem-se em instrumentos de fiscalização pela comunidade do desempenho das funções estatais, favorecendo uma maior eficácia na aplicação dos recursos e, portanto, uma maior possibilidade de concretização dos princípios que orientam o SUS.

A Norma Operacional Básica do Sistema de Saúde (NOB-SUS/1996)⁵⁵ significou grande avanço na descentralização e na organização do

⁵⁵. Brasília: Ministério da Saúde, 1997. – Portaria do Gabinete do Ministro da Saúde nº 2.023 (Diário Oficial de 6 de novembro de 1996, p. 22.932-22.940);

processo de efetivação do SUS. Segundo Barjas Negri,⁵⁶ das diversas alterações introduzidas, cabe ressaltar o tratamento especial para as ações básicas de saúde e o estabelecimento apenas de dois sistemas de descentralização para os municípios: a Gestão Plena da Atenção Básica e a Gestão Plena do Sistema Municipal. Na primeira, o município recebe recursos para a administração autônoma das ações básicas e, na segunda, essa responsabilidade é ampliada para toda a assistência em ambulatório e hospitalar.

Criada pela Medida Provisória 1.791/1998 (posteriormente convertida na Lei 9.782/1999), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi criada, aos moldes das demais agências reguladoras, para cuidar do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, com a finalidade de realizar um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; realiza, ademais, o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Em agosto de 1999, o Ministério da Saúde, em conjunto com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa), assumiu a responsabilidade de prover atendimento integral à saúde dos povos indígenas, articulado com o SUS. De acordo com Renilson Rehem de Souza:⁵⁷

(...) até aquela data, a assistência à saúde desse segmento da população estava sob a responsabilidade da Fundação Nacional do Índio (Funai), que a oferecia de forma desarticulada com o sistema de saúde nacional. Inexistia, até então, uma Política Setorial no SUS que atendesse à diversidade dos povos indígenas, o que comprometia o acesso adequado desses às ações de saúde, impossibilitando o exercício da cidadania e a garantia das diretrizes estabelecidas na Constituição. A urgência em formular Política de Saúde que abarcasse as especificidades dos povos indígenas se dava pela precariedade geral das condições de saúde, com taxas de morbi-mortalidade muito superiores às da população brasileira em geral. A proposta formulada pelo Ministério da Saúde foi amplamente discutida com os atores envolvidos (Organizações e Lideranças Indígenas, Universidades, ONG, Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde, etc.) e aperfeiçoada durante o processo de

⁵⁶. NEGRI, 2002.

⁵⁷. SOUSA, 2001, p. 32-33.

construção da atual política, em mais de 16 seminários com participação de todos os povos indígenas (Sousa, 2001).

A base normativa, além das disposições constitucionais e da própria LOS, se fundamenta na Medida Provisória nº 1.911-08, de 29/7/1999 e pela Lei 9.836, de 23/9/1999, que estabeleceram a responsabilidade do Ministério da Saúde e da Fundação Nacional de Saúde e a definição do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Em 28 de janeiro de 2000 foi criada pela Lei 9.961 a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, fiscalizando as operadoras setoriais, de normas para ressarcimento ao SUS (criando critérios de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços às operadoras, qualidade da cobertura e, entre outros objetivos, cuidado com os mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde.

O asseguramento de recursos para a saúde ganhou contornos e densidade constitucional com a aprovação da EC 29/2000, que estabeleceu a vinculação de recursos para despesas com políticas de saúde, mas que, à semelhança de outras regras do setor, ainda não conseguiu ser materializada de forma satisfatória para a sociedade.

Na órbita internacional, o Brasil vem participando de uma série de declarações e pactos firmados pós Segunda Grande Guerra com a intenção de promover uma proteção maior aos direitos fundamentais. O marco legal inicial, em sentido global, ocorre com a ratificação da Carta das Nações Unidas,⁵⁸ de 1945, cujas manifestações de intenções apregoavam a reafirmação da fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres e na promoção do progresso social e nas melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁵⁹ de 1948, possibilitou a abertura para uma série de convenções internacionais que estabelecem estatutos comuns de cooperação mútua e mecanismos de controle que garantam a não violação e o

⁵⁸. Adotada e aberta a assinatura pela Conferência de São Francisco em 26/6/1945. Aprovada no Brasil pelo Decreto-lei nº 7.935, de 4/9/1945 e promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22/10/1945.

⁵⁹. Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948.

exercício pelo cidadão de um elenco de direitos considerados básicos à vida digna e, em 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶⁰ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁶¹ ambos aprovados pelo Brasil em 1991 e já incorporados no direito interno desde 1992.⁶² Em 22 de março de 1989, por meio do Decreto 97.590, o Chefe do Executivo promulgou o Adendo para o Acordo de funcionamento do Escritório da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (Opas/OMS) em Brasília, Distrito Federal.

O Brasil também manifestou adesão em 1992,⁶³ no plano interamericano, à Convenção Americana de Direitos Humanos,⁶⁴ marco importante na proteção dos direitos sociais, que assim dispõe em seu art. 26:

Os estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Além dos documentos internacionais já ratificados e internalizados pelo direito brasileiro, o país aderiu a uma série de outras manifestações internacionais de proteção à saúde, que ainda estão pendentes⁶⁵ de apreciação pelo Congresso Nacional para que tenham força de lei interna. São exemplos o [Protocolo de Intenções entre o Ministério da Saúde da República Federativa do Brasil e o Ministério da Saúde e Ambiente da República Argentina sobre Cooperação na Área da Saúde sobre Medicamentos](#) (assinado em 22/10/2005), o [Ajuste Complementar sobre Saúde e Ciências Médicas ao Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica \(firmado com a China, em 24/5/2004\)](#), o Ajuste

⁶⁰. Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 6/12/1966.

⁶¹. Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 6/12/1966.

⁶². O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6/7/1992, porquanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado em mesma data, pelo mesmo Decreto Legislativo, entretanto, promulgado internamente pelo Decreto nº 591, de 6/7/1992.

⁶³. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/9/1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992.

⁶⁴. Adotada e aberta a assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica em 22/11/1969.

⁶⁵. Estão pendentes de apreciação legislativa até o dia 2/1/2007, de acordo com o site do Ministério das Relações Exteriores do Governo Federal.

Complementar ao Acordo de Cooperação em Ciência e Tecnologia na Área de Saúde (com os Estados Unidos da América, em 12/5/1998), o [Memorando de Entendimento no Âmbito do Programa de Cooperação Internacional sobre HIV](#) (com Moçambique, em 2/5/2003) e o [Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica para Implementação do "Programa de Cooperação Internacional em HIV/Aids-Fase II"](#) (com o Timor Leste, assinado em 9/9/2005).

Não há dúvidas que além dos marcos legislativos citados há inúmeras normas referentes ao direito à saúde, nacionais e estrangeiras. Portarias interministeriais, decretos, medidas provisórias, resoluções e atos administrativos de todas as esferas de governo se destacam na proteção formal ao direito à saúde. Não nos falta lei, é verdade, mas sim a superação entre o que está garantido na teoria, mas que não consegue ser transformado em realidade para a população brasileira.

3.3.3

Dos princípios norteadores do SUS

Como já mencionado, a criação do SUS foi fruto de grandes lutas e um dos grandes presentes trazidos pela Constituição de 1988 ao povo brasileiro. É também imperioso frisar que os princípios assumem no direito constitucional contemporâneo papel de grandioso destaque (que merecerão cuidadoso tratamento em capítulo à parte), daí a importância de se ressaltar as “normas de valor” que fundamentam o SUS na Constituição Federal, bem como a Lei nº 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS).

O princípio da unicidade do sistema de saúde indica que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, com organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos”⁶⁶. Com base neste postulado, sugere-se que as ações e os serviços de ações sejam operacionalizados por vários órgãos, secretarias e ministérios, mas vinculados à administração direta de cada uma das esferas de poder para

⁶⁶. Art. 198 da CRFB/1988 e art. 7º, XIII, da Lei 8.080/1990 (LOS).

cumprimento de suas próprias missões constitucionais, respeitando as regras constitucionais sobre o equilíbrio da repartição de competências.

Com o belíssimo enunciado do art. 196 da CRFB/1988, “saúde é direito de todos e dever do Estado” e com a merecida colaboração infraconstitucional⁶⁷, “todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil devem ter acesso aos serviços de saúde, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, independentemente de vínculo previdenciário ou qualquer tipo de seguro-saúde” a legislação dá vida ao princípio da universalidade que, em nome da igualdade substancial, permite a todas as pessoas o acesso à saúde pública e também determina que o Estado realize um verdadeiro planejamento para atender às inúmeras e diversas demandas sociais.

Assim prescreve o art. 7º, II, da LOS:

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

O princípio da integralidade de assistência fundamenta axiologicamente o dispositivo na medida em que a necessidade das pessoas é que deverá pautar a definição do melhor atendimento e as políticas públicas a serem adotadas para a concretização do direito à saúde. As mulheres grávidas, os idosos com os problemas da terceira idade, os cardíacos, os portadores de vírus HIV, os epiléticos, os diabéticos, enfim, como as pessoas possuem diferentes necessidades. Desse modo, o sistema único deve estar preparado para atender a diversidade das demandas sociais.

Na forma do art. 7º, III, da LOS, o sistema único deve garantir o princípio da informação às pessoas assistidas, acerca de sua saúde, o que significa amplo acesso aos prontuários de seus atendimentos, de serem alertados sobre os benefícios e malefícios dos tratamentos médicos que serão ministrados e também o acesso a todas as demais informações esclarecedoras sobre as suas dores e receios.

⁶⁷. Art. 7º, I, da LOS.

O princípio seguinte – o da humanização do atendimento – pode muito bem ser explicado de acordo com o belo conceito de “compaixão”, na visão de Jean-Jacques Rousseau. Consoante o grande pensador, a compaixão significa “sentir a dor no lugar do outro, reconhecendo-se em seu sofrimento. É um sentimento dotado de amor e respeito por meio do qual o ser humano sai de sua posição narcisista e mergulha nas dificuldades do outro como se fossem as próprias.”⁶⁸ E é nesse sentido que se destaca a importância de que os profissionais da saúde devem ser treinados para tratar com gentileza e solidariedade todos os pacientes que se utilizam do sistema, cuidando-lhes das enfermidades do corpo, mas não se esquecendo da importância de escutar, de acolher e das palavras de estímulo que são muitas vezes indispensáveis para que os pacientes se mantenham fortes e otimistas em sua cura.

O princípio do financiamento solidário, presente nos dispositivos constitucionais a seguir apresentados, é de crucial importância para permitir a fiscalização pela sociedade e pelos órgãos de defesa dos direitos fundamentais dos atos do governo, tendo em vista que objetiva de forma muito clara a aplicação de recursos na saúde pelos três níveis de poder. Senão vejamos: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais...” E também:

Art. 198, § 1º: O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (grifo nosso)”.

⁶⁸. ROUSSEAU, 1979. p.232.

Por fim, o princípio da integração, presente no art. 194, da CRFB/1988 determina que: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” e direciona para a necessidade de ação múltipla e coordenada entre todos os entes federativos para que as políticas de proteção à saúde sejam eficazes, além da necessária cooperação da sociedade na fiscalização do sistema e responsabilidade na utilização dos serviços.

3.3.4

Dados estatísticos: o Brasil de muitos “Brasis” – uma triste realidade

Nos centros de pesquisas de estatísticas oficiais, dados fornecidos pelo Governo Federal indicam certo crescimento do país na área da saúde na última década, apresentando análise sobre expectativa de vida da população, mortalidade infantil, distribuição de recursos físicos e humanos para a área da saúde, além de outros critérios que normalmente se relacionam como indicadores do nível de saúde de uma população segundo as organizações internacionais. Adiante, com base nas referências apresentadas pelo Governo Federal,⁶⁹ apresentamos os principais destaques e conclusões iniciais sobre alguns dados numéricos da saúde no Brasil. Ressaltamos, entretanto, que algumas dessas informações oficiais não usam como referência o mesmo ano-base para desenvolvimento da pesquisa. Por isso, não há uma regularidade de parâmetro quanto ao ano na demonstração dos indicativos. Para auxiliar na melhor visualização dessas informações, oferecemos no anexo deste trabalho algumas tabelas oficiais.

De acordo com as informações oferecidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),⁷⁰ a esperança de vida ao nascer do brasileiro passou de 66,57 anos em 1990 para 71,88 anos em 2005. Entretanto, é curiosa a discrepância entre a expectativa de vida de cidadãos de regiões diferentes do país, senão vejamos (utilizando o parâmetro inicial em 1991 e o final em 2005): na região Norte a expectativa de vida era de 66,92 anos e passou a ser de 71,02 anos;

⁶⁹. Ver: <www.portalsaude.gov.br>.

⁷⁰. Disponíveis no site: <www.portalsaude.gov.br>.

na região Nordeste, de 62,83 anos para 69 anos; na Sudeste de 68,83 anos para 73,49 anos; na região Sul de 70,40 anos para 74,17 anos; e na Centro-Oeste de 68,55 anos para 73,19 anos. A menor expectativa nacional de vida é observada justamente nos locais onde há maior negligência dos governantes com a saúde de seu povo, como observaremos a seguir.

Quanto à mortalidade infantil (por mil nascidos vivos) no Brasil, em 1997 era de 31,90 e em 2004 de 22,58. Mais uma vez, a diminuição de óbitos de crianças não é acompanhada de maneira linear entre as diversas regiões do país. Norte e Nordeste apresentam os piores índices de diminuição das taxas, como destacamos a seguir: fixando como marco inicial 1997 e o final 2004, na região Norte os óbitos somavam 32,19 e passou a ser de 25,51; no Nordeste, de 50,36 para 33,94; no Sudeste, de 23,06 para 14,92; no Sul, de 17,54 e em 2004 a mortalidade infantil praticamente foi erradicada (!); na região Centro-Oeste, de 24,36 para 18,70.

A pesquisa Assistência Médico-Sanitária (AMS) da Fundação IBGE, que investiga a totalidade de estabelecimentos de saúde do país, bem como os sistemas de informações ambulatoriais e hospitalares do SUS, contabilizou, em 2002, 65.343 estabelecimentos, sendo 46.428 sem internação, 7.397 com internação e 11.518 de apoio à diagnose e terapia. A maior concentração, mais uma vez, está na região Sudeste (24.412), destacando-se os estados de São Paulo (9.384) e Rio de Janeiro (4.679). As regiões Centro-Oeste e Norte detêm parcelas menores, com, respectivamente, 6.126 e 5.137 do total. Nos serviços de apoio à diagnose e terapia, observa-se maior iniquidade na distribuição espacial. Dos 11.518 estabelecimentos, 5.389 estão na região Sudeste e apenas 536 na Norte. A região Sul concentra 2.726 do total da região, percentual superior ao estado de São Paulo que concentra 2.037 (Ver tabela 01 do anexo).

Para a atenção à saúde bucal, conta-se com 47 mil equipes odontológicas, sendo 78% na rede pública. Mais uma vez, sobressai com significativa presença de 43% na região Sudeste e de apenas 3,5% na Norte.

A oferta de leitos em hospitais públicos, por mil habitantes (no ano de 2005), é maior na região Norte, com destaque para o Acre (1,85). O valor mais baixo é verificado na região Sul (0,68), sendo que a menor oferta ocorre no estado

do Rio Grande do Sul (0,44). Destacando-se ainda os estados com piores índices: Ceará (0,9), Sergipe (0,44) e Bahia (0,88) (ver tabela 02 do anexo).

Há também diferenças intra-regionais em sua distribuição. A maior parte dos equipamentos de ressonância magnética concentra-se nas capitais (65%), enquanto aqueles de tecnologia mais simples e de maior utilização, como os de Raio X de até 100 mA, ao contrário, têm maior presença no interior (apenas 31% destes estão nas capitais).

No Brasil existem, para cada grupo de 100 mil habitantes, 4,7 equipamentos de hemodiálise que realizam procedimentos terapêuticos de alto custo, com maior oferta nas regiões Sul (5,9) e Sudeste (6,1). Já o Norte conta com apenas um equipamento por 100 mil habitantes, sendo que em seis dos seus sete estados, 100% dos equipamentos estão nas capitais.

No que se refere aos mamógrafos, importantes para prevenção e combate ao câncer de mama, o Brasil tem 7,5 equipamentos por 100 mil mulheres com 35 anos e mais, porém, há grande desequilíbrio na sua distribuição. Há uma quantidade significativa de áreas desprovidas de equipamento, em especial na região Norte, e uma alta concentração nas regiões Sul e Sudeste.

A análise da distribuição espacial confirma a desigualdade regional, com maior concentração de profissionais no Sudeste do país. O Brasil tem 1,68 médicos por mil habitantes, e as regiões Norte e Nordeste reúnem os Estados com os menores coeficientes, com até um médico por mil habitantes. O Distrito Federal e o Rio de Janeiro apresentam os maiores coeficientes do país, 3,42 e 3,35 médicos por mil habitantes, respectivamente. A média de auxiliares de enfermagem do país é de 1,96 para cada mil habitantes, no entanto, o menor coeficiente, 1,2 na região Nordeste, está abaixo da metade do verificado na região Centro-Oeste (2,85) – ver tabelas 03 e 04 do anexo.

Dentre o pessoal trabalhando na área da saúde, predominam os profissionais de nível superior 729.742. Dos profissionais de nível superior, a maior participação, no total de ocupados, encontra-se na região Sudeste (381.636) e a menor, na Norte (30.068) – ver tabela 05 do anexo.

Algumas regiões ainda contam com parcelas significativas de pessoal de qualificação elementar, como a Norte e a Nordeste, com 19% e 17% do total de

peçoal ocupado, respectivamente. Nesse grupo de ocupações, o maior número de pessoas enquadra-se como agentes comunitários de saúde, atendentes de enfermagem, e auxiliares e operadores de serviços diversos e assemelhados.

Os estados mais dependentes de recursos federais no financiamento da saúde são Maranhão (78%), Piauí (76%) e Paraíba (75%). Aqueles em que há maior participação dos governos estaduais são Acre (59%), Amapá (51%) e Amazonas (46%) e, entre os que apresentam maior participação dos governos municipais, destacam-se São Paulo (34%), Minas Gerais (31%) e Mato Grosso do Sul (31%).

Em 2001, foram realizadas 2,4 consultas por habitante no SUS, sendo que a maior concentração encontra-se na região Sudeste (2,8) e a menor na Norte (1,6). Dentre as capitais, sobressaem-se São Luís e Vitória, com 4,6 e 4,9 consultas por habitante/ano.

Quanto ao atendimento hospitalar, realizaram-se 11,7 milhões de internações pelo SUS, com uma taxa de 6,21 para cada 100 habitantes. Os maiores valores são os das regiões Centro-Oeste (7,22) e Sul (6,81), destacando-se o estado de Paraná, com 7,01 internações por 100 habitantes. A menor taxa é a do Sudeste (5,6), fator provavelmente associado à maior oferta de planos e seguros privados de saúde nessa região (ver tabela 06 do anexo).

A quase totalidade dos 3,2 milhões de partos realizados em 1999 ocorreu em hospitais (97%). A proporção de partos cesáreos ainda é muito elevada no país (38%), com maiores taxas no centro-sul, com destaque para a região Sudeste (46%). Em relação à assistência pré-natal, metade das gestantes passou por sete ou mais consultas de acompanhamento, com proporções mais elevadas no Sudeste (57%) e menores no Norte (34%).

No período 1996 a 2000, o Brasil aumentou a cobertura vacinal em crianças menores de um ano. Em 2000, a cobertura das vacinas contra sarampo, poliomielite e tuberculose (BCG) estava em torno de 100% em todas as regiões. O mesmo comportamento observa-se para a vacina DPT (difteria, coqueluche e tétano), à exceção da região Norte, com cobertura de 77%.

Em 2000, o Brasil registrou uma cobertura de abastecimento de água de 89% na área urbana, com melhor situação nas regiões Sul (93%) e Sudeste

(94%) e pior na Norte (63%). A cobertura de esgotamento sanitário atingiu 70% da população urbana do país, com melhor nível no Sudeste (87%) e situação precária nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde menos da metade da população tinha acesso a sistemas de esgotamento sanitário. O serviço de coleta de lixo apresentou melhores taxas de cobertura, alcançando 91% da população urbana, com situação melhor no centro-sul do país.

Como é possível observar numa análise simples da amostra de dados oficiais explicitados, o serviço público de saúde apresenta preferências regionais claras pelo Centro-Oeste, Sudeste e Sul, em detrimento da população discriminada do Norte-Nordeste. Os números são contundentes: a maior concentração de estabelecimentos hospitalares do país se faz presente naquelas regiões, bem como o maior número de equipes odontológicas, profissionais de nível superior, número de médicos, de equipamentos, assistência pré-natal e o próprio número de consultas ao SUS.

E é nesse país de contrastes, dividido (não em iguais proporções), onde paira o sentimento de abandono e frustração na prestação dos serviços públicos da saúde. Em que pese a demonstração de alguns dados positivos apresentados pelas instituições oficiais, a falta de medicamentos, de hospitais, de médicos e de atendimento de qualidade, bem como a escassez de leitos, as enormes filas e as condições indignas do atendimento efetuado pela rede de serviços de saúde pública submetem o povo brasileiro, de todas as regiões, à própria sorte e não lhes permite atingir a tão almejada cidadania.

3.4

O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas

O conceito de política pública pode ser analisado à luz da sociologia, da ciência da administração ou da ciência política. Entretanto, o que nos interessa nesta subseção do trabalho é o conceito de política pública sob a ótica dos direitos fundamentais e, nesta análise, envolve ações, leis, projetos e diretrizes que devem ser desenvolvidos e concretizados, em regra, pelo Poder Executivo e Legislativo

para a implementação das prestações positivas reivindicadas pelos direitos sociais, e, em especial, pelo direito à saúde.

As políticas públicas serão analisadas neste trabalho sob um novo olhar, o olhar crítico do neoconstitucionalismo, pensamento teórico que lastreia essa dissertação. Para tanto, serão desenvolvidos alguns dos postulados defendidos por essa ideologia progressista, tais como o reforço à jurisdição constitucional, a pretensão de correção e a argumentação jurídica, que, alinhadas à técnica da ponderação, são ferramentas importantes de defesa do controle judicial das políticas públicas.

Antes da apresentação das premissas anunciadas, faremos uma incursão relativa à crise na concretização das políticas públicas pelo Legislativo e Executivo, bem como a respeito da necessária releitura sobre a clássica separação dos poderes de base iluminista e a “reserva do possível”. Também nos posicionaremos acerca da legitimidade constitucional dos juízes para o controle das políticas públicas.

As notícias dos jornais, as estatísticas e o olhar crítico sobre a realidade brasileira comprovam que o povo vive sob o comando de um governo neoliberal que está cada vez mais preocupado com os avanços econômicos e com uma arrecadação tributária que tem como objetivo o máximo recolhimento, alinhado ao mínimo de aplicação em políticas públicas. Os investimentos em obras de infra-estrutura são escassos, as políticas assistencialistas e as de longo prazo não surtem, por sua vez, os efeitos desejados pelos brasileiros. Sem falar no poder dos grupos de pressão econômica, a captura das agências reguladoras e do próprio aparelho estatal pelo mercado. Tudo isso nos apresenta um cenário desanimador para a efetivação das políticas públicas de longo prazo ou estruturantes.

E é nesse cenário que milhões de brasileiros depositam no Estado a sua única esperança de vida. Apresentam dores e angústias ao Poder Judiciário, na honesta fé de que talvez pelas mãos do juiz consigam o medicamento, o tratamento, o leito no hospital, a vacina etc. Sem dúvidas, o assunto não é simples e exigir uma postura mais ativa do judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do poder. O tema é controverso e dá ensejo ao

questionamento: pode o Judiciário atuar no controle das políticas públicas? É o que passamos a esposar.

O jus filósofo alemão Jürgen Habermas⁷¹ é contrário ao controle judicial das políticas públicas por entender que o poder legitimado pelo povo para tomar conta dessas decisões é o legislativo. Ronald Dworkin,⁷² numa posição intermediária sobre o assunto, refere que o controle judicial sobre os atos do legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável. Acentua ainda que a atividade judicial se funda num peculiar tipo de argumento: o principiológico. E estabelece que algumas decisões políticas são sensíveis à eleição e outras insensíveis. Na sua concepção substancial de democracia, as decisões sobre as políticas públicas são sensíveis às eleições, mas as omissões podem eventualmente serem sanadas pelo judiciário. Também, em sentido contrário ao controle judicial, já vaticinaram Karl Lowenstein⁷³ e Carl Schmitt.⁷⁴

Os renomados pensadores citados e tantos outros juristas e acadêmicos entendem que os juízes não teriam legitimidade para atuar nas políticas públicas porque não foram eleitos pelo povo para essa finalidade e, mesmo nos países em que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito. Segundo os mais conservadores, por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se em puro arbítrio ou, no termo comumente utilizado, em puro “ativismo judicial”.

Nesse diapasão, permitir o controle judicial de políticas públicas significaria colocar o judiciário como um superpoder, vontade, segundo muitos, não manifestada pelo constituinte originário.

⁷¹. HABERMAS, 2003.

⁷². DWORKIN, 2005, p.17.

⁷³. “A intervenção dos Tribunais pode conduzir à quebra das fronteiras entre a administração de justiça e política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis – governo e parlamento – estão expostos à tentação de levar aos tribunais um conflito político. Os juízes por sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder por seus juízos políticos, camuflados de sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder – e este é o núcleo da judicialização da política – transformaria, ao final, o sistema governamental em um domínio dos juízes, ou seja, uma judiocracia!”

⁷⁴. “Com a judicialização da política, a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder”

Para a defesa da legitimidade do juiz no controle das políticas públicas no Estado Constitucional, trazemos à baila o disposto no art. 16 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “toda a sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma Constituição”. Bem, da análise do dispositivo nascem as seguintes perguntas: os direitos fundamentais estão a serviço da separação de poderes ou é a separação de poderes que deverá se encurvar aos direitos fundamentais?

Numa interpretação simples do ideário revolucionário exposto, concluímos que a separação de poderes é expressão-meio para atingirmos o desiderato maior que é a proteção dos direitos fundamentais.

É importante frisar que o ambiente histórico que fundamentou o nascimento da separação de poderes defendida pelos pensadores iluministas John Locke e Montesquieu era propício ao Império da Lei. O Estado absolutista precisava ser substituído pelo Estado da Lei, que com a despersonalização do poder e a tese da separação de poderes propiciou essa paulatina substituição do “governo dos homens” para o “governo das leis”.

É inegável a contribuição dos iluminados filósofos para a contenção do arbítrio do detentor do poder, mas é necessário que se atualize aos tempos de hoje o alcance e o conteúdo de tais princípios.

Os tempos mudaram. A sociedade brasileira precisa de quem a defenda das próprias leis (ou da falta delas!) que foram tão enaltecidas no passado. O Legislativo elabora normas em sentido contrário ao que determina a Constituição, fato que motiva o nascimento de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade que deságuam para julgamento diário no STF. A rotina dos juízes e tribunais brasileiros no controle difuso de constitucionalidade também manifesta a má qualidade das leis brasileiras, que, em nome do princípio da presunção de constitucionalidade, produzem todos os seus efeitos jurídicos até que venham a ser declaradas inconstitucionais.

E o que dizer da inércia legislativa? A conduta omissiva verificada pela ausência de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem da colaboração do legislador para que possam produzir seus principais efeitos jurídicos, nos apresenta um triste cenário. Inclusive, insta

salientar que a maioria das leis complementares que a Constituição menciona ainda não foram editadas!

A crise da separação clássica dos poderes invade também o Executivo. Vivemos sob a espada das medidas provisórias editadas pelo governo federal em completo desrespeito aos critérios de relevância e urgência, pressupostos constitucionais indispensáveis à sua adoção, seguindo o art. 62⁷⁵ da Constituição Federal. E o que dizer sobre a própria administração dos serviços públicos? O Executivo, cada vez mais comprometido com as questões de mercado, deixa à míngua a sociedade brasileira que confia ao próprio Estado a sua saúde-vida.

Em precisa manifestação, Nagibe de Melo Jorge Neto⁷⁶ afirma que a separação de poderes nos moldes preconizados pelo Iluminismo não é mais capaz de responder aos desafios modernos porque a lei não é mais um valor em si mesma. O ideal da representação popular foi levado de roldão com todas as incertezas da modernidade.

Não podemos deixar de destacar que o poder estatal é só um, materializado na Constituição, e que a separação das funções esculpida em seu art. 2º não pode se descuidar da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Cabe ao juiz constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.

Como já acentuamos, é uma exigência do Estado Constitucional de Direito que a sua Constituição seja verdadeiramente normativa e não meramente simbólica, sob pena de se transformar na “mera folha de papel” anunciada por Ferdinand Lassale⁷⁷ no século XIX.

Em que pese opiniões já exaradas em sentido contrário, o voto não é o único meio democrático de manifestação popular. O concurso público ao qual se submetem por ano milhões de brasileiros de classes sociais distintas, em nossa opinião, é o meio mais democrático que um cidadão pode enfrentar para ingressar numa carreira pública. Por esforço próprio, tornam-se juízes homens e mulheres,

⁷⁵ De acordo com pesquisa realizada no site do Planalto, de 1º/1/2008 a 29/05/2008, o Presidente da República editou o espantoso número de 22 (vinte e duas) medidas provisórias e ressaltou-se que nenhuma delas até o momento foi convertida em lei! Disponível em www.planalto.gov.br.

⁷⁶ JORGE NETO, 2008.

⁷⁷ LASSALE, 1988.

pobres, ricos, afrodescendentes, portadores de deficiências, idosos, jovens, que em regra participam de um certame transparente e justo. Sem contar que há legitimidade indireta das urnas quando das nomeações dos magistrados nos órgãos colegiados por aqueles que são eleitos.

A legitimidade dos juízes no Brasil é constitucional. A mesma Constituição que ampliou as garantias constitucionais como o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º), além de dar *status* constitucional à Ação Civil Pública, é a que igualmente garante a todos o amplo acesso à justiça e a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV).

Com a nova dogmática constitucional defendida nesse trabalho, o juiz não é mais a simples “boca da lei” de Montesquieu, mas intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não sucumba numa realidade instável como a que vivemos. E o Estado Constitucional de Direito reivindica essa legítima participação dos juízes com o auxílio de uma jurisdição constitucional mais efetiva.

Diante dessa necessária releitura da separação de poderes na atualidade, o Poder Judiciário e cada juiz, com o necessário reforço à jurisdição constitucional, são demandados não só para a realização do controle de constitucionalidade nos dois sistemas adotados pelo Brasil, mas também para a necessária implementação dos direitos fundamentais de segunda geração.

A complexidade que envolve o tema em debate alcança os gastos necessários para a realização das políticas públicas, levando-se em consideração que as demandas são infinitas e, em sua contramão, os recursos orçamentários são escassos.

Como bem assevera Ana Paula de Barcellos,⁷⁸ será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição comum sobre em que gastar, é preciso definir como o dinheiro será dispendido e essas escolhas públicas recebem influências diretas das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser seguidos em caráter principal.

⁷⁸. BARCELLOS, 2007.

É sabido, que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, cunhada no conhecido princípio da “reserva do possível”⁷⁹ (*Vorbehalt des Möglichen*), firmado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, segundo o qual, a entrega de prestações sociais ficaria sujeita à reserva da lei orçamentária.

Segundo a maestria das palavras do Ministro Celso de Mello, em julgado importante sobre o direito à saúde:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais (STF, ADPF 45, Ministro Relator Celso de Mello).

Conforme as palavras do Ministro, a simples alegação de insuficiência de verbas orçamentárias para a concretização das políticas públicas, anunciadas pela Constituição e pleiteadas na via judicial, não é suficiente para caracterizar a impossibilidade material ou jurídica da prestação. Nessas situações, cabe ao julgador ponderar e realizar escolhas acertadas com base na própria Constituição. E é nesse sentido que o STF vem se posicionando sobre o direito à saúde.⁸⁰

⁷⁹. BverfGE 33, 333: “Os direitos e prestações não são garantidos de antemão para qualquer situação existencial, senão que permanecem sob a reserva do possível, no sentido de saber o que cada qual pode razoavelmente exigir da sociedade. Em primeiro lugar encontra-se sob a responsabilidade do legislador avaliar a pretensão, considerando a economia orçamentária, as outras necessidades da comunidade e o dispositivo expresso do art. 109, inciso 2 da Constituição, que manda levar em conta o equilíbrio geral da economia”.

⁸⁰. Seguem abaixo decisões importantes do STF sobre o controle judicial das políticas públicas referentes à saúde:

“não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Daí, mais uma vez é pertinente a ponderação de Ana Paula de Barcellos,⁸¹ que afirma que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (a) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (b) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, segundo a autora, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental". (STF, ADPF 45, Ministro Relator Celso de Mello, J. em 29.04.2004, DJ 04.05.2004).

E ainda:

“Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranóide e de doença maniaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa” (STF, RE.393.175/RS, Ministro Relator Celso de Mello, J. 01.02.2006, DJ16.02.2006).

Podemos acrescentar:

“Assim, no presente caso, atendo-me à hipossuficiência econômica da impetrante e de sua família, à enfermidade em questão, à inoperância de outras medicações já ministradas e à urgência do tratamento que requer a utilização do medicamento importado, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, entendo que a interrupção do tratamento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e ao desenvolvimento da impetrante, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que faz demonstrar, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão liminar deduzida no mandado de segurança em apreço. Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária”.(STF, SS.3205/AM, Ministra Relatora Ellen Gracie, J. em 31.05.2007, DJ08.06.2007).

¹⁷³. BARCELLOS, Ana Paula de, 2002.

componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

E nesse diapasão, como o neoconstitucionalismo pode influenciar positivamente no controle judicial das políticas públicas? É o que passaremos a analisar.

Como já considerado, o Estado Constitucional demanda ao Poder Judiciário maiores atribuições. No papel de intérprete qualificado e protetor da própria supremacia constitucional, o juiz constitucional, além de realizar a fiscalização de constitucionalidade das leis por meio dos dois sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelo país, é exigido para que, na aplicação das normas constitucionais, também possa oxigenar a vida dos direitos sociais.

Conforme anunciado por Robert Alexy,⁸² a jurisdição constitucional representa um exercício de autoridade estatal, que não passa pela legitimidade das urnas democráticas. Em face disso, o jurista alemão defende que a reconciliação da jurisdição constitucional com a democracia seria concebê-la também⁸³ como representação do povo.

Uma representação argumentativa, que de acordo com o autor apresentaria um modelo democrático diferenciado do puramente decisional,⁸⁴ e sim uma democracia com argumentos, deliberativa, que estaria intensamente associada a uma atividade de justificação moral, paradigma neoconstitucionalista que unifica a argumentação jurídica e moral.

O liame democrático entre o povo e a sua Corte Constitucional seria realizado, portanto, por meio de argumentos sólidos e fundamentados, pautados na denominada pretensão de correção.

⁸². ALEXY, 2007.

⁸³. “Também”, porque defendemos em posicionamento manifestado na própria subseção sob análise que a legitimação dos juízes advém do próprio texto da Constituição, que permite o concurso público como ingresso democrático na carreira da magistratura, além das indicações dos juízes dos órgãos colegiados serem realizadas em regra por quem foi eleito.

⁸⁴. Segundo Alexy, baseado em um sistema de decisões centralizadas em torno dos conceitos de eleição e regra da maioria.

Correção, segundo Alexy,⁸⁵ implica fundamentabilidade, ou seja, com essa pretensão de correção o direito reconhece mais do que um dever geral de fundamentação, e sim exige que o referido dever seja cumprido da melhor forma possível.

Associada à referida garantia surge a expectativa de que todos os destinatários reconhecerão a decisão judicial como correta, se realmente forem razoáveis e em harmonia com o ordenamento jurídico. Essa expectativa incluída na pretensão de correção seria uma expectativa normativa, formulada de acordo com três elementos: *a)* a afirmação de correção; *b)* a garantia da fundamentabilidade; e *c)* a expectativa de reconhecimento da correção.

Esse dever jurídico de decidir corretamente invade as decisões judiciais. No ambiente de abertura constitucional as decisões não podem se resumir apenas ao que está ordenado, proibido e permitido. Daí nascem as necessárias considerações sobre justiça, conveniência, costumes e moral, conexão metodológica ou teórica argumentativa necessária entre direito e moral, que não garantem, segundo Alexy,⁸⁶ a correção das decisões judiciais, mas estabelecem parâmetros que podem ser seguidos para assessorar a racionalidade das decisões judiciais.

O juiz constitucional não pode, segundo as premissas neoconstitucionalistas, desconsiderar que os seus julgados deverão trazer fundamentações razoáveis, justas, realizadas mediante a ponderação com a aplicação dos princípios da nova interpretação constitucional.⁸⁷

Colaborando com esse raciocínio, Nagibe de Melo Jorge Neto⁸⁸ diz que não se pode desconsiderar que a decisão judicial não é frente da vontade isolada do juiz. Primeiramente, porque o juiz está adstrito ao pedido feito pelas partes; segundo, porque a decisão não “brota” da cabeça do juiz, mas é fruto de um processo dialético discursivo em busca da melhor solução para o caso.

Mas a tese da argumentação jurídica não colaboraria para o excesso de subjetivismo dos julgados e para a incerteza do direito?

⁸⁵. ALEXY, 2005, p. 31-42.

⁸⁶. ALEXY, 2005, p. 275.

⁸⁷. A teoria dos princípios já foi desenvolvida em seção específica.

⁸⁸. JORGE NETO, 2008, p. 72.

Em resposta às críticas de Suzzana Pozzolo⁸⁹ sobre o assunto, Eduardo Moreira⁹⁰ aposta na argumentação jurídica como recurso de baliza à própria discricionariedade dos juízes, que devem apoiar as suas decisões em princípios existentes e que somente serão válidos para o caso concreto se a pertinência de seu uso for argumentativamente considerada. Conclui o autor, que

A sociedade, a partir das decisões e julgamentos, poderá participar das decisões e julgamentos, poderá participar das decisões políticas e quem sabe, exigir investimentos em determinada área social, que só chegam ao conhecimento do público em geral pelos próprios políticos em época de eleição – controle interno – e pela mídia, que é divulgadora do sentimento de (in) justiça no Brasil (Moreira, 2008, p. 138).

A fundamentação jurídica apropriada, associada aos princípios constitucionais é um caminho iluminado na vida dos direitos sociais e principalmente para o direito à saúde. A partir da força vinculante da Constituição, a Administração Pública não pode negar os direitos constitucionalmente garantidos e o controle judicial vai permitir que essa análise seja efetuada pelo juiz constitucional que, em nome da própria Constituição, deverá com base em critérios de ponderação argumentativamente estruturados concretizá-los para a sociedade.

A Constituição de 1988 trouxe critérios objetivos importantes que colaboram para o controle judicial das políticas públicas com relação à saúde. Segundo o art. 198,⁹¹ os recursos para investimento no custeio da saúde deverão ser repartidos entre a União, os estados, Distrito Federal e municípios num

⁸⁹. POZZOLO, 2007

⁹⁰. MOREIRA, 2008, p. 58.

⁹¹. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

sistema de colaboração, teoricamente muito interessante, não fossem as dificuldades em fiscalizar a destinação dessas receitas.

O próprio texto constitucional avança na preocupação com o direito à saúde quando excepciona a regra da não-intervenção (que existe em nome da autonomia federativa) e permite a intervenção federal quando os estados deixarem de aplicar o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, “e”). Também assegura a intervenção estadual nos municípios que não tiverem aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 35, III).

O cidadão, invocando seu legítimo direito à informação do art. 5º, XXXIII, garantido no texto constitucional, poderia, dentro desse contexto, provocar a tutela jurisdicional para que pudesse ter acesso aos documentos referentes à destinação do dinheiro público. Assim, por meio do controle social e judicial, paulatinamente, o Poder Público, que não possui discricionariedade *contra legem* precisaria assumir uma postura mais “constitucional” e célere sobre a destinação dos recursos da saúde.

O orçamento na Constituição de 1988 pode ser compreendido por um critério dinâmico e deve ser um canal democrático, pois precisa retratar os compromissos políticos e o sentimento de cidadania.⁹² Por isso, o descumprimento às políticas públicas determinadas nas leis orçamentárias promove a violação à Constituição e ao próprio Estado Constitucional, exigindo do Judiciário uma participação mais efetiva no próprio controle judicial do orçamento, como já defendido por J. J Canotilho.⁹³

No controle das políticas públicas, o neoconstitucionalismo contribui para uma postura mais atuante do Poder Judiciário, exigida pela própria Constituição e respaldada por decisões mais fundamentadas, tomadas com base em um processo discursivo permitido pelas normas constitucionais, orientadas por inúmeras normas de valor que devem ser de maneira objetiva defendidas.

⁹². SUSTEIN, 1994, p. 145.

⁹³. CANOTILHO, 1979, p. 3-14.

O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia.

(Carlos Santiago Nino, *Justicia*)

Toda a motivação desse trabalho, sem dúvidas, partiu do tema que intitula esta subseção. Como cidadãos e operadores do direito, temos o compromisso – que aumenta de proporções num país de tantas mazelas sociais – de trabalhar para a evolução do direito e da melhoria das condições de vida da população. O direito é muito mais do que uma área das ciências humanas que nos permite o estudo das leis, dos poderes, da organização do Estado, dos direitos e deveres. Não nos basta a sua utilização apenas para satisfações pessoais. É muito pouco. O direito é mecanismo de mudança, de transformação social, de concretização da justiça. E é possível que o próprio ordenamento jurídico, repaginado, evoluído, nos permita justamente lutar pela efetivação da saúde pública do povo brasileiro.

Como bem assevera Cristian Courtis,¹ o direito à saúde é um direito jovem, como todos os demais direitos sociais, se comparados aos direitos privados. Dentro desse panorama do pensamento constitucional contemporâneo, o referido autor ressalta um aspecto importante para reflexão: as próprias universidades, muitas ainda de cunho patrimonialista, não mostram aos seus alunos a importância do advogado no cumprimento e reivindicação das políticas sociais. Os bacharéis aprendem a redigir petições na tutela de direitos individuais e poucos são os que sabem redigir peças processuais de reivindicações de direitos coletivos. Aliás, complementaríamos que muitos dos que cursam graduação em outras áreas, tampouco estão cientes dos seus direitos ou como reivindicá-los. A

¹ COURTIS, 2007, p. 185-209.

falta de informação, associada às deficiências na área da educação, influenciam para o cenário de clientelismo político nas mãos da Administração Pública.

Em respaldo a esse diálogo, é importante ressaltar que a ordem internacional tutela a proteção aos direitos sociais,² mas, com a ausência de mecanismos eficazes de controle que ficam prejudicados em nome da soberania nacional, a tutela não consegue ser muito efetiva, de acordo com Courtis.³ Em complementação, os Estados devem ser cobrados para esgotar seus esforços no sentido de acudir a cooperação internacional e melhorar progressivamente a efetividade dos direitos sociais previstos nos pactos internacionais. Esse controle poderia ser realizado pela demonstração de indicadores de ações e resultados, estatísticas, pesquisas comparativas etc., que também encontram dificuldades na soberania dos Estados.

Como o neoconstitucionalismo não pretende ser apenas uma teoria descritiva e sim política transformadora dos problemas sociais e progressista, agrupamos quatro aspectos que serão abordados dentro dessa perspectiva, que, somados aos argumentos apresentados ao longo do trabalho, apresentam um horizonte mais iluminado para o direito à saúde no Brasil. São eles: (4.1) O neoconstitucionalismo está comprometido com a força vinculante das normas constitucionais. Eficácia Direta do direito à saúde; (4.2) Densidade normativa de todas as normas constitucionais. Fim das normas programáticas. Caráter jurídico do direito à saúde; (4.3) Princípios da nova interpretação constitucional que tutelam o direito à saúde; (4.4) Vinculação de todos os poderes na implementação da saúde. O reforço à jurisdição constitucional associada à teoria da argumentação. Controle Judicial do Orçamento.

A seguir, desenvolvemos cada um desses indicativos relacionados.

² Como exemplo, temos o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 591/1992.

³ COURTIS, 2007, p. 200.

4.1

O Neoconstitucionalismo está comprometido com a força vinculante das normas constitucionais. Eficácia Direta do direito à saúde.

O neoconstitucionalismo é, sobretudo, uma teoria construída em torno da Constituição. Os seus postulados estão comprometidos com a Lei Maior e com todas as significações positivas que ela possa efetivamente gerar para a sociedade, visando uma proposta real de melhoria da condição de vida das pessoas. É da Constituição que parte a análise neoconstitucionalista do ordenamento jurídico e o seu bem mais valioso, os direitos fundamentais, tornam-se para essa teoria o **epicentro do direito**.

Nessa proposta, o direito à saúde na Constituição de 1988 se relaciona intimamente com o neoconstitucionalismo. Os artigos. 6º, 194, I e 196, destacam que saúde é direito de todos e dever do Estado, inclusive, com a garantia da universalidade subjetiva e objetiva da cobertura e do atendimento dos serviços a ela relacionados. Em seu sentido subjetivo, todas as pessoas, independente de condição social, fazem jus ao serviço público de saúde. No seu contexto objetivo, o serviço público deve se estender a todos os tratamentos, dos mais simples, aos de maior complexidade, em seu aspecto preventivo e também nos procedimentos curativos.

O direito à saúde também é matéria de competência partilhada entre todos os entes da federação, de acordo com o art. 23, I. Ou seja, é dever constitucional a União Federal, estados, distrito e municípios cuidarem da saúde da população, envidando os melhores esforços nesse sentido.

Não se discute a juridicidade do direito à saúde com todos os substratos jurídicos que a protegem, incluindo a supremacia constitucional, nos seus aspectos formais e materiais. Estes últimos partem da premissa de que os valores e princípios que a Constituição consagra são os mais importantes para uma determinada comunidade política. Isto é, diante de qualquer tensão entre a lei e a norma constitucional, esta última deverá prevalecer. A superioridade legal, principiológica e valorativa da Constituição é defendida pelo controle de constitucionalidade, realizado em face de normas infraconstitucionais que queiram

diminuir o seu alcance e sentido. Nesse amplo controle, o juiz constitucional deverá inclusive analisar a compatibilidade das normas pré-constitucionais com os novos preceitos trazidos pela Constituição, declarando-as não recepcionadas quando houver em seus textos ofensas à Constituição. No sistema híbrido de controle de constitucionalidade, essa defesa se torna mais efetiva com os sistemas difusos e concentrado.

O direito à saúde é também cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV), defendida contra o próprio poder derivado reformador que pretenda, via emenda constitucional, restringir o seu alcance e magnitude. Ademais, os remédios constitucionais que também possuem guarida no texto constitucional reforçam a proteção à saúde. O mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX) tem sido importante instrumento de defesa da saúde em sua tutela individual e coletiva e a ação civil pública, na forma do art. 129, III, tem provado a sua força na proteção à saúde coletiva da população brasileira, com principal destaque na atuação do Ministério Público. Recentemente, a própria argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CF) também foi consagrada como instrumento importante de defesa do direito à saúde no país.⁴

É inegável que com tantas normas protetoras, a eficácia direta dos direitos fundamentais se irradie também para o direito à saúde. Com o reforço à onipresença da Constituição, pilar da teoria neoconstitucionalista, o direito à saúde é ainda mais bem tutelado.

4.2

Densidade normativa de todas as normas constitucionais. Fim das normas programáticas. Caráter jurídico do direito à saúde.

Ao longo de sua história, o direito à saúde, estigmatizado como direito de 2ª geração, sempre recebeu *status* de norma constitucional de eficácia programática e dependente de políticas públicas do Estado para a sua concretização. Essa posição não é compartilhada pelos ideários

⁴ STF, ADPF 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO decisão publicada no DJU de 4.5.2004 (decisão já comentada em subseção anterior)

neoconstitucionalistas que vieram reforçar a juridicidade de todo o texto constitucional sob a influência da teoria dos princípios. Em bem da verdade, o neoconstitucionalismo poderia decretar o fim da visão de “programa” ou de mera “diretriz de governo” que alguma norma constitucional possa eventualmente receber. Nenhum direito existe por um mero acaso.

E essa parece ter sido a vontade do constituinte originário ao redigir o art. 5, §1º da Constituição Federal, que ressalta justamente a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais. Esse pensamento tem sido compartilhado na opinião de alguns de nossos juízes constitucionais:⁵

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (grifamos) ou, em outra passagem do mesmo julgado: "Por derradeiro, a licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas. Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária."

O caráter jurídico do direito à saúde tem sido levado a sério pela nossa corte constitucional. Segundo Eduardo Appio,⁶ atualmente existe um quase-consenso no STF sobre assuntos delicados, tais como a universalização do acesso a medicamentos especiais e cirurgias de alto custo (como, por exemplo, transplantes) na medida em que no âmbito do STF 9 (nove) dos 11 (onze) ministros da atual composição da corte já se manifestaram em favor da prefalada universalização, a partir da idéia de um direito subjetivo público. Neste caso, os ministros Celso Mello, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carmén Lúcia, Eros Grau e Carlos Ayres Britto já decidiram, em seus respectivos julgamentos, a favor da tese da existência de um

⁵ STF, RE 273.834-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *acórdão pendente de publicação. Nesse mesmo sentido, ver: (RE 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (Ag 232.469-Rs, Rel. Min. MARCO AURÉLIO) (Ag 236.644-RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), (Ag 238.328-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), (RE 273.042-RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).

⁶ APPIO, 2006.

direito subjetivo público, que existe em favor de qualquer cidadão em face do Estado brasileiro na preservação do direito fundamental à saúde.

4.3

Princípios da nova interpretação constitucional que tutelam o direito à saúde.

Como o Estado Constitucional de Direito é altamente principialista, a nova interpretação constitucional, instruída pela dignidade da pessoa humana, dá vida à saúde, com variados princípios que são vertentes importantes na sua concretização, como por exemplo: o Princípio da vedação ao retrocesso social, o Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais, o Princípio do Resgate (Dworkin) e, por sugestão nossa, o princípio do Equilíbrio Existencial, em vez do “mínimo”.

Mais uma vez, nos auxiliando da autorizada lição de Canotilho, registramos que a

(...) idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado (Canotilho, 1999, p. 320-321).

Nesse sentido, o princípio da vedação ao retrocesso social traz a lume a idéia de que os avanços na área da saúde (a criação do SUS e da “Farmácia Popular”, por exemplo) não podem retroceder, estando dessa maneira fora da discricionariedade do poder público. É forçoso reconhecer que, em nome da razoabilidade, essa vedação não é absoluta e nem tem por objetivo derrotar a autonomia do Legislativo e do Executivo, mas serve como importante vetor de

proteção às políticas públicas já adotadas na área da saúde. Se forem necessárias mudanças – porque o destino do país não é previsível –, com base neste princípio, seriam necessárias medidas substitutivas para que os direitos fundamentais continuassem assegurados e para que a população não sofresse fortes abalos com a extinção da referida política.

Poderíamos, nessa mesma linha de pensamento, acrescentar que a lista de medicamentos já oferecida pelo SUS não poderia sofrer mudanças restritivas, mas tão-somente ampliativas. A título de exemplo, de acordo com informações do Governo Federal,⁷ a atual lista de medicamentos de alto custo ou uso continuado – os chamados medicamentos excepcionais – incluem 226 itens para diversas patologias, como insuficiência renal crônica, hepatite viral B e C, osteoporose, problemas de crescimento, doença de Alzheimer, doença de Parkinson, doença de Gaucher e imunossuppressores para pacientes transplantados, entre outras. Esta relação leva em conta, principalmente, a demanda social combinada com a efetividade do medicamento, atestada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e com os custos para os cofres públicos. De acordo com o sistema integrado de saúde pública, estados e municípios podem e devem ampliar a referida lista (mas não reduzi-la), conforme a demanda regional, bem como adquirir outros tipos de medicamentos excepcionais de forma complementá-la, tendo em vista que o financiamento da saúde é, obrigatoriamente, responsabilidade dos três níveis de governo.

Com o art. 5º, §1º mencionado, o constituinte originário também colimou o Princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais ou da sua aplicabilidade. Esse princípio impõe ao intérprete a busca da exegese da norma constitucional que lhe confira mais efeitos práticos. Dentre várias interpretações possíveis de uma norma, o exegeta deve sempre optar por aquela que outorgue à norma uma força concreta mais intensa. Nesse sentido, poderíamos inclusive defender que não há ponderação a ser realizada em caso de urgência em pedidos de medicamentos ou de internação. A vida não é ponderável, nem se submete à reserva do possível!

⁷ Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/>>. Último acesso em: 5/5/2008.

Um dos belos princípios colaboradores do direito à saúde é trazido por Ronald Dworkin,⁸ que o denomina de princípio do resgate. De acordo com ele, tendo em vista que saúde e vida são os bens mais importantes, todos os outros devem ser sacrificados em favor desses dois bens. Portanto, mesmo numa sociedade de riquezas desiguais, não se deve negar a ninguém a assistência médica e outras necessidades sociais. Ou seja, de acordo com esse augusto princípio, a sociedade deve oferecer tratamento ao doente sempre que houver a possibilidade remota de salvar a sua vida.

Entendemos que os brasileiros têm legítimo direito ao equilíbrio existencial e não ao mínimo, que de uma forma ou de outra está relacionado à própria sobrevivência. Uma vida digna não é assegurada apenas quando o juiz constitucional determina a compra do medicamento que vai salvar a vida, a internação no hospital, a realização do transplante, ou a concessão de próteses para os que tiveram seus membros amputados. Isso é obrigação do Estado para aqueles que não têm como pagar os altos valores exigidos pelos planos de saúde privados. O equilíbrio existencial vai além da questão da sobrevivência. O portador de doença grave quer ter a tranqüilidade de que no mês seguinte o seu remédio continuará disponível a ele; uma mãe quer poder dormir descansada imaginando que se o seu filho contrair alguma doença, ou for picado pelo mosquito da dengue, um médico do serviço público irá atendê-lo; a moça grávida merece ter uma gestação tranqüila, sabendo que remédios e médicos estarão à sua disposição... Em nossa opinião, esse é um dos sentidos da dignidade da pessoa humana, possível de ser atendido com melhores esforços administrativos, o controle judicial nos orçamentos e destinação de recursos na área da saúde.

Um dos grandes obstáculos, entretanto, à plena eficácia do direito à saúde é o verdadeiro abandono do velho dogma de sua estrita natureza de “exortação política”, ou, como anunciado pelo constitucionalista germânico Konrad Hesse, a pura falta de “vontade de constituição” dos Administradores Públicos, em geral, mais preocupados com seus próprios interesses políticos, os quais raramente detêm identidade com a vontade do Constituinte Originário.

⁸ DWORKIN, 2005. p. 446.

4.4

Vinculação de todos os poderes na implementação da saúde. O reforço à jurisdição constitucional associada à teoria da argumentação. Controle Judicial do Orçamento.

Como decorrência lógica do momento de onipresença da Constituição e da defesa da máxima efetividade de suas normas, o neoconstitucionalismo reforça a importante presença dos juízes constitucionais, não só na realização do controle de constitucionalidade, mas com destaque na concretização das políticas públicas. Como já foi dito, esse novo pensamento teórico não é meramente descritivo; tem compromisso com o real, o direito que pode efetivamente ser concretizado para a sociedade.

É fato que o efeito vinculante do direito à saúde afeta todos os poderes. O Estado-Administração tem obrigação de realizar políticas públicas positivas e efetivas para concretizar a vontade do Constituinte Originário (ou derivado), da mesma forma que o Estado-Juiz, porque estão todos submetidos ao texto da Constituição. No entanto, como a saúde toca na discricionariedade administrativa, esse tem sido um dos pontos mais sensíveis sobre a participação do juiz constitucional no controle das políticas públicas.

Conforme é cediço, o ato administrativo pode ser dividido, entre diversas classificações doutrinárias e em duas principais espécies: os vinculados e os discricionários. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os vinculados “seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma⁹, não havendo aqui de se falar em mérito administrativo.”¹⁰

⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2003.

¹⁰ Segundo o mestre José dos Santos Carvalho Filho, “Quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado” (CARVALHO FILHO, 1997).

Por sua vez, os chamados de atos administrativos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”¹¹, valendo frisar que quanto ao elemento “finalidade” do ato administrativo, não há, como costuma apregoar a doutrina, qualquer discricionariedade. Eis que tal elemento, em sentido lato, deve sempre ser o “interesse público”.

Estabelecidas essas premissas, quais seriam os limites da discricionariedade administrativa? Existe discricionariedade *contra legem*? E a partir daí, quais os limites à atuação do Poder Judiciário como agente responsável pela concretização das políticas públicas?

Partindo da análise do disposto no art. 196 da Constituição Federal,¹² as políticas públicas que deverão ser realizadas para a concretização do direito à saúde podem envolver tantos atos vinculados quanto aos atos discricionários. A escolha administrativa sobre como, ou por meio de quais programas a política pública deve ser realizada; exemplificando, quais medicamentos devem ser colocados na lista do SUS; quais hospitais públicos realizarão transplantes; quantos médicos deverão ser contratados; quais as especialidades médicas que demandam maior contingência de pessoal; qual é a melhor época do ano para a distribuição de preservativos; ou, ainda, quais são os equipamentos de ponta que devem ser adquiridos para os hospitais, todas elas passam, em princípio, pelo âmbito da discricionariedade administrativa.

Lembramos que a Constituição de 1988 não trouxe o juiz *administrador*, e sim o juiz *constitucional*, ou seja, ele também sofre freios e está jungido ao poder da Constituição. O excesso de teorização de seus julgados também pode cometer arbitrariedades. A utilização de doutrinas estrangeiras em excesso de países com cultura, economia e desenvolvimento sociais bem

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 380.

¹² “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” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196, 1988).

diferentes dos nossos, também nos desperta preocupações. Devemos permanecer sempre atentos.

Não podemos defender a participação do juiz dentro das escolhas públicas de ambiente estritamente discricionário. Mas o que ocorre se não houver política pública? E se houver uma decisão administrativa mal tomada?

É mais fácil defender a participação do Judiciário na omissão da política pública do que na má política pública, mas não é impossível, senão vejamos: imagine-se que um titular de poder executivo local, com finalidades eleitoreiras, resolve determinar a construção de um campo de futebol para os rapazes, a despeito da falta de medicamentos, médicos e leitos nos hospitais locais. É claro que o lazer é direito fundamental (e social) justo para o trabalhador e que contribui indiretamente para a própria saúde física e psíquica, mas, *data máxima vênia*, numa situação como essa, o Poder Judiciário não poderia se olvidar de decidir a favor da saúde, caso, por exemplo, provocado pelo Ministério Público ou Defensoria Pública numa ação civil pública.

Aí, a própria Constituição, sob o espreque da inafastabilidade do Poder Judiciário, princípio corolário da justiça (art. 5º, XXXV), tem a solução: se provocado, cabe ao juiz constitucional analisar o caso concreto e decidir da melhor forma a concretizar a vontade da Constituição e a dignidade da pessoa humana, inclusive atuando no combate a políticas públicas não prioritárias

A eficácia direta dos direitos fundamentais, os princípios explícitos e implícitos resolvem o problema da omissão e da má prestação dos serviços relacionados à saúde, e, sem dúvidas, influenciam na fundamentação das decisões judiciais que determinam a compra dos medicamentos gratuitos ou a internação nos hospitais. Mas a verdadeira mudança e melhoria do problema da saúde pública no país, em nossa opinião, seria o controle mais efetivo do Judiciário das próprias leis orçamentárias, que cuidam (ou deveriam cuidar) da arrecadação e da correta destinação do dinheiro para a proteção da saúde.

Essa participação do juiz constitucional no orçamento público encontra um forte aliado nos próprios princípios constitucionais expressos e implícitos, bem como na teoria da argumentação jurídica defendida pelo neoconstitucionalismo, que sintetizaremos a seguir.

Dentro da perspectiva neoconstitucionalista, é imperioso destacar o papel dos princípios orçamentários como mais uma vertente importante no controle judicial das políticas públicas. Segundo José Afonso da Silva ¹³, dentre esses princípios poderíamos incluir: o da exclusividade (que impede a inclusão de normas relativas a outros campos jurídicos no orçamento), da programação (formulação de objetivos e estudo sério de alternativas para alcançar os fins governamentais), do equilíbrio orçamentário (relação equilibrada entre o montante das despesas autorizadas e o volume da receita prevista para o exercício financeiro), da anualidade (com a programação de atividades), da unidade (unidade de orientação política), e da legalidade (o mesmo fundamento da legalidade geral).

Em síntese, esses princípios serviriam como freios à atuação do Legislativo e do Executivo e, se violados, também permitiriam uma intervenção mais ativa do juiz constitucional.

A teoria da argumentação jurídica, que tem como um de seus maiores propagadores Robert Alexy, propõe, como regra metodológica principal para sua atuação, a extração do máximo de conteúdo valorativo que uma norma pode oferecer, justamente o contrário do que proclama o positivismo exclusivo (que pregava a extração de qualquer conteúdo valorativo que uma norma pudesse oferecer).

Antônio Cavalcanti Maia¹⁴ defende que a argumentação jurídica pode ser entendida como método jurídico que, ao lado da hermenêutica jurídica e das regras de interpretação do direito, fornece elementos axiológicos e epistemológicos que contribuiriam para a realização do direito, apoiando a ciência jurídica.

A argumentação jurídica é ferramenta das mais importantes para o protagonismo do Judiciário nesse Estado Constitucional de Direito, mas ao mesmo tempo é a que mais lhe dá trabalho, exigindo do juiz constitucional ainda maior responsabilidade na fundamentação das suas decisões.

¹³ AFONSO DA SILVA, 2003, p.718-722.

¹⁴ MAIA, 1998. p. 395.

Não esqueçamos que a argumentação jurídica de hoje é mais qualificada, pois tem de se deparar com um arsenal de normas constitucionais protegidas pelo princípio da unidade constitucional e rodeadas de princípios constitucionais explícitos e implícitos, informados pela dignidade da pessoa humana. O art. 93, IX ganha reforço ainda mais sofisticado com a argumentação jurídica, haja vista não se esperar do intérprete constitucional uma fundamentação qualquer, mas sim a mais coerente com a própria vontade da Constituição.

O neoconstitucionalismo reforça o papel do juiz constitucional, mas lhe cobra muito mais do que apenas uma decisão fundamentada publicada em diário oficial para solução de uma contenda. E isso colabora para a contenção interna e externa dos seus eventuais excessos. Externa, pelos mecanismos listados na subseção relativa “à crítica ao ativismo judicial”¹⁵ (a lembrar: social, político, administrativo e técnico) e, interno, pelo próprio sistema recursal que permite a revisão dos julgados pelas instâncias superiores.

O juiz constitucional não é qualquer juiz, é aquele que conhece bem a Constituição e as mazelas do povo, mas que sabe que não pode resolver com a pena de sua caneta todos os problemas sociais, sob pena do próprio colapso do Estado Constitucional de Direito. Daí porque a argumentação jurídica regula a sua conduta.

Como já analisamos, os recursos são limitados e a visão clássica é de que no quadro de escassez, as escolhas ou prioridades devem ser feitas, não pelo Judiciário, mas por poderes que têm legitimidade ativa da vontade popular, como o Legislativo ou Executivo. O Legislativo faz o orçamento e o Executivo executa o orçamento.

O orçamento é instrumento essencial para implementação de políticas públicas e tem estreito compromisso com o desenvolvimento da saúde no país. A Constituição dispõe no art. 198¹⁶ como deverá ser estruturado o planejamento do

¹⁵ Subseção 2.4.

¹⁶ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

orçamento da saúde e a vinculação de receitas de cada um dos entes da federação. Nesse sentido, as políticas públicas determinadas nas leis orçamentárias passam a ser vinculantes para toda a Administração Pública. Não executá-las é contrariar a vontade da Constituição e o próprio Estado Constitucional de Direito.

O texto constitucional prevê, igualmente, uma forma integrada de controle interno do orçamento a ser realizada pela união entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que, na forma do art. 74, manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (Constituição Federal, art. 74).

Por este dispositivo a Constituição já legitima completamente o Poder Judiciário a atuar de forma mais efetiva no controle dos orçamentos. Inclusive, a previsão do art. 74, § 2º também possibilita qualquer cidadão a denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, em que pese a fiscalização popular ser prejudicada pela falta de informação do povo e, principalmente, pela ausência de clareza e informação dos dados.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União”.

Canotilho¹⁷ observa que a lei orçamentária é uma norma jurídica em sentido estrito, que inova o ordenamento jurídico, ainda que possua conteúdo administrativo. Além disso, tem um relevante papel na implementação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. Daí porque seria possível a participação do juiz constitucional no controle de constitucionalidade das leis orçamentárias.

Ressalte-se, entretanto, que até o momento não temos muitos julgados do STF¹⁸ sobre o controle dos orçamentos públicos, que ainda é tratado com primazia no ambiente administrativo e legislativo.

O assunto não é simples, mas entendemos que a participação efetiva do juiz constitucional nos orçamentos públicos, controlando os excessos, o desrespeito aos princípios orçamentários, os desvios de receitas, seria mais um

¹⁷ CANOTILHO, 1979, p. 3-14.

¹⁸ Seguem as decisões do STF:

"Sistema único de saúde: reserva à lei complementar da União do estabelecimento de 'critérios de rateio dos recursos e disparidades regionais' (CF, art. 198, § 3º, II); conseqüente plausibilidade da argüição da invalidez de lei estadual que prescreve o repasse mensal aos municípios dos 'recursos mínimos próprios que o Estado deve aplicar em ações e serviços de saúde'; risco de grave comprometimento dos serviços estaduais de saúde: medida cautelar deferida para suspender a vigência da lei questionada." ([ADI 2.894-MC](#), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-8-03, DJ de 17-10-03).

"Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF, ADI-MC 2484, Min. Rel. Carlos Velloso, J. 19/12/2001, DJ 14-11-2003).

Em julgado recente, entretanto, a Corte se manifestou em sentido oposto:

"Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...) Medida cautelar deferida. Suspensão da vigência da Lei n. 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008." (STF, ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-5-08, DJE de 22-8-08)

caminho a ser trilhado, desenvolvido e analisado pelos pensadores do direito em prol da saúde.

Com consciência, responsabilidade e razoabilidade, a fiscalização do orçamento público poderá, com a ajuda de todos, tornar-se um forte aliado de transformação social em nosso país. E a Constituição de 1988 oferece todos os elementos para atingirmos esse objetivo.

Conclusão

A preocupação com o direito à saúde no Brasil está presente nos debates acadêmicos, nos noticiários, nas decisões judiciais e, principalmente, na realidade do povo brasileiro, que reivindica, diariamente, a legítima melhoria no serviço público de saúde, em nome da dignidade da pessoa humana, da cidadania e acima de tudo, da própria vida.

Esse trabalho foi motivado pelo espírito progressista que conseguimos verificar no pensamento constitucional contemporâneo, em especial no neoconstitucionalismo, e, com isso, procuramos trazer algumas de suas colaborações teóricas para sustentar o quanto esse debate moderno sobre o direito pode ajudar na efetivação da saúde no país.

Para discorrer sobre alguns dos principais postulados neoconstitucionalistas, fizemos primeiro uma passagem crítica pelo positivismo jurídico kelseniano e também uma breve incursão no pós-positivismo, que não chegou a se afirmar como teoria de direito. Dentro desse contexto contemporâneo, apresentamos a importância da revisão da clássica teoria das fontes diante do Estado Constitucional principiológico de Direito e enfatizamos o papel extraordinário que a doutrina realiza como fonte crítica transformadora e principal agente de construção desse pensamento moderno.

Com o advento do Estado Constitucional de Direito em 1988, a saúde ficou mais bem protegida e a sua juridicidade se tornou indiscutível. Para colaborar neste debate, apresentamos estudo sobre a eficácia vinculante e aplicação direta dos direitos fundamentais e também acerca do desserviço que o encarceramento aos direitos em fragmentadas gerações causou ao direito à saúde, estigmatizando-o como um direito “programático”.

Em nosso trabalho, demonstramos o quanto é importante para o direito à saúde a abertura das Constituições aos princípios e analisamos alguns deles, tais como: o Princípio da vedação ao retrocesso social, o princípio do resgate e o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que

somados ao “equilíbrio existencial” (no lugar do conhecido “mínimo existencial”), funcionam como belas ferramentas de defesa do direito à saúde.

À luz dos dados oficiais oferecidos pelo Governo Federal demonstramos em nosso trabalho, por meio de estatísticas, as disparidades existentes na prestação de saúde pública entre os diversos estados e regiões brasileiras, com os pontos de ineficiência mais críticos centralizados na região Norte-Nordeste.

Enaltecemos a augusta criação da Lei Orgânica da Saúde (LOS - Lei nº 8.080/1990), que nasceu para dar estrutura e viabilidade ao Sistema Único de Saúde, que constituiu um dos mais importantes avanços legislativos na área da saúde pública já vivenciados em nosso país. Aliás, da pesquisa realizada, concluímos que não nos faltam leis protegendo a saúde, mas sim vontade política.

Com isso, reforçamos a importância do juiz constitucional na concretização das políticas públicas relacionadas à saúde e destacamos que a argumentação jurídica - que pretendemos desenvolver com mais afinco num próximo trabalho - é importante instrumento de legitimação e de controle das decisões judiciais. Dentro desta análise, sustentamos a necessária releitura da clássica separação de poderes iluminista em defesa do papel ainda mais ativo do judiciário na concretização das políticas públicas, inclusive na fiscalização das leis orçamentárias.

Com o destaque que fizemos ao reforço à jurisdição constitucional, motivo de severas críticas direcionadas ao neoconstitucionalismo, tentamos inovar com a criação das quatro categorias de proteção de eventuais excessos (social, técnica, administrativa e política), todas elas presentes no próprio Estado Constitucional de Direito. Neste contexto, para democratizar as decisões judiciais e na tentativa de reduzir o chamado de “decisionismo judicial”, valorizamos o papel da realização das audiências públicas, a importante função do *amicus curiae* e do Conselho Nacional de Justiça. Criticamos, igualmente, as provas de memória legislativa que ainda se submetem os futuros magistrados para ingresso na função pública e também a necessária avaliação periódica de desempenho que devem enfrentar ao longo de sua carreira.

Ressaltamos a importância do método da ponderação de conflitos à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e que o princípio da reserva do possível deve ser levado em consideração, mas que não pode ser um muro intransponível para as sentenças judiciais que, ao decidirem sobre a concessão de um medicamento ou de um tratamento, estão, muitas vezes, sentenciando o destino da vida de um cidadão.

Acredito que cada um dos temas relacionados neste trabalho, já motivariam por si mesmos a elaboração de uma dissertação exclusiva. A beleza dos princípios, a dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, o debate contemporâneo do direito, a ponderação ou a pretensão de correção. No entanto, o objetivo desta dissertação foi despertar a possibilidade de a saúde pública no Brasil tornar-se realidade, se analisada sob a influência do Estado Constitucional de Direito, defendido com muito afincio pelos postulados neoconstitucionalistas.

E é nesse novo constitucionalismo, sobretudo nos homens que o instrumentalizam, que depositamos a fé e a esperança na mudança e em que a saúde digna possa um dia fazer parte da realidade de cada um dos brasileiros. Como já dizia no início do século passado um baiano, conhecido por todos nós: “Oxalá não se me fechem os olhos, antes de lhe ver os primeiros indícios no horizonte. Assim o queira Deus!”¹

¹ Trecho final da “Oração aos Moços” de Rui Barbosa, de 1920.

Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. *In: A constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

APPIO, Eduardo. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 380.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230-250.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *A Constitucionalização do direito, fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. *RDA*, n. 225, p. 5-37, Rio de Janeiro, jul./set. 2001.

_____. O controle externo é favorável ao Judiciário. *In: Opinião*. Folha de São Paulo, 15 de fevereiro de 2004, p.3.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de, **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**, São Paulo: Saraiva, 1982.

BINENBOJM, Gustavo. **Teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 50-51.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**.

_____. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76-93.

_____. O princípio da solidariedade. *In*: M. M. PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I. F.; NASCIMENTO FILHO, F. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167 e ss.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In*: PEREIRA NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18^a Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, item n. 11, p. 352-355.

BULYGIN, Eugênio; ALCHOURRON, Carlos E. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A lei do orçamento na teoria da lei. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, p. 3-14, 1979.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**. Texto resultante da degravação de conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – Idepe, sem data.

- COLEMAN, Jules. **The practice of principle**. Oxford: 2001, p. 108.
- COMMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, M. (Comp.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CONILL, Eleonor. Epidemiologia e sistemas de saúde. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE (Org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, Distrito Federal, 2003.
- COOLEY, Thomas. Treatise on the constitutional limitations. 6ª Ed., p 99-100. *Apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 242.
- COURTIS, Christian. Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid, Trotta, 2007.
- CRUZ, Luís M. **La Constitución como orden de valores** – Problemas jurídicos e políticos. Granada: Editorial Comares, 2005.
- D'ATENA, Antonio. **La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/>>. Último acesso em: 15/5/2008.
- DALLARI, Suely. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, n. 22, p. 57-63, São Paulo: 1988.
- DENT, N. J. **Dicionário Rousseau**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- DESCARTES, René. **Filósofo francês, em sua obra: Discurso sobre o método**. Rio de Janeiro: Simões, 1952.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 429-461.
- DIEZ, Manuel Maria. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Plus Ltda., 1990. v. I.

DIMOULLIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p.47.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 1-120

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

_____. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.446.

ENGELS, Friedrich. **Filósofo alemão, em sua obra: A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Global, 1986.

FERRY, Luc; RENAUT, Alain. **Filosofía Política III – De los derechos del hombre a la idea republicana**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

FIGUEROA, Alfonso. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teorias del derecho neconstitucionalistas**.

_____. **Norma y valor en el neoconstitucionalismo**.

FORSTSHOFF, Ernst. **El Estado en la sociedade industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242.

FREUD, Sigmund. **Obras Completas (Mal-Estar nas Civilizações)**. Rio de Janeiro: Imago, 1969. v. XXI

GARCÍA AMADO, Juan Antônio. **Derechos y pretextos**: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2008, p. 213-236.

GOMES, José Joaquim. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**, n. 7, Portugal: Gradiva, 1999.

GORDILHO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Macchi, 1974. v. I.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**, p.154.

_____. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel. (Comp.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. 2º Ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 313.

HIPPOCRATE. De l'ancienne médecine. *In*: **Littre e Oeuvres complètes d'Hippocrate**. Paris: J B Bailliere, 1839, v. I.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JACKMAN, Martha. Constitutional rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate. *In*: BAKN, Joel; SCHNEIDERMAN, David (Eds.). **Social justice and the Constitution: perspectives on a social union for Canada**. Canada: University Press, 1992.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Salvador: Juspodium, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5ª Ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Líber Jús, 1988.

LYRA, D. A. (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito, argumentação e democracia. *In*: **1988-1998 uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.395.

_____. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Crítica Revista de Filosofia**, v. 11, n. 34, p. 405, Londrina, 2006.

_____. “Prefácio: O direito constitucional do limiar do século XXI: princípios jurídicos e pós-positivismo” In Guilherme Pena de Moraes, **readequação constitucional do Estado Moderno**. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2006.

MAZZARESE, T. Appunt del corso di filosofia del diritto, anos 2000/2001, proferido na faculdade de Jurisprudência da Universidade de Brescia, inédito, *Apud*: POZZOLO, Susana. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. (Comp.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NEGRI, Barjas. **A Política de Saúde no Brasil nos anos 90**. Brasília, Distrito Federal, 2002.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: 1984, p. 24.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova Iorque de 19 a 22 de julho de 1946.

PACE, Alessandro. **Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI**. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/>>. Último acesso em: 15/5/2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

POZZOLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo**. CARBONELL, Miguel. (Comp.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 205.

POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006, p. 77 e ss.

RAZ, Joseph. **La ética en el Ámbito Público**. Barcelona: Gedisa, 2001.

ROUSSEAU, J-J. **Emílio ou da educação**. 3ª Ed. São Paulo: Difel, 1979. p. 232.

SANCHÍS, Luiz Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Madrid, Trotta, 2003, p. 158.

_____. **Jueces y justicia en tiempos de constitucionalismo** – entrevista al profesor, Luis Pietro Sanchís, realizada por Pedro P. Grández Castro, Toledo, 2005.

SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Bennetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 7 Ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 718-725.

SLERCA, Eduardo. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002.

SOUSA, Renilson Rehem de. **O Sistema Público de Saúde Brasileiro**, Seminário Internacional. Tendências e Desafios dos Sistemas de Saúde nas Américas. São Paulo, Brasil, 11 a 14 de agosto de 2001, p. 32-33.

STRECK, Lênio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempo de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dmitri; DUARTE, Écio Otto (Coords.). **Teoria do direito neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

SUSTEIN, Cass R. **The partial Constitution**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p. 145.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: PEREIRA NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

TOLEDO BARROS, Suzana de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª Ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 52-53.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, 1989, p. 20-49.

TUORI, Kaarlo. **Cuatro modelos de Estado de derecho**. In: Positivismo crítico y derecho moderno, BEFDP, n° 55, México: ITAM, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito: II A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. Do postulado da pureza metódica ao princípio da heteronímia significativa. **Revista Seqüência**, n. 7, p. 28-34, Florianópolis: CPGD-UFSC, 1983.

ZABREBESLKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia**. Madrid: Trota, 1995, p. 14.