

TEREZINHA DE JESUS DE SOUZA SIGNORINI

**FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL
DO DIREITO À SAÚDE: DA EXCLUSÃO À IGUALDADE NUMA
PERSPECTIVA SUPERADORA DE SEUS HODIERNOS
OBSTÁCULOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

**CURITIBA,
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

TERMO DE APROVAÇÃO

TEREZINHA DE JESUS DE SOUZA SIGNORINI

FUNDAMENTAÇÃO MATERIAL E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE: DA EXCLUSÃO À IGUALDADE NUMA PERSPECTIVA SUPERADORA DE SEUS HODIERNOS OBSTÁCULOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente: Prof.^a Dr.^a Jussara Maria Leal de Meirelles (orientadora)
Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska (convidado)
Departamento de Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin (membro)
Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 27 de fevereiro de 2007

AGRADECIMENTOS

Um trabalho intelectual embora exija muito do seu autor, jamais seria realizado sem o auxílio da família, dos amigos, dos colaboradores, dos professores, enfim, de tantas pessoas que de alguma forma contribuíram para o presente estudo.

Primeiramente, não poderia deixar de fazer menção a Deus que me guiou por todos os caminhos da vida, fonte inspiradora e espiritual que não permitiu que eu vacilasse ou recuasse nos momentos difíceis nem tampouco seguisse as sendas mais fáceis e confortáveis que ofuscam as contradições sempre existentes na realidade.

No curso dessa trajetória de quase dois anos, sempre contei com o amor e a compreensão da minha família, berço da minha solidez de caráter. Ao meu marido Holmes Renato e aos meus filhos, Luiz Otávio e Carlos Eduardo, agradeço principalmente pela paciência com que suportaram a minha ausência. Da mesma forma, homenageio meus pais e todos os meus sete irmãos, principalmente Rosemeire de Souza Charello, cuja proximidade geográfica, me possibilita compartilhar tanto os momentos felizes como aqueles mais angustiantes.

Também sou grata ao Ministério Público do Estado do Paraná, instituição a qual tenho orgulho de integrar há quase duas décadas, onde tenho contacto com colegas valorosos, cuja nomeação seria indelicada porque certamente acabaria por ser traída pela memória e melindrar involuntariamente algum colega esquecido. Entretanto, não poderia deixar de aludir à cordialidade do Procurador Geral de Justiça Dr. Milton Riquelme de Macedo, e aos Promotores de Justiça que atuam junto às Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público na Comarca do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – seara na qual atualmente milito –, Adriana Vanessa Rabelo, Cláudio Smirne Diniz, Maurício Cirino dos Santos e Wilde Soares Pugliese. Em especial, agradeço ao Promotor de Justiça Odoné Serrano Júnior, amigo espirituoso, que concorreu de forma decisiva para o amadurecimento de uma série de posições esboçadas ao longo da dissertação. Lembro ainda todos os funcionários da Instituição com quem tive contacto.

Agradeço a todos os meus amigos, aqui representados pelos queridos Realina Batistel, Luiz Roberto Merlin Clève, Antonio Carlos Paula da Silva, Márcia Regina Ferreira, Ângela Khury Munhoz da Rocha, Maria Tereza Uille Gomes, Sonia

Marisa Taques Mercer, Danuza Nadal, Ana Cristina Brandão, Lucia Inez Giacomitti Andrichi, Rosane Cit, Waldir Franco Félix, Marcia Isabele Graf Beninca, Ronaldo Luiz Baggio, Roberto Aires Toledo Arruda, Wanderlei Carvalho da Silva, Clenir Foster e João Jairton Jardweski, pessoas sempre presentes e por isso contribuíram para tornar esse caminhar mais leve.

Sou grata aos meus mestres da graduação, bem como aos desse curso de Pós-Graduação, Prof.^a Dra. Katya Kozicki, com quem aprendi o pouco que sei de hermenêutica, Prof.^a Dra. Flávia Piovesan, com quem percebi o valor dos direitos humanos nessa sociedade tão conturbada e na maioria das vezes injusta, Prof.^o Dr. Vladimir Passos de Freitas, pelas lições de Direito Ambiental, etc. Reservo espaço maior para citar não apenas os ensinamentos, mas também a atenção e sensibilidade da Prof.^a Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles, minha orientadora, figura ímpar que com palavras de estímulo nunca deixou que o desânimo me abatesse. Enfim, minha gratidão à Pontifícia Universidade Católica do Paraná e a todos os seus funcionários.

Por derradeiro, incorreria em extrema ingratidão se não registrasse o valioso auxílio dos estagiários Umberto Paulini e Raquel Brodsky Rodrigues que, de maneira incansável, participaram do trabalho de pesquisa, oferecendo sugestões, indicações bibliográficas e, ao final, determinantes na revisão ortográfica do estudo.

“A Constituição é a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.”

Paulo Bonavides

“A realidade é, por natural, um elemento indissociável do pensamento jurídico, embora não caiba a este reproduzi-la, pois se o Direito se limitasse a repetir a realidade, seria totalmente desnecessário. Como já se referiu, porém existe uma distância máxima que há de mediar entre o dever ser normativo e o ser do mundo dos fatos, para que continue a existir comunicação entre os dois mundos e a realidade mantenha, assim, um movimento progressivo de aproximação do dever ser. Ultrapassado esse limite, e rompido esse equilíbrio, o direito perde a capacidade de se comunicar com os fatos.”

Ana Paula de Barcellos

RESUMO

SIGNORINI, T de J. de S. **Fundamentação material e efetividade constitucional do direito à saúde**: da exclusão à igualdade numa perspectiva superadora de seus hodiernos obstáculos. Curitiba, 2007. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A dissertação ora apresentada propõe-se a analisar o direito à saúde, plasmado na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, sob a ótica da sua indissociável relação com o direito à vida. Acreditando-se que a discussão sobre o direito à saúde encerra sempre um juízo de fato, isto é, acerca da vida ou morte do sujeito, propugna-se a existência de uma obrigação ética dos operadores do direito que, através de sua atuação, seja pela concretização das normas constitucionais, seja na práxis cotidiana das instituições, não podem olvidar desta premissa. No plano propriamente jurídico, a temática do direito à saúde é localizada na seara teórica dos direitos fundamentais, pois estes possuem assento especial nos textos constitucionais, sendo elementos caracterizadores da própria noção de Constituição. Resulta desse contexto a inserção do trabalho na linha de pesquisa “Direitos Socioambientais” visto que voltado à construção e à consolidação de garantias essenciais à manutenção do equilíbrio entre Direito, Democracia e Justiça. Assim, o estudo oscila entre um momento de fundamentação ético-material do direito à saúde (necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em todos os seus aspectos) e um momento constitucional-concretizador, no qual são examinados alguns dos óbices levantados em desfavor da efetivação do direito à saúde, bem como as possíveis saídas em direção a um sistema sanitário mais humano, em especial no que tange aos requisitos da integralidade e universalidade. Para tanto, a dissertação foi dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo, é realizada uma incursão filosófica acerca da importância teórica e prática do direito à saúde na sociedade contemporânea, ressaltando seu caráter pré-jurídico. Num segundo momento, estuda-se a forma pela qual o direito à saúde é recepcionado pela dogmática do Direito Constitucional para, no terceiro capítulo, problematizar a efetividade das normas jusfundamentais atinentes ao direito em questão diante dos obstáculos teóricos que impedem sua concretização. Por derradeiro, é elaborada uma reflexão em torno de aspectos pragmáticos que podem revestir o tratamento conferido pelas instituições judiciárias ao direito à saúde de racionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: direito à saúde; integridade psicofísica; fundamentação ético-material; efetividade dos direitos fundamentais; hermenêutica das normas constitucionais.

ABSTRACT

SIGNORINI, T de J. de S. **Material fundamentation and constitutional effectiveness of the right to the health**: of the exclusion to the equality in an overcoming perspective of its current obstacles. Curitiba, 2007. 136 f. MSc. Dissertation – Programa de Pós-graduação em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

This dissertation intends to analyze the right to the health, shaped in the Federal Constitution of 1988 as fundamental right, under the optics of its undissociable relationship with the right to the life. Believing that the discussion on the right to the health always contains an objective judgement, in other words, a judgement that concerns the life or death of the subject, it is defended the existence of an ethical obligation of the operators of the right that, through their performances, being for the materialization of the constitutional norms or being in the daily praxis of the institutions, must not forget this premise. In the juridical plan, the theme of the right to the health is located in the theoretical extent of the fundamental rights, because these rights possess special emphasis in the constitutional texts, being elements that characterize the own notion of Constitution. Of this context, it results the insert of the paper in the "Social and Environmental Rights" line research because it has as objective the construction and the consolidation of essential warranties to the maintenance of the balance among Right, Democracy and Justice. Therefore, the study oscillates among a moment of ethical-material fundamentation of the right to the health (need for production, reproduction and development of the human life in all their aspects) and a constitutional and defined moment, in which some of the lifted up obstacles are examined in disfavor of the effective of the right to the health, as well as the possible exits towards a more human sanitary system, especially with respect to the requirements of the integrality and universality. For so much, the dissertation was divided in four chapters. In the first chapter, it is accomplished a philosophical incursion concerning the theoretical and practical importance of the right to the health in the contemporary society, emphasizing its pre-judicial character. In a second moment, it is studied the form that the right to the health is received by the dogmatic of the Constitutional Right and, in the third chapter, it is problematized the effectiveness of the law fundamental norms regarding the right in subject, front to the theoretical obstacles that prevent its materialization. Finally, a reflection is elaborated on the pragmatic aspects that can cover the treatments checked by the judiciary institutions to the right to the rationality and reasonability health.

Keywords: right to the health; psychophysics integrity; ethical-material fundamentation; effectiveness of the fundamental rights; constitutional norms hermeneutics.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 UMA INCURSÃO FILOSÓFICA SOBRE A IMPORTÂNCIA TEÓRICA E PRÁTICA DA AFIRMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA .. | 14 |
| 1.1 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICO-MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE | 14 |
| 1.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE NA FORMAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA | 21 |
| 1.3 PRECAUÇÕES ÉTICAS COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 27 |
| 1.4 REFLEXÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE DIREITO À SAÚDE E SUA ABRANGÊNCIA | 33 |
| 2 RECEPÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA | 40 |
| 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE | 40 |
| 2.2 DIREITO À SAÚDE COMO NORMA JUSFUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DO SEU SUBSTRATO JURÍDICO, REGRAS E PRINCÍPIOS | 44 |
| 2.3 CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPECTIVA LOCALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE | 51 |
| 2.3.1 Perspectiva dimensional dos direitos fundamentais | 51 |
| 2.3.2 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais | 54 |
| 2.3.3 Compreensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais | 57 |
| 2.4 LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DO CONSTITUINTE DERIVADO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO FORMAS DE IMPEDIR A SUPRESSÃO DE GARANTIAS SANITÁRIAS | 60 |
| 3 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO NORMA JUSFUNDAMENTAL E ALGUMAS DE SUAS APORIAS | 67 |
| 3.1 POR UM CRITÉRIO INTERPRETATIVO QUE POSSIBILITE A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 . | 67 |
| 3.2 REDIMENSIONAMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE | 74 |
| 3.2.1 Reserva do possível jurídica: legalidade orçamentária, separação os poderes e princípio majoritário | 75 |
| 3.2.2 Reserva do possível fática: flexibilidade de receita e possibilidade de discussão das prioridades orçamentárias..... | 79 |
| 3.3 DIREITO À SAÚDE COMO PARTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: SINDICAÇÃO PLENA EM RELAÇÃO AO NÚCLEO MATERIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 82 |
| 3.4 PROBLEMA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA PRIVADA | 87 |
| 4 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CAMINHOS A SEREM | |

| | |
|---|-----|
| TRILHADOS | 96 |
| 4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE | 96 |
| 4.1.1 Resguardo da saúde física e demanda judicial por medicamentos | 97 |
| 4.1.2 Saúde coletiva: amparo à necessidade de saneamento básico | 103 |
| 4.1.3 Novo horizonte para a proteção da saúde mental | 107 |
| 4.2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO À SAÚDE | 112 |
| 4.3 PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO MÉTODO DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO À SAÚDE | 118 |
| CONCLUSÃO | 125 |
| REFERÊNCIAS | 131 |

INTRODUÇÃO

A Carta Republicana de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, assumiu o compromisso de estender a todas as pessoas residentes em território nacional um direito antes visto como mera ilusão, um privilégio restrito a parcelas dominantes da população. A partir de 05 de outubro de 1988 os brasileiros passaram a contar com uma previsão constitucional que assegura o direito à saúde – agora direito de todos e dever do Estado, conforme o disposto no artigo 196 do Texto Maior.

Todavia, desde então, pouco ou nenhum esforço foi verificado para a efetivação do referido preceito constitucional. Em 1998 a Organização Pan-Americana de Saúde e a Organização Mundial de Saúde divulgaram um relatório intitulado: “A saúde no Brasil”. Neste documento, uma análise comparativa dos índices de desenvolvimento sanitário colocou o Brasil na 125ª posição, dentre os 191 países que participaram da pesquisa. O resultado vergonhoso levou o governo brasileiro a exercer forte pressão para que as entidades responsáveis pelo relatório não mais elaborassem um ranking dos países com os melhores indicadores de saúde e qualidade de vida.

Restou apurado naquela ocasião que desde 1989 o percentual de recursos públicos aplicados na área de saúde não evoluiu, muito embora cerca de 75% da população (sempre crescente) dependa diretamente do SUS – Sistema Único de Saúde. Contraditoriamente, a cobertura de saúde realizada pela chamada “medicina privada” (atendimento particular ao qual somente 25% da população têm acesso) se dá através de 120 mil médicos, contra 70 mil médicos credenciados pelo SUS.

Em 2000 um novo relatório foi publicado sem qualquer indicativo de melhora. Neste mesmo ano, o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística divulgou uma série de dados revelando que apenas 58,2% das residências possuem acesso a esgoto e fossas sépticas. Tal situação é apontada como grande responsável pela subsistência no Brasil de doenças que se consideram extintas em outras partes do mundo. Outro dado interessante: esta regra geral não vale para os

brasileiros negros e pardos, pois neste segmento da população apenas 39% das pessoas possuem esgotamento sanitário em suas casas.

Também a contaminação do meio ambiente é fato notório nos grandes centros urbanos, fazendo com que a qualidade de vida decresça consideravelmente nestas localidades, quer seja mediante a poluição do ar, quer seja através da distribuição de alimentos contaminados. Aliás, no tocante à alimentação, outro dado surpreendente foi divulgado pelo IBGE em 2004: 41,1% da população está com excesso de peso, o que indica que além da desnutrição o país enfrenta um problema de ingestão de alimentos excessivamente gordurosos, até mesmo nas classes mais baixas.

Na pátria que ainda luta contra a cólera, a dengue e a tuberculose, é inevitável a conclusão de que algo está doente e não é somente a população brasileira. Dentro deste contexto, a presente dissertação pretende estudar a problemática da efetividade do direito constitucional à saúde, procurando apontar o fundamento que determina a essencialidade deste estado de equilíbrio psicofísico do ser humano, bem como as possíveis saídas diante dos óbices que (sem uma reflexão mais aprofundada) são comumente levantados em desfavor de sua concretização.

E para atingir o objetivo proposto buscou-se, em grandes linhas, responder a três perguntas: (i) quando o artigo 196 da Lei Fundamental dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a que realidade está fazendo alusão? O que determina a importância deste direito que está para além da seara normativa? Qual o conceito de saúde e sua extensão ali explicitada? (ii) De que forma este dado pré-normativo é recepcionado na sistemática do Direito Constitucional? Qual foi o alcance, a proteção e as possibilidades de efetivação que a Constituição de 1988 lhe conferiu? (iii) Quais são as alternativas teóricas e práticas para sua concretização? Como contestar os obstáculos suscitados para efetivação deste preceito constitucional?

Assim, no primeiro capítulo, tenciona-se através de uma incursão filosófica demonstrar como o direito à saúde, no seu status de realidade pré-jurídica, pode ser

fundamentado a partir de uma ética-material. Aponta-se ainda a sua importância para a democracia, as precauções com as práticas de poder que permeiam as relações sanitárias e o conceito de direito à saúde.

Já no segundo capítulo, trata-se das relações do direito à saúde com a dogmática do Direito Constitucional. Estuda-se, com a magnitude que o assunto merece, a estreita ligação deste direito com o princípio da dignidade da pessoa humana, sua natureza de direito fundamental, seu enquadramento nas classificações atinentes a este tipo de norma e a sua blindagem constitucional (limites ao poder reformador do constituinte derivado e do legislador ordinário).

Em um terceiro momento, depois de assentados alguns conceitos essenciais à compreensão do tema, adentra-se o debate atinente à efetividade do direito à saúde e as dificuldades enfrentadas pelo operador do direito para sua concretização. Com este propósito, apresenta-se uma teoria interpretativa maximizadora da eficácia das normas constitucionais. Tal teoria redimensiona a discussão acerca da reserva do possível, especialmente com as contribuições extraídas da idéia de mínimo existencial. Cuida-se também do problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Por derradeiro, no quarto capítulo dedica-se um espaço de reflexão para, a partir de um plano mais concreto, apontar alguns caminhos para a efetivação do direito à saúde. Dessa forma, é abordada a questão judicial da proteção ao direito à saúde, seja pela via individual (demandas por medicamentos), seja pela via coletiva (saneamento básico), seja no resguardo de um tratamento adequado para aqueles que sofrem de desvios psíquicos. Encerram o estudo duas análises: o papel do Ministério Público na defesa do direito à saúde e a importância da participação popular para sua efetivação.

Como é perceptível, a dissertação transita de um plano material (fundamentação ético-substancial do direito à saúde) para um plano de efetividade normativo-constitucional. Ambos os pilares são dependentes um do outro. O reconhecimento da essencialidade do direito à saúde sem concretização equivale a abdicar de um espaço de luta, atitude acomodada que estaria submetida à crítica de Somerset

Maugham em sua célebre obra *Servidão Humana* de que “a forma mais vil de escravidão é a renúncia à própria dignidade”. Entrementes, o mero recurso ao texto normativo constitucional sem fundamentação equivale a não mais que uma forma lapidada de positivismo.

Em todos os momentos, o que se objetiva com a presente pesquisa é a construção de uma sociedade que privilegie a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana como valor maior a ser preservado, e que veja na saúde um direito de todos e para todos. Espera-se do leitor a percepção de que o hermeneuta deve trabalhar as normas constitucionais que tratam do direito à saúde tal qual o artista que retira do diamante bruto o brilho que reluz e é admirado por toda a sociedade.

1 UMA INCURSÃO FILOSÓFICA SOBRE A IMPORTÂNCIA TEÓRICA E PRÁTICA DA AFIRMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Pode-se, sem exagero algum, afirmar que a investigação realizada neste trabalho tem como objeto uma realidade pré-jurídica: a necessidade de manutenção do equilíbrio físico e psíquico do ser humano. Assim, com vistas a evitar o erro cometido por vários estudiosos do direito que procuram, num exercício meramente subsuntivo, amoldar os fatos às disposições contidas nos diplomas legais, opta-se pela redação de um capítulo preliminar destinado a explicitar o caráter de essencialidade do direito à saúde para a manutenção da vida humana, fundamento de todo ordenamento jurídico. Ao adotar tal metodologia, impõe-se apresentar desde já noções e conceitos sempre recorrentes ao longo da dissertação. Desse modo, estuda-se, primeiramente, a fundamentação ético-material do direito à saúde (necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em todos os seus aspectos), para, logo em seguida, analisar o papel da garantia à saúde na livre formação da vontade democrática. Dando prosseguimento ao estudo, problematizam-se questões éticas, jurídicas e econômicas que permeiam ou obstaculizam a efetivação do direito à saúde e procura-se, ao final do capítulo, esboçar um conceito do direito fundamental prestacional¹ necessário ao delimitamento de alguns aspectos da sua efetividade que constitui o objeto da dissertação.

1.1 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICO-MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE

Desde o início dos tempos sabe-se que o ser humano está sujeito à dor e às enfermidades. Para amenizar esta situação – o homem, historicamente, tem adotado para consigo mesmo certas posturas de higiene e, com a evolução dos agrupamentos humanos e o nascimento do Estado Moderno, emerge lentamente a idéia de um direito à saúde. Contudo, ao contrário do que se poderia pensar, o direito à saúde não constitui uma invenção da cultura jurídica, como as sociedades

¹ Não se ignora com tal afirmação, a possibilidade de que muitas vezes no caso concreto o direito à saúde assume dimensão de direito negativo, de um dever de abstenção do Estado. Todavia, esta questão será abordada em detalhes no decorrer do capítulo seguinte dessa dissertação. Adianta-se, desde já, que se adota a tese da evolução dialética dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos denominados de segunda dimensão dialogam e incorporam certas características dos direitos de primeira dimensão, operando, contudo, um salto qualitativo em relação a estes.

por cotas de responsabilidade limitada, a suspensão condicional da pena, os remédios processuais e tantos outros. É que, pelo seu estreito relacionamento com o direito à vida, a manutenção e a promoção da saúde humana se apresentam como necessidade ética, pois não é possível fundamentar eticamente a negação da vida.²

À propósito do assunto cabe a advertência realizada por Robert Alexy, para quem o discurso a ser desenvolvido em torno dos direitos fundamentais – admitindo-se desde já o enquadramento do direito à saúde como direito prestacional de absoluta importância para todos os habitantes do planeta – deve ser um discurso de fundamentação, isto é, capaz de justificar a existência inequívoca de uma demanda a que o Estado deve atender.³ Por isso mesmo, trata-se de um discurso que transcende a seara jurídica, abrindo espaço para as contribuições axiológicas da Filosofia e da Sociologia em busca de uma aproximação com a realidade, de modo a expor uma exigência empírica, um dado que se apresenta, primeiramente, no mundo dos fatos.

Portanto, coloca-se em tela um raciocínio que se estabelece com base em uma ética da vida, ou seja, a vida humana passa a ser o conteúdo material da ética. Nessa esteira, Enrique Dussel cita um princípio universal de toda ética: "a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade".⁴ Mais do que isso, está-se diante de uma ética fundada em um critério de verdade prática, já que a vida é tomada como um dado empírico-objetivo. E, para justificar tal assertiva, com a coragem dos que não se arredam diante da possibilidade de serem acusados de incorrer em uma filosofia meramente "vitalista", o pensador argentino não nega o enlace entre os "fatos biológicos" e os "fatos reflexivos da subjetividade". Sem embargo, há entre esses dois momentos certa autonomia, o que se procura explicar com as lições de Antonio Damasio sobre a vida e o corpo humano:

Transcorridas várias horas depois de haver comido, o nível de açúcar no sangue desce e os neurônios no hipotálamo detectam a mudança; a ativação dos padrões inatos pertinentes faz com que o cérebro altere o estado corporal para que a probabilidade de correção possa aumentar; você

² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 93.

³ Ver TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 232.

⁴ DUSSEL, op. cit., p. 93.

sente fome e realiza atos para satisfazê-la; você come, e a ingestão de comida corrige o açúcar no sangue; finalmente, o hipotálamo detecta de novo uma mudança no açúcar no sangue, nesta ocasião um aumento, e os neurônios adequados colocam o corpo no estado cuja experiência constitui uma sensação de saciedade.⁵

O trecho acima mencionado traduz a idéia segundo a qual o equilíbrio do corpo humano, também visualizado como higidez corporal, apresenta-se de forma objetiva. O corpo é diretamente responsável pelo “continuar vivendo”, como reprodução e desenvolvimento da vida humana, da corporalidade comunitária e histórica do sujeito ético. As funções do corpo humano têm certa autonomia, demonstrando que a vida é o ponto de partida, e não a razão individual em si, como pretendia Descartes.⁶ A vida humana é o modo de realidade do sujeito ético, que dá conteúdo a suas ações, que determina a ordem racional e também o nível das necessidades, pulsões e desejos, constituindo-se em marco dentro do qual se fixam os fins a serem perseguidos, uma vez que os nossos fins são determinados a partir das exigências da vida humana.⁷

Logo, é possível afirmar que o ser humano, enquanto vivente, constitui uma realidade objetiva. A vida do sujeito delimita-o dentro de marcos férreos que não podem ser ultrapassados sob pena de morrer. A vida humana, em sua precisa vulnerabilidade, dentro de certos limites, exige determinados conteúdos: se a temperatura da Terra sobe, morreremos de calor; se não podemos beber devido a um processo de seca, morreremos de sede; se não podemos alimentar-nos, morreremos de fome; se estivermos doentes e não recebermos tratamento, nosso corpo sucumbe diante da moléstia. A vida humana impõe limites, fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias: há necessidade de alimento, casa, saúde, segurança, etc. Enfim, a vida humana é o modo de realidade do ser ético.⁸

Contudo, buscando mais uma vez transcender ao simples “naturalismo”, faz-se mister passar do “juízo de fato” (necessidade biológica de manutenção do ser humano) ao “juízo normativo” (exigência ética intersubjetiva de respeito à vida). É o problema da possibilidade de fundamentar-se a partir do critério material (produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana) uma exigência, uma obrigação ou

⁵ DAMASIO, Antonio, apud: DUSSEL, op. cit., p. 96-97.

⁶ “Nossa intenção última é justificar a luta das vítimas, dos oprimidos por sua libertação, e não pretender argumentar racionalmente para fundamentar a razão por causa dela mesma: a razão é apenas a ‘astúcia da vida’ do sujeito humano – e não o inverso [...]” (DUSSEL, op. cit., p. 94).

⁷ Ibid., p. 131.

⁸ Ibid., p. 131-132.

um dever-ser propriamente éticos. Seguindo essa linha de pensamento, é inegável que o ser humano tem sua vida sob certo controle autoconsciente, assim como é constituído por uma intersubjetividade, participando de um mundo cultural. Assim, todo enunciado descritivo de momentos constitutivos do ser vivente humano como humano inclui sempre, necessariamente (por ser sujeito humano e não outra coisa) e a partir de sua origem, uma auto-reflexão responsável que entrega a sua própria vida à exigência de conservá-la.⁹

O ser humano é o único ser vivente auto-responsável. A vida está sob sua responsabilidade. É próprio e exclusivo do modo de realidade da vida humana manter-se sob a própria responsabilidade. Por isso a vida humana é a única que se vive eticamente. A eticidade de sua vida é a auto-responsabilidade sobre sua permanência em vida. Ser sujeito significa exatamente que o meu (nosso) próprio ser, minha (nossa) vida, é entregue a mim mesmo (nós mesmos) a partir da responsabilidade solidária como um “dever-ser”, isso de maneira necessária e simultânea.¹⁰

Por outro lado, da afirmação da vida e da obrigação ética de produzi-la, reproduzi-la e desenvolvê-la em comunidade, nasce o dever de criticar a negação da vida. E o ponto de partida forte e decisivo de toda crítica é a relação que se produz entre a negação da corporalidade, expressa no sofrimento das vítimas, dos dominados (como o operário, o índio, o escravo africano ou o explorado asiático; como as crianças de rua abandonadas, as gerações futuras que sofrerão em sua corporalidade a destruição ecológica, os idosos sem destino na sociedade de consumo, os imigrantes estrangeiros refugiados, etc.) e a tomada de consciência dessa negatividade. É criticável o que não permite viver e o reconhecimento do outro como outro, como vítima do sistema, coloca em questão a crítica do sistema em sua totalidade.¹¹

Nesse sentido, acredita-se que há um consenso nos diagnósticos dos pensadores do Direito e da Filosofia em geral, ao denunciarem a situação em que terminou mais um século e outro se inicia, com carências básicas não resolvidas pela economia de mercado capitalista, com o crescente aumento da pobreza, da

⁹ DUSSEL, op. cit., p. 140.

¹⁰ Ibid., p. 140-141. O autor ainda realiza a seguinte reflexão: “O ato-limite, o suicídio, que poderia parecer já não ter por conteúdo a própria vida, não é absolutamente uma exceção. O suicida, em primeiro lugar, não poderá fundamentar eticamente sua autonegação absoluta; também não poderá fundar sobre o suicídio uma ação ética posterior ou uma ordem social, já que se nega como sujeito de toda a ação posterior. Porém mais ainda, se cansado, desmotivado ou sofrendo ‘deu um fim à própria vida’, sempre a supõe, já que exatamente porque sua vida concreta perdeu sentido é que tenta extingui-la: a vida não vivível funda a possibilidade de negar a vida” (ibid., p. 93-94).

¹¹ Ibid., p. 373.

miséria e da fome de três quartos da população mundial. Como assevera Celso Luiz Ludwig:

Momento de exasperação das contradições entre o Norte rico e o Sul miserável. Concretamente, para a maior parte da população nos países pobres, periféricos e subdesenvolvidos, a vida não está afirmada. Assim, na Ásia, África, Europa Oriental e América Latina a negação da vida humana é uma verdade empírica inafastável, uma injustiça e irresponsabilidade ética insustentáveis e uma exigência política de transformação inadiável.¹²

Esta situação empírico-objetiva – existência maciça de vítimas – exige a crítica das formas de negação da vida; dentre elas, a exclusão da população em geral do acesso à saúde. Não fosse apenas isso, esta realidade se agrava paulatinamente com a emergência de novas formas de negação da vida produzidas como exigência do mundo globalizado. Tais efeitos, processados num sistema-mundo no qual a chamada globalização significa a mundialização de uma determinada cultura local – localismo globalizado – são causados pelo impacto das ações globais hegemônicas nas condições locais, nos diferentes subsistemas e formas concretas de vida.¹³

Segundo Abili Lázaro Castro de Lima, a efetivação dos direitos sociais, representativos das condições mínimas de bem-estar e participação na sociedade, restou seriamente comprometida pelo fenômeno da globalização, visto que, na medida em que se institui um Estado mínimo, o papel da organização político-administrativa deixa de ser aquele ligado à atenuação das desigualdades sociais ou atinente à garantia da liberdade e igualdade dos indivíduos, e passa a ser orientado pela proteção da “ordem espontânea” determinada pelo livre mercado. O fenômeno da globalização desenvolve um processo em que a esfera pública, agora legitimada pela economia, deixa de tutelar os direitos sociais, sem qualquer garantia de condições dignas de bem-estar social que assegure aos cidadãos acesso aos direitos fundamentais prestacionais, como, por exemplo, o direito à saúde.¹⁴

¹² LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 285.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.p. 18. Ver também: LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. Na acepção deste último autor é possível “construir um tipo ideal da globalização: ela implica uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo” (ibid., p. 127).

¹⁴ LIMA, op. cit., p. 317-319.

Assim, quando a vida é negada, quando o direito à saúde é suprimido daqueles que necessitam de tratamento médico para a manutenção do seu modo de ser, surge a responsabilidade por tal vítima. Diante da vida negada como efeito do sistema, a questão deve ser colocada criticamente de modo a permitir a formulação de novos enunciados teóricos, com pretensão de validade prática, que operacionalizem as mais diversas mediações com a finalidade de possibilitar a inserção das vítimas no sistema sem a reprodução da exclusão já diagnosticada.

E a primeira condição de possibilidade da crítica é o reconhecimento da igualdade do outro sujeito, da vítima, mas a partir de uma dimensão específica: como vivente. Esse conhecer o ser humano a partir da vida, esse conhecê-lo a partir de sua vulnerabilidade, a partir do seu status de vítima (carente de vida em alguma dimensão), implica a não aceitação da possibilidade de manter a negação da vida. A responsabilidade pelo outro, pela vítima como vítima, é igualmente condição de possibilidade, porque em sua origem o destituído não tem ainda capacidade para pôr-se de pé.¹⁵

Compreende-se, então, que a estrutura teórica tomada como base para a dissertação – já capaz de fornecer um rumo estratégico para pesquisa a ser desenvolvida, pois atrelada a uma premissa indeclinável (o compromisso com a vida humana) – está fundada na pretensão de garantir, segundo um estatuto igualitário, acesso à saúde àqueles que foram excluídos do sistema, ou seja, na idéia de que o direito à integridade física e mental representa uma conseqüência da adoção do tratamento isonômico como princípio constitucional vinculante.

Na acepção de Paulo Bonavides, “o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”.¹⁶ Logo, é imperioso destacar que o princípio da igualdade ocupa, inegavelmente, grande relevância na ordem axiológica que informa o sistema jurídico brasileiro, com vistas à concretização do Estado Democrático de Direito. Contudo, nem sempre foi assim, já que o Estado de Direito fundado na racionalidade liberal clássica entendia a igualdade apenas no seu aspecto formal, vale dizer, uma igualdade que se manifesta por meio da generalidade da lei. Sem embargo, essa igualdade formal, por sua abstração, não dá conta de atender às demandas sociais concretas, pois se estabelece uma clivagem entre a dimensão abstrata e o real.

¹⁵ DUSSEL, op. cit., p. 375.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 376.

Constrói-se, pois, uma dupla dimensão da igualdade. No dizer de Canotilho, resgata-se a idéia de “tratar-se igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual”.¹⁷ Trata-se de uma igualdade material relacional. Não obstante, como reconhece o autor, essa fórmula não é suficiente para apontar quando a desigualdade é justa ou não.¹⁸ O mestre lusitano propõe, então, um juízo de valoração, por meio do qual se entende que o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade surge como arbitrária.

A noção valoriza, via de conseqüência, a igualdade como respeito à diferença, ou seja, não tende, pela lei, a eliminá-la – por não ser uma diferença discriminatória, mas, sim, uma diferença essencial que implica para determinado sujeito tratamento diverso dos demais. O limite de tal diferença de tratamento é o arbítrio. Cabe ao intérprete, no momento da concretização normativa, por meio de uma hierarquização axiológica, avaliar a existência ou não do arbítrio.¹⁹

Corroborando tal entendimento, válida a advertência feita por Jussara Maria Leal de Meirelles acerca do papel do Direito na concretização das garantias fundamentais para todos: “à evidência, o Direito é sempre voltado à vida humana, porquanto sua razão de ser é o homem”²⁰. O Direito anda de braços dados com a realidade, da qual não pode apartar-se, sob pena de tornar-se representação gráfica, uma mera folha de papel.

Enfim, procurou-se, neste item, apresentar os fundamentos que direcionarão a abordagem da temática da efetividade do direito à saúde – objeto de nosso estudo. Por certo, a perspectiva apresentada é dotada de certa complexidade e perpassa diversos momentos, todos considerados necessários a sua correta compreensão: parte-se de uma identificação empírico-objetiva da necessidade de afirmação material da vida, a partir da qual o direito à saúde é visto como obrigação

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 428.

¹⁸ O transcurso histórico que deu origem ao princípio da igualdade substancial pode ser retomado desde suas primeiras manifestações, principalmente entre os gregos, nas teorizações de Aristóteles, em que já se fazia menção a uma justiça comutativa. (Ver: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.)

¹⁹ Segundo Celso Lafer, “A igualdade não é um dado – ele [sic] não é physis, nem resulta de um absoluto transcendente à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política” (**A Reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 150).

²⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 96.

ética, ou melhor, como princípio que impõe à coletividade política e jurídica a obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida de cada sujeito humano; chega-se, por esse caminho, até à responsabilidade pelas vítimas do sistema, como indivíduos carentes de vida em alguma dimensão, ancorando-se, finalmente, na construção de um estatuto jurídico de promoção da saúde humana calcado na normativa constitucional do tratamento igualitário substancial.

1.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO À SAÚDE NA FORMAÇÃO DA VONTADE DEMOCRÁTICA

Dedicou-se o ponto anterior ao exame da fundamentação ético-material do direito à saúde, sustentando a existência de uma responsabilidade própria do ser humano na manutenção da vida, que envolve, obviamente, o oferecimento de serviços de saúde a todos os partícipes da coletividade. Preocupa-se, porém, neste item, do papel do direito à saúde na formação da racionalidade política e das decisões tomadas em sede do diálogo argumentativo. Parte-se do princípio de que a racionalidade política deve alcançar a validade – legitimidade formal – pela participação simétrica dos cidadãos como sujeitos autônomos na comunidade de comunicação política.²¹ Tal participação, no entanto, exige a concretização do direito à saúde, sob pena de não ocorrer de maneira espontânea, mas vinculada à força de certos grupos políticos e ao desespero das vítimas que necessitam de condições materiais para a manutenção de sua própria vida.

Se, no momento anterior, o marco inicial poderia chamar-se “princípio-vida”, no momento formal se trata do “princípio-democracia”. O princípio material do exercício da razão política – em última análise o uso do sistema político para produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana – não pode efetivar-se sem a mediação da razão político-discursiva. O momento material da política (princípio-

²¹ LUDWIG, Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade, p. 299. Sobre o assunto, destacam-se igualmente as teorizações de Jürgen Habermas, para quem, “[...] independentemente do pano de fundo cultural, de modo intuitivo, todos os participantes sabem muito bem que um consenso baseado em convicções não pode ser obtido, enquanto não houver relações simétricas entre os participantes da comunicação – relações em que haja reconhecimento mútuo, em que se adotem perspectivas recíprocas, em que conjuntamente se pressuponha a disposição de considerar as próprias tradições também com os olhos de um estranho, em que se aprenda com o outro, etc.” (Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. Trad. Cláudio Molz; rev. técnica Luiz Moreira e Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2003. p. 82).

vida) requer uma forma válida de exercício que é a forma democrática. A forma para alcançar os conteúdos do princípio material deve ser obtida em procedimento intersubjetivo discursivo democrático. Esse caminho é conhecido desde a teoria moderna de fundamentação contratualista. A normatividade se origina na livre participação simétrica dos afetados, nos termos da conhecida proposta de Rousseau no “Contrato Social”.²²

Contudo, o processo democrático no Brasil deve ser sempre orientado pelo contexto evolutivo das nossas instituições, bem como pelas particularidades histórico-políticas da nossa sociedade permeada pela tradição conservadora, pela existência de um estamento burocrático e pelo patrimonialismo, aqui interpretado na ótica do referencial weberiano, ou seja, como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado.²³ O patrimonialismo pode, por exemplo, ser identificado no Brasil quando o Poder Público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terra.²⁴ Não é demais lembrar o nosso passado recente em que o coronelismo favorecia a prática do “voto de cabresto”, deixando o povo brasileiro de ditar os rumos da política, para que as elites políticas passassem a determinar a conduta do povo.

Nesse sentido, faz-se mister atentar para a lição de Raymundo Faoro, que destaca, no passado histórico da nação brasileira, a formação de um patronato político, sob a forma de estamento burocrático que detém o controle das tarefas funcionais do governo.²⁵ O estamento burocrático dispõe do monopólio do domínio político, é árbitro da nação, regulando materialmente a economia, as outras classes, funcionando como proprietário da soberania. Não age, em nenhum momento, por delegação do povo, pois a função de mandatário não lhe convém. Consoante a afirmação do referido autor:

Com a vitória das idéias democráticas – vitória mais aparente do que real – ele (o estamento burocrático) continuou a imperar sob outro molde, constituído de militares, bacharéis, médicos, enfim, altos funcionários

²² LUDWIG, Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**, p. 299.

²³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 35.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ver: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Globo, 1995. v. 1.

públicos ou agentes do Estado em todos os seus poderes. O patronato político sobre a nação persistiu, com alterações puramente formais, sem nunca haver se diluído no poder majoritário. O exercício da tutela administrativa é exercido mais pelos funcionários (inclusive os militares) do que pelo pessoal político, eleito e renovável pelo voto universal. Com aqueles está a tradição, a perenidade da tradição, encarnando o patriciado permanente e estável.²⁶

É bem verdade que a nação e os setores sociais que, ainda hoje, são dominados por grupos políticos minoritários procuram emancipar-se, tentando romper a crosta, a força dominante. Não obstante, a participação do poder majoritário no exercício do poder minoritário (exercido pelo estamento burocrático) só se configura com a verdadeira representação nacional, em eleições realmente livres, sem o controle da influência do governo ou do poder econômico e admitida a real emancipação civil e econômica do eleitor.²⁷ A bandeira democrática serve de fórmula política a tais anseios de raízes sociais e econômicas, existindo, por isso, uma íntima conexão entre os direitos fundamentais sociais (dentre eles, o direito à saúde) e os direitos políticos, afinal não há livre formação da vontade democrática sem garantia de condições dignas de vida para a população em geral.

Seguindo essa linha de raciocínio, cumpre analisar criticamente o pensamento de um dos teóricos que mais se debruçou sobre o tema da democracia e, talvez por essa razão, seu pensamento tenha influenciado vários outros autores, principalmente no campo do direito: Jürgen Habermas. Em seu livro intitulado *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, o pensador da Escola de Frankfurt parte da linguagem como cerne de toda fundamentação racional, isto é, a comunicação lingüística seria o aspecto essencial da vida humana.²⁸ Dessa forma, todo aquele que fizer uso da linguagem natural visando ao entendimento terá de admitir certos pressupostos inerentes ao *telos* lingüístico, permitindo a construção de condições universais inerentes à produção de enunciados.

Segundo a teoria habermasiana, estão inscritos em todo discurso pressupostos transcendentais, que configuram as condições necessárias para que uma argumentação possa ter sentido e ser válida. Eles resultam do fato de que as expectativas pressupostas na ação lingüística orientada para o entendimento são

²⁶ FAORO, op. cit., p. 263.

²⁷ Ibid., p. 264.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Apud: LUDWIG, Celso Luiz. Razão comunicativa e direito em Habermas. In: A ESCOLA de Frankfurt no Direito. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

exigidas em toda situação ideal de fala. Configuram os pressupostos transcendentais da ética discursiva os seguintes princípios: (i) que todos devem ter a possibilidade de participar de uma dada situação de fala; (ii) que os conteúdos transmitidos devem ser inteligíveis; (iii) que os interlocutores devem agir com sinceridade; (iv) que os pronunciamentos devem adaptar-se ao mundo fático-objetivo, expressando este de forma verdadeira; e (v) que os pronunciamentos devem ter pretensão de correção (retidão) normativa em relação às questões de ordem prática.²⁹

As expectativas em relação ao sentido, à verdade, e à correção, fazem com que toda resolução discursiva responsável vise ao entendimento consensual, que, por isso mesmo, está impregnado de racionalidade. O consenso, produzido a partir dos pressupostos da razão comunicativa implica reciprocidade universal a ser reconhecida: todo participante é livre e autônomo para levantar as pretensões que julgar convenientes; apresentar as razões que justifiquem suas pretensões; livre para se posicionar diante de argumentos levantados por outros. De igual modo, quem argumenta reconhece necessariamente que cada um tem igualdade de direitos no âmbito da vida e que todos passam a ser co-responsáveis pela maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação³⁰.

Neste aspecto, reside precisamente o ponto forte da teoria de Habermas. Sem o cumprimento dos pressupostos do discurso o conteúdo material (qualquer que seja) não ganha validade comunitário-universal: pode ser fruto de egoísmo, solipsismo ou autoritarismo violento. Se o conceito de verdade nos remete à realidade; o conceito de validade, por seu turno, nos remete à intersubjetividade. A validade vai referir-se à aceitabilidade dos outros participantes da comunidade do que é considerado como verdade: refere-se ao possível acordo intersubjetivo.³¹ E o ato-de-fala, pensado enquanto argumentar humano, exige o reconhecimento ético do outro como igual, pois o objeto almejado de alcançar um consenso intersubjetivo somente pode ser cumprido mediante a aceitação do direito do afetado de participar na discussão. Há, portanto, uma ligação entre a igualdade e a democracia, pois a violência que exclui abruptamente o outro do diálogo – da formação da vontade democrática – não respeita a autonomia nem a igualdade do outro.³²

²⁹ LUDWIG, A ESCOLA de Frankfurt no Direito, p. 116.

³⁰ Ibid., p. 117.

³¹ DUSSEL, op. cit., p. 205.

³² DUSSEL, op. cit., p. 214-215.

Habermas afirma ainda que a investigação a partir da razão comunicativa permite identificar no direito uma dimensão instrumental e outra fundada em princípios já supostos na própria razão comunicativa. Nesse diapasão, a origem dos direitos fundamentais encontra-se na aplicação do princípio do discurso, visto que a ação comunicativa só se viabiliza se encerrar certos princípios, os quais configuram direitos fundamentais. Tais direitos fundamentais que têm assento nos princípios do discurso são assim expressos pelo pensador alemão: (i) direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (ii) direito ao status de membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (iii) direito à possibilidade de postulação judicial (proteção jurídica individual); (iv) direito de participação no processo de formação da vontade política e criação do direito legítimo; e (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento dos direitos arrolados anteriormente.³³

A despeito do brilho da tese, conforme apropriadamente chama atenção Ludwig, a teoria da razão comunicativa apresentada pelo filósofo da Escola de Frankfurt deve ser contextualizada com vistas a não escapar da realidade, evitando, assim, recair numa inversão procedimental: não é a afirmação da razão política que determina a efetivação dos direitos fundamentais; pelo contrário, é a concretização da garantia de uma vida digna (direito à educação, saúde, trabalho) que possibilita a formação da vontade democrática. Pois, nos países periféricos do mundo, principalmente, a impossibilidade real, concreta, da produção, reprodução e desenvolvimento da vida para grande parte das pessoas é uma ameaça à própria democracia. Essa negação de vida exige uma postura afirmativa para que a igualdade no discurso não seja meramente formal, mas uma igualdade plena e substancial, desvinculada dos grilhões políticos que por décadas direcionaram o voto do eleitor brasileiro. Em poucas palavras: anterioridade material diante da validade formal.³⁴

³³ LUDWIG, A Escola de Frankfurt no Direito, p. 118-119. Nas palavras do próprio Habermas: “[...] antes de se poder institucionalizar os pressupostos da comunicação para a formação discursiva da vontade, os preceitos jurídicos já devem estar disponíveis na forma de direitos individuais fundamentais. Para a elaboração desse código jurídico, é indispensável, no entanto, produzir o status de sujeitos de direito que, como portadores de direitos subjetivos, pertençam a uma associação voluntária de parceiros de direito e que deverão ter a possibilidade efetiva de, sendo o caso, postular judicialmente estes direitos” (op. cit., p. 71).

³⁴ LUDWIG, Da Ética à filosofia política crítica na transmodernidade, p. 300.

A razão ética-originária deve alcançar o reconhecimento do outro como sujeito ético igual na comunidade de vida antes do que como participante da comunidade de comunicação, para situá-lo, depois, a partir da sua dignidade de sujeito, como parte da comunidade intersubjetiva racional, enquanto origem de possíveis argumentos. Só assim quem argumenta com pretensão de validade prática aceita as exigências procedimentais pelas quais todos os afetados (afetados em suas necessidades, em suas conseqüências ou em questões eticamente relevantes) devem participar, em igualdade substancial de condições, da discussão argumentativa, dispostos a chegar a acordos sem outra coação que não seja a do melhor argumento.³⁵

Mas isso não é tudo, nem todo consenso obtido pelo processo democrático se afigura legítimo, é necessário articular o aspecto material – agora com pretensão de universalidade – como o novo conceito de legitimidade desde a validade formal discursiva. Isso porque a validade obtida via argumentação deve estar orientada pela pretensão de verdade prática do momento material, aferida desde a vida concreta dos cidadãos. A ação precisa ser válida, mas também verdadeira, pois a vida concreta de cada sujeito em comunidade – reconhecimento do outro como igual – não é um exercício argumentativo. A vida concreta – aqui compreendida na acepção de vida em equilíbrio e, portanto, com a segurança do direito à higidez física e psíquica – é o antes originário. É nesse sentido que o ético e o político se entrelaçam, porque o momento formal da política – validade intersubjetiva – subsume o momento material da ética – a verdade. É o encontro da verdade política com a verdade ético-material³⁶.

Percebe-se, assim, a importância do direito à saúde para a formação da vontade democrática, uma vez que o bem estar físico e psíquico do indivíduo é, em primeiro lugar, condição para que o diálogo existente no processo de formação da

³⁵ DUSSEL, op. cit., p. 216.

³⁶ De alguma forma, o substrato da ética material está presente na teoria das necessidades. Trata-se de uma proposta de releitura histórica, a partir de pressupostos marxistas, dos direitos fundamentais. Atualmente a denominada Escola de Budapeste formada por discípulos de György Lukács, como György Márkus, Agnes Heller e Ferenc Fehér associam a idéia de necessidade a um sentimento consciente de que falta algo, assinalando uma carência que gera a motivação de sua eliminação. Nesta linha, tem-se que as necessidades são forças motivadoras de exigências no terreno sociopolítico histórico. Ver sobre o assunto: LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 168-176. Tal teoria é aqui adotada de forma mitigada, pois muito embora também se acredite na vida como uma necessidade e um valor, subscreve-se a idéia segundo a qual um excesso de historicismo pode levar à conclusão de que, diante de certas contingências históricas, seria possível a supressão dos direitos fundamentais com base em novos paradigmas de necessidades e valores egoísticos.

racionalidade política ocorra de maneira espontânea e desvinculada do poder econômico de setores minoritários da sociedade; em segundo lugar porque, sendo parte de uma realidade material (necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana) determina um limite para os consensos obtidos no processo de argumentação racional, impondo a todos os afetados a participação no diálogo.

1.3 PRECAUÇÕES ÉTICAS COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Ao longo dos tópicos anteriores, estudou-se a necessidade empírico-objetiva de efetivação do direito à saúde, bem como o seu papel fundamental na formação da vontade democrática. Abre-se, contudo, um espaço de reflexão para estudar determinadas circunstâncias que, na maioria das vezes, são efeito não de uma consciência pré-elaborada e podem ser concretizadas por vias adversas, mesmo em meio a uma louvável intenção de promoção geral da saúde pública. Tais efeitos nefastos emergem como resultado de uma forma particular de efetivação do direito à saúde, que pode e deve ser criticada.

No entanto, para o desenvolvimento de tal análise, é preciso revisitar algumas idéias centrais no pensamento do filósofo francês Michel Foucault, para quem as relações de poder existentes no seio da sociedade moderna não são representações racionais exercidas de maneira vertical sobre a população, tal qual se poderia vislumbrar na concepção de ideologia como reflexo invertido da realidade preconizada por Karl Marx.³⁷ O poder na perspectiva foucaultiana não serve simplesmente para camuflar ou esconder uma dada realidade, mas sim para produzir relações, produzir o indivíduo alvo de saber/poder. Daí que as relações de poder apareçam distribuídas de maneira descentralizada na sociedade, ou seja, sua tessitura é microfísica, funciona de baixo para cima, e, se fosse algo limitado a reprimir, seria fácil demovê-lo. Não interessa, nessa ótica, expulsar os homens de

³⁷ Para maiores informações ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

sua vida social, mas sim produzir o seu comportamento de modo a adequá-lo a um determinado padrão social.³⁸

Em especial, no tocante ao direito à saúde, as relações de poder podem aflorar das mais diversas formas, tendo em vista a complexidade dos vínculos que se estabelecem para a efetivação do equilíbrio físico-psíquico do ser humano. Em momento apropriado, será aprofundado o estudo do caráter dúplice do direito à saúde: (i) em um primeiro momento, pode ser entendido como direito subjetivo especial, representando poderes e deveres que convergem para o próprio corpo do titular do direito e exigem deste assentimento para qualquer intervenção; (ii) em uma segunda análise, pode ser compreendido como elemento da ordem jurídico-objetiva que impõe ao Estado o fornecimento de certas prestações aos partícipes da coletividade.³⁹

Assim, quando se pensa o direito à saúde como direito subjetivo individual, a relação de poder normalmente se estabelece com o médico que, com um discurso técnico-científico, procura dizer a verdade sobre o paciente, verdade essa de difícil (ou impossível) acesso. Não se afigura absurda a afirmação de que, ainda hoje, mesmo com a acentuada evolução da Ciência Médica, existe uma aura de romantismo em torno dessa profissão – e o médico continua a ser visto como sacerdote, ungido com o dom da cura. A postura belicosa com que, muitas vezes, o profissional da medicina se coloca diante do paciente é também agravada, como acentua Miguel Kfourri Neto, “pela despersonalização do relacionamento médico-paciente, em decorrência da socialização da medicina e dos altos níveis de

³⁸ “Rigorosamente falando, o poder não existe; existem sim práticas ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona. E que funciona como uma maquinaria, como uma máquina social que não está situada em local privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma relação. E esse caráter relacional do poder implica que as próprias lutas contra o seu exercício não possam ser feitas de fora, de outro lugar, do exterior, pois nada está isento de poder” (Roberto Machado na introdução da obra: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. XIV).

³⁹ A perspectiva jurídico-objetiva é muito bem apresentada no seguinte trecho da obra de Miguel Kfourri Neto: “A proteção à saúde humana se impõe como atividade indispensável – e o Estado moderno se preocupa com a saúde do cidadão – que por sua vez tem o direito de exigir do ente estatal a adoção de medidas visando a prevenção de doenças e o tratamento delas. O direito à saúde – diz Canotilho – é obrigação do Estado, decorre dessa força normativa da Constituição que se expande aos domínios da ordem social. A Lex Magna, evidentemente, não proíbe a medicina privada, mas deve instituir serviços públicos sanitários disponíveis a todas as pessoas” (**Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24).

especialização da arte médica”.⁴⁰ Desapareceu a figura cordial do médico de família, amigo e camarada – em quem se depositava confiança irrestrita e contra quem jamais se cogitaria intentar uma demanda.

Ora, é evidente que o problema da autoridade e do poder exercido pelo médico tem suas raízes históricas. Como demonstra Foucault, em sua obra *História da Loucura da Idade Clássica*, a formação do primeiro grande Hospital Geral da França, em 1656, é fruto de um forte discurso moral que associa a loucura com a inutilidade social.⁴¹ O Hospital Geral tinha poder de administração, polícia, jurisdição, correção e punição. Nele funcionavam o pelourinho, as prisões e as celas fortes, internando-se indiferentemente loucos e ociosos. Perceba-se, portanto, que a medicina também é uma Ciência predisposta às relações de poder; podendo o discurso médico ser utilizado inclusive para a circulação de valores burgueses, sob a forma de uma ética do trabalho que pune a pobreza pela simples ausência de ocupação, amenizando o problema do desemprego.⁴²

Mais tarde, a loucura sai do seu estado de animalidade e passa a ser objeto observável e classificável. Em 1790, com a criação do Hospital de Bicêtre, do qual Pinel será diretor, a loucura passará a ser especificamente um problema médico. No asilo o louco é como um menor de idade; seu pai é a razão e cumpre ao médico fazer com que o seu paciente retorne do estado de irracionalidade para a normalidade social. A poderosa personalidade do médico, grande responsável por essa mudança, irá conduzir a experiência da loucura como doença mental (psiquiatria). No espaço asilar o papel do médico ainda é o de sábio que garante a ordem jurídica e moral. Ele delimita a loucura, não porque a conhece, mas porque a domina. Essa dominação irá constituir-se em objetividade, que não passa de outra face da dominação. Logo, não há verdade no próprio paciente (alienado da

⁴⁰ KFOURI NETO, op. cit., p. 23-24.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. **História da loucura da idade clássica**. Trad. de Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

⁴² Esta é também a leitura de Inês Lacerda Araújo: “Nessa época interna-se indiferentemente pobres, desempregados, correccionários, insanos, todos juntos. O grande acontecimento é o Hospital Geral (1656), que administra, julga e executa. Interna-se o miserável o desocupado para que a pobreza não fique ociosa. É preciso punir a vadiagem e o louco, visto como inútil socialmente, que acaba internado junto com os pobres” (**Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000. p. 27).

experiência médica), visto que esta já está constatada pelo discurso técnico-científico da medicina.⁴³

Certamente, o exercício da medicina nos dias atuais se afasta em muito das práticas vigentes nos séculos XVII, XVIII e XIX, cujos resquícios e influência, entretanto, ainda são visíveis nas relações que permeiam a sociedade. É comum que o médico trate o paciente como verdadeiro objeto, que se apresenta para a consulta como uma máquina cujo estado exige reparo. Por isso mesmo, muitos profissionais sequer chegam a esclarecer o doente acerca da moléstia que o aflige; muitos são os casos de pessoas que chegam a ser operadas e, mais tarde, quando interpeladas sobre a natureza e a causa da intervenção cirúrgica, respondem: “Não sei. O doutor não disse”.⁴⁴

Por outro lado, a segunda dimensão do direito à saúde – representada pelos elementos objetivos da ordem jurídica que impõe ao Estado uma postura prestacional – também favorece fortemente a disseminação de relações de poder, desta vez caracterizadas não pela incidência sobre os corpos individuais, mas sim sobre as populações. Trata-se do que Foucault viria a denominar “biopoder” ou “biopolítica”, uma forma de poder destinada a gerir a vida, fazê-la crescer e ordená-la, ao contrário do poder soberano, como, por exemplo, aquele entrevisto na teoria hobbesiana, em que o Estado tem “poder de morte” sobre os cidadãos que integram o pacto social. Assim, ao discorrer sobre o biopoder, Ricardo Marcelo Fonseca tece as seguintes considerações:

O seu campo de incidência não é mais preferencialmente o corpo, mas, sobretudo a vida dos homens; com isto se quer especificar os processos de conjunto que são da própria vida, tais como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Ele não é individualizante (como a disciplina), uma vez que se dirige às populações. Ao abranger as questões das taxas de natalidade, de mortalidade, de longevidade, os problemas das doenças, etc., o biopoder está visando uma série de problemas econômicos e políticos de “massa” que a partir de então começam a ser objeto de controle.⁴⁵

⁴³ ARAÚJO, op. cit., p. 28-32.

⁴⁴ COUTINHO, Léo Meyer. **Código de ética médica comentado**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 59.

⁴⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na teoria do Estado. In: _____ (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 267-268. O autor ainda prossegue em seu raciocínio: “Já no início do século XIX, por exemplo, o problema da velhice (ou seja: daquele que está fora do mercado de trabalho e, assim, fora das instituições, não sendo de um modo geral passivo de sofrer a disciplina), juntamente com a questão das incapacidades, dos acidentes, etc. serão objeto de biopolítica, que introduzirá inúmeros mecanismos sutis de assistência (formas de seguridade, formas de poupança individual e coletiva)” (ibid., p. 268).

Portanto, o biopoder está voltado para a população enquanto questão política, biológica e científica. Os mecanismos a serem utilizados pela biopolítica serão as estimativas estatísticas, as medições globais, de modo que a intervenção se dará não no nível individual das pessoas, mas nos fenômenos gerais (nível de saúde, duração de vida, hábitos higiênicos e até mesmo sexuais). Impossível não perceber, seguindo essa linha de raciocínio, que a execução de políticas sanitárias também carrega um discurso que procura moldar determinados comportamentos do ser humano. Ora, ao iniciar um programa de controle de natalidade está o Estado transmitindo à população uma idéia de que o excesso de filhos representa uma situação preocupante e, via de conseqüência, devem os casais evitar a prole excedente segundo um padrão delimitado. A população aparece como sujeito de necessidades, de aspirações, mas também como objeto nas mãos do governo.⁴⁶

Enfim, a questão central é notar como a ação política do Estado – orientada no mais das vezes por um saber jurídico que lhe dá substrato discursivo e prático de intervenção – não só almeja o atingimento de princípios como “bem comum” e “interesse público”, mas também veicula estratégias de regulamentação dos sujeitos. Evidentemente, não se quer aqui demonstrar a impossibilidade de uma política desenvolvida em prol do direito à saúde, mas sim colocar a nu os efeitos de poder e de sujeição que, no mais das vezes, são subjacentes à prática política para, com isso, potencializar a possibilidade de libertação dentro dessa rede de poder. Mais do que isso, libertar-se de algumas ingenuidades que tanto contribuíram para o projeto de dominação dos sujeitos nos últimos séculos.⁴⁷ Afinal, quanto maior a consciência acerca de determinada realidade, maior a possibilidade de modificação do *status quo*.⁴⁸

⁴⁶ Pode-se, a este respeito, mencionar a reflexão do próprio Foucault: “Pois qual pode ser o objetivo do governo? Não certamente governar, mas melhorar a sorte da população, aumentar sua riqueza, sua duração de vida, sua saúde, etc. E quais são os instrumentos que o governo utilizará para alcançar estes fins, que em certo sentido são imanentes à população? Campanhas, através das quais se age diretamente sobre a população, e técnicas que vão agir indiretamente sobre ela e que permitirão aumentar, sem que as pessoas se dêem conta, a taxa de natalidade ou dirigir para determinada região ou para uma determinada atividade os fluxos de população” (**Microfísica do poder**, p. 289).

⁴⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a sociedade de normalização. In: _____ (Org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 125.

⁴⁸ “O Direito torna-se mais legítimo na medida em que as prescrições abram-se à revogabilidade toda vez que não puderem justificar-se” (MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 10).

O primeiro passo a ser dado para reduzir a incidência dessas relações de poder sobre os cidadãos é precisamente o incremento de políticas de participação popular na administração pública. Como assevera José Afonso da Silva: “O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”.⁴⁹ Logo, antes de se iniciar campanha para que a população passe a adotar determinadas práticas sociais, faz-se interessante a realização, por exemplo, de audiências públicas, seguindo o precedente do Estatuto da Cidade⁵⁰ acerca da elaboração do plano diretor das cidades. Isso porque a democracia participativa necessita da atuação direta dos cidadãos e da sua opinião com relação aos atos do governante para a renovação constante do projeto democrático.

De outra parte, é importante esclarecer que aqui jamais se emprestou à medicina o rótulo de prática voltada unicamente à sujeição da população em geral; ao revés, pretendeu-se demonstrar que, como qualquer atividade profissional que envolve o relacionamento humano, ela pode fazer circular relações de poder. Todavia, é possível destacar uma série de providências que fazem com que a relação médico-paciente se aproxime de um ideal de interação fiduciária, radicada no denso valor ético-social da recíproca confiança. A começar, deve-se referir ao consentimento informado, visto que ninguém é obrigado a submeter-se a qualquer prática médica.⁵¹

Nas palavras do autor lusitano João Vaz Rodrigues consentimento é o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro. O consentimento informado significa também que o paciente tem a faculdade de recusar um médico que não seja do seu agrado, bem como dissentir sobre a terapia

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 141.

⁵⁰ Artigo 40, § 4º, inciso I, da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001: “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

⁵¹ Segundo o art. 46 do Código de Ética Médica, é vedado ao médico: “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou se seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. Há também no art. 48 a seguinte vedação “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar”.

receitada, além de se apresentar como corolário do processo dialógico de troca de informações que constitui a consulta.⁵²

Também é importante salientar que tem o paciente o direito de obter todas as informações sobre seu caso, em letra legível, e cópias da sua documentação médica, exames laboratoriais, raios X, anotações de enfermagem, laudos diversos, avaliações psicológicas, etc. Em caso de recusa do médico ao fornecimento desses dados, o *habeas data* é o remédio jurídico eficaz para compelir o profissional a prestar tais informações.⁵³

Considera-se, portanto, que as relações de poder suscetíveis de verificar-se no momento de efetivação do direito à saúde têm antídoto próprio, conforme a análise realizada neste tópico. Em nenhum momento se pretendeu passar uma perspectiva niilista, uma vez que a ampliação do espaço de liberdade dos sujeitos na esfera do direito à saúde constitui uma obrigação ética, muita embora o sucesso dessa empreitada esteja vinculado à própria identificação dessas relações de poder, motivo pelo qual se entendeu absolutamente necessário o estudo desenvolvido para o prosseguimento da presente dissertação.

1.4 REFLEXÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE DIREITO À SAÚDE E SUA ABRANGÊNCIA

Consoante se pode perceber da análise desenvolvida até o presente momento da dissertação, tratou-se da fundamentação do direito à saúde sem esboçar o seu correlativo conceito. Isso porque efetivamente muitas categorias encontradas na seara jurídica são assimiladas pelos profissionais do direito sem a necessidade de definição que precise exatamente o seu conteúdo. Assim, por exemplo, não é preciso conhecer o conceito de direito à saúde para saber quando, na prática, ele é esquecido ou ignorado de forma a causar revolta no homem mediano. Todavia, a tentativa de estabelecer uma delimitação conceitual dessa exigência social que configura o direito à saúde pode apresentar inúmeras vanta-

⁵² “Com efeito, o consentimento informado representa mais do que uma mera faculdade de escolha do médico, de dissenso (ou recusa) sobre uma terapia, ou mero requisito para afastar o espectro da negligência médica. A obtenção do consentimento representará o corolário do ‘processo dialógico e de recíprocas informações’ entre médico e paciente – a fim de que o tratamento possa ter início” (apud KFOURI NETO, op. cit., p. 37).

⁵³ GAUDERER, E. Christian, apud KFOURI NETO, op. cit., p. 28.

gens; dentre elas, a de alargar o campo de atuação do estudioso e do profissional da área e de identificar nuances que, à primeira vista, passam despercebidas nos manuais jurídicos que dificilmente empreendem análise mais aprofundada do tema.

Muito embora alguns autores se limitem a afirmar que a saúde é direito de todos e dever do Estado – repetindo o texto do art. 196 da Lei Fundamental – a idéia geral difundida pelos constitucionalistas consiste em um princípio de maximização da saúde da população mediante ações que promovem, protegem e recuperam os habitantes de uma determinada localidade das doenças e enfermidades que os afetam.⁵⁴ José Afonso da Silva menciona ainda o entendimento de Canotilho e Vital Moreira acerca das duas vertentes pelas quais se apreende o direito sanitário: (i) uma de natureza negativa, consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde; (ii) outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estatais visando à prevenção de doenças e o tratamento delas.⁵⁵

Logo, o conceito de direito à saúde na seara do Direito Constitucional normalmente compreende o emprego de técnicas de conhecimento destinadas a evitar doenças (medicina preventiva), oferta de tratamentos via prestações estatais àqueles que padecem de certas enfermidades (medicina curativa) e, por óbvio, o direito de abstenção do Estado de maneira que este ente político não cause nenhum distúrbio na condição física da população. Não obstante, é preciso notar que as reflexões desenvolvidas em torno do direito à saúde na área do Direito Constitucional são relativamente novas, visto que somente com a Lei Fundamental de 1988, esse direito tão extraordinariamente relevante à manutenção da vida humana foi elevado à condição de direito fundamental.

Portanto, o constituinte pátrio seguiu uma tendência internacional, cuja origem reside na Constituição Italiana de 1948 (art. 32), passando pela Constituição Portuguesa de 1976 que deu formulação mais universal e precisa ao direito à saúde (art. 64), e, depois, pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (arts.

⁵⁴ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 811. Também nesta direção: “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 de promoção, proteção e recuperação [...]” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1905).

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 767-768.

93 a 100).⁵⁶ Isso revela a preocupação de constitucionalizar a saúde, vinculando-a a diversas outras áreas, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é bem supremo que merece amparo no Texto Maior. Por isso, o estado de higidez do indivíduo passou a ser um ponto de destaque nas Constituições hodiernas, afirmação essa que não se compadece com os comentários conservadores daqueles que entendem o direito a saúde como “mera ilusão constitucional”.⁵⁷

Aliás, muito antes de receber tratamento na esfera do Direito Constitucional, o direito à saúde já era objeto de estudo no campo do Direito Administrativo.⁵⁸ A preservação da saúde pública e o desenvolvimento físico da população por meio de medidas destinadas à prevenção de certas moléstias exigem do Estado um conjunto de providências integradas dentro do quadro da chamada Polícia Sanitária. Portanto, o poder de polícia do Estado estende-se à proteção da saúde como manifestação do bem-estar geral, impondo um conjunto de limitações aos indivíduos, ao comércio e a propriedade para assegurar os fins gerais da sociedade.⁵⁹ Tal atividade é facilmente visualizada, por exemplo, no ato de interdição, por parte da vigilância sanitária, de um determinado estabelecimento gastronômico, quando este não alcança os padrões de higiene necessários para o fornecimento de refeições (alimentos) à população. Frise-se, por oportuno, que jamais se pôs em dúvida a justiciabilidade dessa face tão importante do direito à saúde.

Assim, o direito à saúde (ou direito sanitário) amplia seu enfoque, abarcando atividades que uma leitura rápida e desatenta dessa seara do conhecimento jurídico acabaria por ignorar, tais como: controle de produção, distribuição, transporte e conservação de alimentos, medicamentos, cosméticos, insumos farmacêuticos, pesticidas, saneantes domissanitários e certos equipamentos, instrumentos e aparelhos utilizados na prática da medicina. Também a transferência e distribuição de certas substâncias como o sangue humano e seus derivados, a higiene dos

⁵⁶ “A Constituição de 1988, pela primeira vez na história brasileira, elevou a saúde à condição de direito fundamental. Seguiu o exemplo da pioneira Carta italiana de 1948 (art. 32) e do Texto português de 1976 (art. 64). Aliás, esses dois diplomas supremos foram acompanhados, nesse particular, pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (arts. 93 a 100)” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1212).

⁵⁷ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17.

⁵⁸ Corroborando esta afirmação, Helio Pereira Dias cita autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, Roger Bonnard, Bielsa, Von Stein, Cammeo Vitta (**Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: ANVISA, 2002. p. 18).

⁵⁹ Também o médico deve colaborar com a atividade de Polícia Sanitária, segundo o disposto no art. 13 do Código de Ética Médica: “O médico deve denunciar às autoridades competentes quaisquer formas de poluição ou deterioração do meio ambiente, prejudiciais à saúde e à vida”.

logradouros públicos e daqueles onde se desenvolvam atividades relacionadas com a saúde, a aprovação de padrões de potabilidade da água destinada ao consumo humano, o saneamento do meio-ambiente, a fiscalização das condições de exercício de certas profissões e ocupações relacionadas com a saúde, a utilização de órgãos e tecidos de seres humanos vivos e as experiências científicas nas quais são usados, tudo isso interessa ao direito sanitário. Até mesmo o exame médico de pessoas provenientes do exterior para efeito de ingresso e fixação no país, controle de migrações dirigidas, isolamentos ou quarentenas, vigilância sanitária nos portos, aeroportos, alfândegas, expurgo e desinfecção de embarcações e aeronaves, fundeadas ou pousadas no território nacional, prévias autorizações para a importação de bens; tais atividades são passíveis, sem sombra de dúvida, de receber tutela no campo do direito à saúde.⁶⁰

Sem embargo, com vistas a não incorrer no erro de uma perspectiva excessivamente generalizante ou meramente técnica – já que o direito à saúde é aqui entendido como realidade ontológica, cuja efetivação decorre de uma necessidade empírico-objetiva – convém que o conceito de direito à saúde seja esboçado com auxílio da Sociologia, da Filosofia e da experiência adquirida no campo do Direito Internacional especialmente no que tange à efetivação de Direitos Humanos.⁶¹

Nessa esteira, a saúde deve, primeiramente, ser entendida como uma situação individual que, pelos fatores que a condicionam ou a comprometem ou mesmo pelos meios de sua restauração, aparece igualmente como um fenômeno social. Tal fenômeno social, que pode ser compreendido como “o estado sanitário de uma sociedade”, constitui um elemento característico e, por vezes, identificador de uma determinada sociedade. Aliás, essa dimensão social está contemplada na expressão saúde pública, usada na Europa Continental e no Brasil; ou saúde comunitária, empregada nos países de origem anglo-saxônica. Todavia, a simples

⁶⁰ DIAS, **Direitos e obrigações em saúde**, op. cit., p. 20-21.

⁶¹ Os percalços existentes na tarefa de conceituação do direito à saúde foram bem visualizados por Pietro Perlingieri: “[...] seria limitativo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito à integridade física; e, isso, por duas razões. A saúde refere-se também aquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última. Mesmo na perspectiva civil-constitucional seria limitativa também a concepção do direito à saúde como direito do homem à assistência sanitária, vista como posição jurídica em relação ao aparato burocrático do Estado” (**Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002. p. 158).

delimitação terminológica não deve conduzir ao raciocínio errôneo pelo qual se opõe o ponto de vista do indivíduo àquele cujo interesse preponderante é o da coletividade.⁶²

Conceituada como “estado”, a saúde surge como um ponto de equilíbrio, uma situação que se deve atender e preservar, capaz de direcionar tanto a orientação do indivíduo para consigo mesmo, como a postura da máquina estatal para com a sociedade. Na acepção de Uadi Lammêgo Bulos, a saúde é “o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas a ausência de afecções e doenças”.⁶³ Já para Pinto Ferreira, “a saúde pode ser entendida como o estado normal de funcionamento correto do corpo humano e de seus órgãos. Dever ser mantida mediante o uso de preceitos higiênicos, referentes aos cuidados e cautelas tomadas com as funções orgânicas e também de medidas de ordem preventiva”.⁶⁴ A saúde, portanto, é um estado de equilíbrio físico e psíquico que possibilita ao ser humano desenvolver normalmente suas atividades orgânicas e integrar-se à sociedade.

É interessante notar que todas as disciplinas que se relacionam com a saúde (sejam elas jurídicas ou não) visam, sobretudo, ao estudo dos componentes desse equilíbrio, dos fatores que condicionam sua ruptura e seu restabelecimento. Tudo está particularmente ligado à análise das causas de alteração da saúde, individuais ou coletivas, privadas ou públicas, que marcam a intervenção do homem ou da sociedade no sentido de certo estado individual ou social de saúde: ações de prevenção destinadas a eliminar as causas dessas alterações, ações de controle de um estado sanitário, ações de tratamento de doenças, etc.⁶⁵

A idéia de saúde como um estado individual e coletivo foi acolhida até na esfera do Direito Internacional, em que a preocupação com a efetivação dos Direitos Humanos levou à instituição da Organização Mundial da Saúde. Trata-se do reconhecimento da saúde enquanto condição do ser humano e preocupação ética que transcende as fronteiras do Estado Moderno, reconhecida que é como dever e direito de todos os povos, em todos os continentes. Essa concepção permeou a elaboração da Constituição da Organização Mundial da Saúde, em cujo preâmbulo

⁶² DIAS, **Direitos e obrigações em saúde**, p. 25.

⁶³ BULOS, op. cit., p. 1212.

⁶⁴ FERREIRA, op. cit., p. 196.

⁶⁵ DIAS, **Direitos e obrigações em saúde**, p. 25.

a preocupação com a efetivação do direito sanitário restou retratada de forma excepcional, merecendo transcrição:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou 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. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos.

Perceba-se, outrossim, que, sendo a saúde um estado de equilíbrio, nada mais natural que relacioná-la com o princípio da igualdade. Daí falar-se, no trecho acima mencionado, em preocupação com a saúde de todos os povos e com o perigo comum que representa o desenvolvimento desigual das diversas regiões do planeta. Isso, por si só, já aponta para outra faceta do direito à saúde, relacionada mais especificamente com o dever de minimizar as disparidades entre os subgrupos populacionais, de modo que nenhum grupo fique em desvantagem sistemática em relação ao acesso aos serviços de saúde e ao alcance de um ótimo nível de higidez física e psíquica.⁶⁶

Evidentemente, a saúde, entendida como estado de equilíbrio humano, não encerra apenas um esboço conceitual, visto que se coloca em jogo um bem da vida: é o funcionamento corporal e a vida social que se procura preservar. Contudo, a natureza e a qualidade das ações voltadas para essa finalidade dependem, também, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, e que constitui, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo Direito. E, se correto está o raciocínio segundo o qual o direito à saúde se apresenta como inegavelmente associado ao princípio da igualdade, é preciso que esse último se materialize naquelas duas modalidades a que fazia alusão Pontes de Miranda: (i) igualdade na lei, compreendida como igualdade por concretizar-se materialmente na aplicação

⁶⁶ STARFIELD, Bárbara. **Atenção primária**: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO Brasil / Ministério da Saúde, 2004. p. 19.

dos diplomas legislativos; e (ii) igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade formal, pois se exige, nesta acepção, que a própria lei não discrimine, ou seja, que trate todos igualmente, sob pena de nulidade da disposição normativa por violação do Princípio da Supremacia da Constituição.⁶⁷

Logo, o direito à saúde deve ser entendido como o preceito pelo qual se assegura a todos um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social – seja pela adoção de medidas de abstenção, fiscalização ou prestação de serviços por parte do Estado, seja pela aplicação da medicina preventiva ou curativa – de maneira a maximizar o acesso da população em geral a determinado padrão de higidez sanitária, reduzindo as disparidades sociais em direção à igualdade material e ao respeito à dignidade e integridade da pessoa humana.

Não seria inverdade afirmar, então, que o conceito de direito à saúde com vistas a sua concretude preconizado nesta dissertação, afasta-se de um ideal de definição fechada, aproximando-se da tendência do direito contemporâneo, que reconhece a porosidade do sistema jurídico em busca de uma perspectiva não excludente, sempre atenta à possibilidade de câmbio diante das novas concepções de mundo que estão para surgir. É a partir do conceito aberto de direito à saúde construído neste tópico, que se buscará inclusão da matéria nas reflexões existentes no âmbito dos direitos fundamentais, empresa que será objeto do próximo capítulo.

⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. IV: arts. 113-150, § 1º. p. 702.

2 RECEPÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em meio à exposição realizada no capítulo anterior, procurou-se destacar o direito à saúde como um dado empírico-objetivo, uma realidade que transcende a esfera do Estado e do Direito. Dando prosseguimento a este raciocínio, faz-se mister dedicar um espaço desta dissertação para o estudo da inserção do direito à saúde dentro da dogmática do Direito Constitucional, eis que esta seara do conhecimento jurídico, marcada por um sistema aberto e flexível, permite um diálogo profícuo com a realidade. Nesta esteira, principia-se o capítulo pela análise da importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito à saúde, estudando-se, em um segundo momento, o arcabouço normativo do direito à saúde como direito fundamental. Logo a seguir, colocar-se-á em evidência a localização do direito prestacional em apreço dentro das classificações proporcionadas pela dogmática do Direito Constitucional e, finalmente, será abordada a questão relativa aos limites materiais ao poder de reforma do Constituinte derivado (ou seja, tal direito fundamental como cláusula pétrea), cujo reflexo no plano da legislação ordinária consiste no princípio da vedação do retrocesso social.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NÚCLEO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE

Em meio à exposição realizada no capítulo anterior destacou-se a necessidade de efetivação do direito à saúde a partir de uma ética da vida. Contudo, não se fazia alusão irrestrita a qualquer forma de vida, pois, quando se pensa no direito à saúde, a vida em jogo é a vida humana, entendida não como um conceito ou como uma idéia abstrata, porém a vida humana entendida como “modo de realidade do sujeito ético”, que difere do modo de ser de uma pedra ou de um animal irracional. Interessa, nesta esteira, lembrar que desde a Antiguidade vigora a idéia de que os seres humanos se diferenciam dos outros animais, diz-se que o homem detém uma substância única, inerente à espécie humana: a dignidade. A raiz

etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus* é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.⁶⁸

O constitucionalismo brasileiro, caracterizado por um Texto Maior de cunho marcadamente compromissário, parece ter agasalhado esta realidade, erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do nosso Estado Democrático de Direito. Assim, restou plasmado no art. 1º, inciso III, da CR que “A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos [...] a dignidade da pessoa humana”. Mais do que isso, dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assume relevo, pela sua magnitude, o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, já que, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, citado por Ingo Wolfgang Sarlet, constitui “o ponto de Arquimedes do Estado Constitucional”.⁶⁹

Outro aspecto a ser destacado reside no fato de que, tanto os princípios fundamentais (como a dignidade da pessoa humana), quanto os direitos fundamentais, devido a sua particular localização na Constituição de 1988, são reconhecidos como portadores de características especiais. A situação topográfica dos princípios fundamentais, positivados no início da Constituição, indica não apenas sua utilização como base e parâmetro hermenêutico fundamental para a leitura da ordem jurídica infraconstitucional, mas sua preexistência relativamente à organização estatal. Logo, os princípios democráticos e a dignidade da pessoa humana passam a ser reconhecidos como centro e objetivo da atividade estatal, o Estado, agora, é concebido em função da sociedade civil e do ser humano. Sem

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110. A autora adverte, não obstante, que na Antiguidade o termo *dignus* fazia referência tão somente à humanidade como um todo, sem qualquer perspectiva de personificação. Ainda segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, desde o final do século XI o termo *dignitas* passou a significar cargo, honra ou honraria, também podendo ser considerado como uma postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação (O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo: Notadez, ano 1, n. 4, out./dez. 1999. p. 29)

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 77. O constitucionalista gaúcho ainda menciona na mesma página o pensamento de Jorge Miranda, para quem a unidade de sentido, de valor e de concordância prática do sistema de direitos fundamentais repousa na dignidade da pessoa humana, concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

embargo, ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.⁷⁰

Como assevera Maria Celina Bodin de Moraes, foi o cristianismo que, pela primeira vez, difundiu uma concepção mais elaborada de dignidade da pessoa humana, atribuída a cada indivíduo. O pensamento cristão sobre a dignidade da pessoa humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro de sua criação; como ser amado por Deus, foi alvo de sua natureza através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural. Daí se pode pensar, como fez São Tomás de Aquino, a dignidade humana sob dois outros prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela reside *in actu*, só no homem enquanto indivíduo, passando a existir, desta forma, na alma de cada ser humano. A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível com ela.⁷¹

O transcurso histórico que levou a formação do conceito de dignidade da pessoa humana recebeu ainda novas contribuições com Immanuel Kant que, em seu livro *Crítica da Razão Prática*, estabelece a idéia do imperativo categórico sobre a exigência de que o ser humano jamais seja visto com um meio para atingir outras finalidades, mas sempre considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade a espécie humana como tal.⁷² O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta

⁷⁰ SARLET, **Dignidade da pessoa humana...**, p. 78.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 111. Também de acordo com a civilista, “[...] diversamente das demais religiões da Antiguidade, o cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos, que não se definem por sua vinculação a uma nação ou ao Estado, mas por sua relação direta com o mesmo e único Deus. Enquanto nas outras religiões antigas a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que nele crêem” (ibid.).

⁷² Na esteira do segundo imperativo da moral kantiana: “age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”.

interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade.⁷³

Diante de tamanha importância histórica e cultural, não é de se estranhar que o princípio da dignidade da pessoa humana atue como elemento estruturante e informador do sistema de direitos e garantias fundamentais insculpido na Constituição de 1988 – texto que representa os anseios políticos da população –, o que, por sua vez, apenas condiz com o seu status de princípio fundamental.⁷⁴ Neste sentido, vale mencionar a existência de uma conhecida teoria que, ganhando força no campo do Direito Constitucional após o término da segunda guerra mundial, advoga a tese segundo qual o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana acabaria por se identificar com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Segundo a lição de Sarlet escorada na doutrina de Jorge Miranda:

Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, da qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam a idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.⁷⁵

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana atrai, ainda que em níveis de intensidade diferentes, o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões: não há vida digna sem saúde, os males que afetam o equilíbrio corporal do indivíduo representam a negação da vida, que, se ainda não foi corrompida completamente pela doença, não é mais vivida em seu modo natural de dignidade. Logo, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.⁷⁶

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 113.

⁷⁴ Na acepção de Carmen Lúcia Antunes Rocha, “a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a construção do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se funda todas as escolas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.” (op. cit., p. 33).

⁷⁵ SARLET, **Dignidade da pessoa humana...**, p. 78-79.

⁷⁶ Ibid., p. 84.

De qualquer sorte, em face das reflexões realizadas até o presente momento deste estudo, se afigura possível esboçar algumas conclusões: (i) não restam dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e proteção da integridade física e emocional em geral das pessoas, pois caso contrário será impossível conceber a fragilidade de seu próprio corpo como elemento que, em sua finitude, impõe limites individuais e estabelece uma obrigação coletiva no sentido de perpetuar a existência humana em toda sua amplitude, existência digna / existência em equilíbrio / existência com saúde; (ii) nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo do direito objeto da restrição, e, em sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o núcleo dos direitos fundamentais, sempre haverá desproporcionalidade em caso de violação da garantia de condições sociais mínimas para uma existência digna, que compreende o acesso igualitário à políticas de promoção, proteção e recuperação da saúde.

2.2 DIREITO À SAÚDE COMO NORMA JUSFUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DO SEU SUBSTRATO JURÍDICO, REGRAS E PRINCÍPIOS

Se, atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana é erigido ao *status* de fundamento da ordem constitucional, não se pode olvidar que, em períodos históricos anteriores, a própria idéia de constitucionalismo era tida como representação de um fenômeno cultural e político do mundo moderno destinado a tornar efetivos os postulados da filosofia liberal. A Constituição, então, não passava de uma carta de programas que, quando muito, possuía a função de estatuto organizatório do Estado e fator limitador da intervenção estatal na vida dos cidadãos. Ou seja, a Constituição era um documento que trazia em seu bojo apenas anseios políticos e, por isso mesmo, não lhe era reconhecida força normativa.⁷⁷

Todavia, com a difusão na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, das constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias, emerge uma nova concepção de Estado Democrático de Direito, que afeta profundamente a

⁷⁷ Para uma análise da distinção entre Estado Legislativo e Estado Constitucional, no qual apenas neste segundo todos os poderes, incluindo o Legislativo, estão subordinados aos princípios substanciais estabelecidos pelas normas constitucionais, ver: FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 14.

idéia de constitucionalismo. Esta nova configuração implica numa imposição de limites à atividade legislativa que deve respeitar os direitos assegurados constitucionalmente. E, verificando a possibilidade de divergência entre Constituição e legislação ordinária, o operador do direito está legitimado a assumir uma postura crítica frente ao conteúdo das normas, cujo aspecto substancial deve estar em harmonia com os parâmetros constitucionais.⁷⁸

Neste sentido, é possível afirmar que juridicidade e vinculatividade da Constituição são pontos hoje pacíficos tanto na doutrina quanto na jurisprudência: a Constituição é lei e tem força normativa. De outra parte, superada a idéia de Constituição como simples conjunto de normas políticas e programas a serem realizados com maior ou menor discricionariedade pelo Poder Público, deve-se dar um passo adiante e reconhecer que o Estado Constitucional incorporou também outros valores importantíssimos para a compreensão do fenômeno constitucional contemporâneo, quais sejam, a superioridade e a rematerialização da Constituição.

A dita superioridade apregoa que a Constituição não apenas tem força normativa, mas é, sobretudo, uma norma superior; desenha um modelo de produção jurídico-normativa, devendo o legislador acomodar sua função às amplíssimas exigências constitucionais. Esta premissa foi acolhida pela doutrina sob a denominação de princípio da supremacia ou preeminência da Constituição que, consoante a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, significa que “por um lado, a Constituição não pode ser subordinada a nenhum outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão de conformar-se com ela”.⁷⁹

Já a rematerialização está ligada à idéia de que a Constituição não serve apenas como vértice para a distribuição formal de poder entre os diversos órgãos estatais, mas, pelo contrário, incorpora verdadeiros valores materiais ao texto constitucional sob a forma de princípios. Como é de conhecimento geral, os princípios não possuem nem pressuposto de fato (*fattispecie*) nem consequência jurídica previamente determinada, mas, mesmo assim, se lhes atribui força normativa, o que enseja, no mínimo, uma revisão da tradicional teoria da norma.

⁷⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 18-20. Para Ferrajoli, um dos elementos mais característicos do Estado Constitucional reside na existência de um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis, pois onde há controle de constitucionalidade há limite e controle do poder.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra; Coimbra, 1991. p. 45.

Impende reconhecer, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo afetou de maneira profunda algumas das categorias centrais com que trabalha o positivismo, passando a exercer forte influência sobre a seara da chamada “Teoria Geral do Direito”. Está sedimentado que a norma constitucional possui uma estrutura peculiar que não se compatibiliza com a teoria tripartida e imperativa das disposições jurídicas defendida pelo positivismo (norma = pressuposto de fato + dever ser + consequência jurídica).⁸⁰ Aliás, a doutrina mais abalizada passou a entender que, em verdade, o vocábulo norma jurídica consagra um gênero, do qual são espécies princípios e regras.⁸¹

Como adverte Robert Alexy, um sistema normativo misto (composto por princípios e regras) é vantajoso em relação aos sistemas puros (formados somente por princípios ou somente por regras), especialmente quando estão em debate normas constitucionais. Um sistema puro de princípios ignora a importância da regulamentação conferida a cada direito assegurado constitucionalmente, substituindo vinculação por ponderação, o que poderia afetar seriamente o caráter normativo das constituições rígidas.⁸² Por outro lado, um sistema estruturado apenas em torno de regras, muito embora ostente a vantagem de maximizar a vinculação ao texto constitucional, olvida de que muitos casos concretos não se resolvem segundo a lógica da subsunção, havendo necessidade de se recorrer à técnica da ponderação.⁸³

Conseqüentemente, é o modelo misto, marcado pela compreensão de que as normas constitucionais podem ser formuladas tanto como princípios quanto como regras, que melhor se adapta à realidade. Tanto assim que, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, é corriqueira a referência a determinadas normas como princípios, destacando-lhes um valor subjacente que pode ser utilizado como carga de argumentação. Em outras situações, refere-se aos direitos fundamentais

⁸⁰ Na acepção de Hans Kelsen, “o direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado” (**Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 121).

⁸¹ “*Norma jurídica* é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios - entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 45).

⁸² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 115-118.

⁸³ *Ibid.*, p. 118-129.

como regras, especialmente quando se faz alusão ao fato de que a Constituição deve ser levada a sério ou que a aplicação de um determinado direito fundamental a um caso concreto pode ser realizada de maneira silogística.

Pois bem, claro está que tanto as regras quanto os princípios são normas, pois, enquanto parte do texto constitucional, ambas podem ser formuladas a partir das expressões deônticas básicas do obrigatório, permitido e proibido. Os princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. Contudo, ante uma aparente confusão decorrente da ausência de uma delimitação precisa acerca da específica natureza de uma e de outra categoria, faz-se mister trabalhar melhor a distinção existente entre princípios e regras, a fim de que a utilização destas duas espécies de normas possa realizar-se de modo mais sistemático.

Vários podem ser os critérios distintivos entre regras e princípios. O grau de abstração ou de generalidade da prescrição respectiva é o mais utilizado pela doutrina. Segundo este critério, os princípios são normas que padecem de um grau de generalidade ou de abstração relativamente altos, ao passo que as regras são normas com um grau relativamente baixo de generalidade ou abstração.⁸⁴ Assim, é exemplo de norma com alto nível de generalidade a disposição constitucional que assegura a liberdade religiosa como direito fundamental (art. 5º, inciso VI, CR). Em contraposição, a norma que determina que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, [...]” (art. 288, CR), goza de um nível mais baixo de generalidade.

Todavia, o critério de generalidade ou de abstração pode conduzir ao raciocínio perigoso de que qualquer diferenciação entre normas e princípios é absolutamente dispensável, afinal estar-se-ia diante de uma classificação que opera de maneira gradual, sem oferecer uma distinção substantiva entre regras e princípios. Alexy propõe, então, que a diferença entre regras e princípios deve ser estudada a partir de um critério qualitativo e não de grau.

⁸⁴ ALEXY, op. cit., p. 83. Para Daniel Sarmento, “os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam” (**A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42).

Para o catedrático da Universidade Christian-Albrecht, de Kiel, o critério distintivo entre princípios e regras mais relevante diz respeito ao fato de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídico-reais existentes.⁸⁵ Portanto, princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo traço de possibilidade de cumprimento em diversos graus, e que, a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. Em câmbio, as regras são normas jurídicas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida deve-se, então fazer o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.⁸⁶

Tal distinção é sobremaneira importante, pois determina como se resolvem os conflitos entre as normas. Quando há regras em conflito, por se tratarem de mandamentos definitivos, a solução se dá de duas formas, ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos uma regra como inválida⁸⁷. Exemplo do primeiro caso: o conflito de regras existentes entre a proibição de abandonar o recinto antes do sinal sonoro e o mandamento de abandoná-las no caso de alarme de incêndio. Se o sinal sonoro ainda não tocou, mas foi dado o alarme de incêndio, essas regras apresentam um dever-ser concreto contraditório. O conflito daí resultante deve ser solucionado da seguinte forma: caso soe o alarme de fogo, está-se perante uma situação em que se introduz uma regra de exceção na regra geral de não abandonar o recinto. Caso a introdução de uma cláusula de exceção não se afigure possível, vem então o segundo caso, ou seja, pelo menos uma regra deve ser declarada inválida. Para a solução deste tipo de conflito existem os meios seguintes: lei posterior revoga lei anterior, a lei especial derroga a lei geral, a lei superior prevalece sobre a lei inferior.⁸⁸

Já a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – como é o caso em que um princípio determina que algo está proibido e outro princípio determina que algo está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Contudo, isto não significa declarar inválido o princípio preterido, muito menos que, para que o princípio

⁸⁵ ALEXY, op. cit., p. 86.

⁸⁶ Ibid., p. 87.

⁸⁷ Ibid., p. 88.

⁸⁸ Ibid., p. 88.

preterido viesse a prevalecer, ter-se-ia de introduzir uma cláusula de exceção no princípio prevalente. Ocorre, de outro modo, que, sob determinadas circunstâncias e em face do caso concreto, os princípios podem adquirir diferente peso, prevalecendo o princípio com maior peso. Trata-se de um conflito que não está dimensionado no âmbito da validade, mas sim no âmbito do peso adquirido pela norma no caso concreto.⁸⁹

Neste sentido, a feliz síntese de Wilson Antonio Steinmetz traça com clareza as principais características atinentes à colisão de princípios:

[...] uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validade. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor ou contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro. Ao se proceder dessa forma, no caso concreto, a validade jurídica do princípio preterido não é negada. O princípio não desaparece do ordenamento jurídico.⁹⁰

Em suma, verifica-se a distinção entre regras e princípios sob dois pontos principais: (i) o primeiro consiste na diferença quanto ao mandato que instituem (o mandato de regras estabelece-se de maneira definitiva e o mandato de princípios estabelece-se de maneira *prima facie*); (ii) o segundo é balizado pela diferença quanto ao modo de solução de conflitos (o conflito de regras gera a declaração de invalidade de uma delas e o conflito de princípios gera o dever de ponderação ocorrendo a limitação de um deles apenas para o caso concreto).

Portanto, as considerações até o presente momento estabelecidas levam à conclusão de que o sistema normativo misto (formado por princípios e regras) é o mais adequado para a compreensão da dogmática jurídico-constitucional, podendo ser utilizado de maneira satisfatória para estudo do direito à saúde como norma amparada pela Carta Republicana de 1988. Neste contexto, não restam dúvidas de

⁸⁹ ALEXY, op. cit., p. 89. Há, contudo, quem formule críticas à distinção entre princípios e regras estabelecida por Alexy, sob o fundamento de que a ponderação não é método privativo da aplicação de princípios: “[...] embora tentador, e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 2004. p. 44). O autor dá como exemplo uma disposição do Código de Ética Médica que estabelece que o médico deve dizer para o paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra disposição que o obriga a usar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Questiona o autor: o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença, irá diminuir suas chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? (ibid.).

⁹⁰ STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 126.

que, muito embora tenha o direito à saúde encontrado sua consagração em nível normativo constitucional, poderá, por vezes, ser recepcionado sob a forma de princípio e, em outras passagens, descobrir-se como verdadeira regra, não estando sujeita a qualquer ponderação.

Num primeiro momento, em alguns trechos do artigo 5º do Texto Maior (incisos III, V, X, além do próprio *caput*) e, de maneira explícita no artigo 6º, verifica-se a existência de um princípio geral consagrador do direito à saúde, seja na sua dimensão de íntima conexão com o direito à vida, criando um verdadeiro direito a ter direitos (proteção à integridade física e psicológica), seja na sua dimensão de direito social, impondo ao Estado a adoção de políticas de ordem preventiva e curativa. Entende-se que esta forma de consagração sob a qualificação de direito fundamental reveste o direito à saúde de natureza principiológica, pois as colisões de direitos fundamentais são colisões de princípios, resolvidas pela técnica da ponderação.⁹¹

Já em outros momentos do texto constitucional, especialmente nos artigos 196 e seguintes, depara-se, em verdade, no que diz com a forma de positivação, com regras de cunho impositivo que, em seu conteúdo, (i) estabelecem aos poderes públicos uma série de tarefas na seara do direito sanitário (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações relativas à saúde), (ii) fixam limites ao poder do legislador infraconstitucional, (iii) delimitam as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), e (iv) oportunizam a participação da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde. Trata-se de determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, cuja aplicação não pode ser colocada de lado pelo Poder Judiciário, bem como deve ser obrigatoriamente levada em conta pelo Poder Legislativo quando do exercício de sua função ordinária.

⁹¹ Segundo Steinmetz os direitos fundamentais assumem, via de regra, a forma de princípios: “Os direitos fundamentais, nessa dimensão, apresentam-se como normas objetivas de princípio. É tão correto dizer ‘direito fundamental de liberdade’ quanto ‘princípio de liberdade’, ‘direito fundamental à igualdade’ quanto ‘princípio de igualdade’. A mudança de terminologia não muda a estrutura jurídico-normativa e a força vinculante. É tão correto dizer que direitos fundamentais são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas quanto dizer que os princípios são mandatos de otimização a serem realizados segundo as possibilidades jurídicas e fáticas. Por fim, a natureza principal dos direitos fundamentais torna possível a solução de colisões mediante a aplicação do método da ponderação” (ibid., p. 136).

2.3 CLASSIFICAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPECTIVA LOCALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O Direito Constitucional brasileiro evoluiu de maneira surpreendente nos últimos anos. Se é certo que em 1988 adveio uma nova Constituição, não é menos certo que naquele tempo o cenário ainda se ressentia de uma dogmática constitucional sofisticada a ponto de dar conta da nova realidade jurídica que se inaugurava. Assim, paulatinamente, a doutrina brasileira incorporou classificações e divisões nascidas no direito comparado, oferecendo, é claro, suas próprias contribuições. Diante deste quadro, faz-se necessária uma breve incursão na dogmática atinente às perspectivas pelas quais os direitos fundamentais podem ser estudados, pois estas delimitarão, mais tarde, aspectos importantes no tocante à possibilidade de sua efetivação. Outrossim, visando não escapar do objeto da investigação realizada, buscar-se-á sempre a visualização do direito à saúde dentro das classificações, divisões ou perspectivas apresentadas, já que sem a compreensão exata dessas categorias não há como realizá-lo.

2.3.1 Perspectiva dimensional dos direitos fundamentais

Desde seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Daí a importância desta primeira classificação (em dimensões) dos direitos fundamentais, uma vez que a sua existência decorre de um processo de gestação histórica que incorpora mutações no pensamento político e na filosofia. É de se ressaltar que, durante algum tempo, a classificação ora apresentada foi estudada como uma divisão dos direitos fundamentais em gerações, terminologia esta abandonada em face de transmitir a idéia de que haveria uma hierarquia entre as gerações ou que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo.⁹² Prevaleceu, então, o termo “dimensões dos direitos fundamentais” que aponta não apenas para o

⁹² Segundo José Afonso da Silva, “A Constituição suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais, que as constituições anteriores, de certo modo, justificavam, o que resultava da persistência da visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava, necessariamente, em conferir-se conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais” (**Curso de direito constitucional positivo**, p. 183).

aspecto evolutivo destes direitos, mas, sobretudo, para a sua unidade e indivisibilidade. Passemos, assim, ao estudo das dimensões dos direitos fundamentais.⁹³

Primeiramente, oriundos do pensamento liberal-burguês e de cunho eminentemente individualista, é possível identificar os direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia dos indivíduos frente ao seu poder. Tais direitos são, por este motivo, apresentados como “direitos negativos”, eis que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos Poderes Públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Assumem particular relevo, no rol desses direitos, especialmente devido a sua inspiração jusnaturalista, o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade. Dada a multifuncionalidade do direito à saúde este pode assumir uma dimensão negativa, quando, por exemplo, é suscitado como obstáculo ao desenvolvimento de condutas nocivas à saúde decorrente de políticas públicas.

Contudo, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais que acompanharam o Estado Moderno no decorrer do século XIX geraram o reconhecimento progressivo do papel estatal na realização de justiça social mediante um comportamento ativo no seio da sociedade. Portanto, tem-se, em um segundo momento, a criação de direitos fundamentais de segunda dimensão –comumente denominados de direitos sociais – cuja nota distintiva está presente na sua carga de positividade, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado, mas de propiciar um direito de participar do bem-estar social.

Também designados pelo termo “direitos fundamentais prestacionais”, admitem uma classificação interna em: (i) direitos de proteção, como direito a uma postura estatal destinada à proteção do indivíduo com relação a intervenções de terceiros, visualizada, por exemplo, na instituição de uma Polícia Militar e Judiciária; (ii) direitos à organização e ao procedimento, considerados como direitos a prestações *lato sensu* que facilitam, de modo geral, o acesso à Justiça, a manifestação da vontade democrática (pela implantação de um sistema eleitoral), ou mesmo a criação de órgãos de proteção dos direitos humanos; (iii) direitos prestacionais em sentido estrito, ou seja, direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se o

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 52-54. Necessário, porém, registrar que foi Paulo Bonavides quem na doutrina pátria, pela primeira vez, apontou para a imprecisão terminológica do termo gerações (op. cit., 2006).

indivíduo possuísse meios financeiros suficientes, poderia obtê-lo também de particulares, tais como educação, previdência, trabalho, etc...⁹⁴

Portanto, dentro desta tríplice classificação dos direitos sociais proposta por Robert Alexy, o direito à saúde poderia ser arrolado como direito prestacional em sentido estrito ou direito prestacional à organização e ao procedimento⁹⁵. Sem embargo, devido ao fato de que o direito à saúde versa sobre um bem – a vida humana em equilíbrio – que teria importância para o indivíduo ainda que este não se encontrasse em sociedade ou ainda que não fosse passível de obtenção por meios particulares, opta-se por classificá-lo em uma categoria à parte; dotado (o direito à saúde) de uma feição multidimensional, que dirá o caso concreto o que é necessário para cumpri-lo⁹⁶. Logo, apropriado ao assunto a doutrina de Marcos Maselli Gouvêa, que o entende como fazendo parte dos *direitos existenciais prestacionais*, eis que diretamente ligados à dignidade da pessoa humana.⁹⁷

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos fundamentais de fraternidade ou de solidariedade, trazem como diferencial o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir o direito à paz, direito à autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, bem como o direito de comunicação.⁹⁸

Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer-se a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração na esfera do

⁹⁴ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 8-10.

⁹⁵ Em relação a esta última qualificação, vislumbra-se o próprio Sistema Único de Saúde como estrutura organizacional-procedimental apta a resolver, com um mínimo de eficácia, as demandas do indivíduo no seu cotidiano.

⁹⁶ Se no caso concreto tiver conotação de dimensão de direito de defesa, a atitude correta será de abstenção. No entanto, se assumir dimensão positiva exigirá uma prestação, como exemplo de tratamento ou necessidade de medicamento.

⁹⁷ GOUVÊA, op. cit., p. 11.

⁹⁸ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 56-58. Não se descarta que a proteção do meio ambiente tem reflexos no plano do direito à saúde, pois a poluição do ar, da água e da terra afeta o equilíbrio físico do indivíduo. De outra parte, não há como deixar de se entrever solidariedade ou fraternidade no gesto do doador de órgãos.

direito internacional e das ordens constitucionais internas. Neste ponto, imperiosa a menção do posicionamento do notável Professor Paulo Bonavides, que, com sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, democracia direta), à informação e ao pluralismo.⁹⁹

Percebe-se desse transcurso histórico de evolução dos direitos fundamentais, um caminhar dialético, no qual a superveniência da proteção de novas situações não compromete a validade dos direitos anteriormente reconhecidos. Neste sentido, os novos direitos, advindos da complexidade emergente das relações sociais, reforçam a proteção dos seus predecessores. Determinados direitos – como o direito à saúde, dotado de caráter multifuncional-, constituem exemplo de como o diálogo entre estas categorias (dimensões dos direitos fundamentais) é uma realidade que se impõe perante o operador do direito.

2.3.2 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

A regra do art. 5º, § 2º, da CR de 1988 traduz um entendimento, seguido pela tradição do nosso direito constitucional republicano desde a Constituição de 1891, que, para além de um conceito formal de Constituição, há um conceito material, no sentido de que existem direitos que – por seu conteúdo, ou por sua substância – pertencem ao corpo fundamental da Constituição, mesmo não constando do seu texto escrito, no caso dos direitos fundamentais, o rol do art. 5º ou o do Título II da Lei Fundamental.¹⁰⁰ Neste contexto, importa, de início, salientar que o catálogo do art. 5º não tem cunho taxativo, isto é, os direitos ali constantes não

⁹⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 570-572.

¹⁰⁰ Sobre o conceito de Constituição formal e Constituição material, vale lembrar os ensinamentos de José Afonso da Silva: “A Constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com o regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Neste caso, Constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma Constituição escrita, não seriam constitucionais. Já a Constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob a forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo Poder Constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos” (**Curso de direito constitucional positivo**, p. 40-41).

foram expostos em *numerus clausus*, mas sim de modo a estruturar um sistema flexível e aberto.

Todavia, a discussão sobre a abertura dos direitos fundamentais nos remete necessariamente a uma segunda reflexão, atinente à respectiva fundamentalidade de tais direitos. Isto porque a constatação da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a idéia de que o Direito Constitucional brasileiro aderiu a uma certa ordem de valores e de princípios que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na idéia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.¹⁰¹ Nesta ótica, três seriam as hipóteses de configuração dos direitos fundamentais: (i) direitos formais e materialmente fundamentais; (ii) direitos apenas materialmente fundamentais; e ainda (iii) direitos apenas formalmente fundamentais.

No primeiro caso, tem-se a existência de direitos que, por seu conteúdo ou por sua importância, estão também ancorados na Constituição formal, revelando uma opção (ou preocupação) do Constituinte em dar-lhes destaque por meio da técnica de positivação expressa. São direitos ou enunciados materiais (representativos de uma ordem de opções e valores partilhados pela comunidade em um determinado período histórico) protegidos igualmente por normas com valor constitucional formal, ou seja, normas que tem a forma constitucional.¹⁰²

Já na segunda hipótese, está-se a tratar de direitos que, embora fundamentais, não constam do catálogo da Constituição. Esse entendimento decorre, conforme explicitado, da interpretação não taxativa dos direitos fundamentais, da enumeração aberta, sempre apta a ser completada ou preenchida através de novas situações, decorrentes de novos momentos. Contudo, abre-se aqui um amplo campo de estudo destinado a determinar um critério de materialidade dos direitos fundamentais e o seu método de inserção no catálogo material de tais direitos. Para tanto, importa mencionar o pensamento de Robert Alexy, para quem há uma diferenciação entre normas diretamente estatuídas pela Constituição (normas adscritas) e normas a elas adstritas. A adscrição faz referência à validade da norma no corpo constitucional, bastando a referência a sua positivação. Por sua vez, a adstrição depende da argumentação jusfundamental que da norma seja possível.

¹⁰¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 93.

¹⁰² MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001. p. 73.

Em outras palavras, o conteúdo material de direito fundamental da norma depende da argumentação jusfundamental passível de ser desenvolvida em torno dela.¹⁰³

Outro critério destinado à apuração da materialidade dos direitos fundamentais reside, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, nas categorias *conteúdo* e *importância* de tais direitos. Seria preciso, seguindo esta linha de raciocínio, identificar sobre qual matéria versa o direito ao qual se atribui o status de fundamental, verificando se esta possui, para a comunidade, em determinado momento histórico, um papel fundamental, uma posição que consubstancia a opção por valores consensualmente reconhecidos no meio social, salientando-se, é claro, que, neste ponto, sempre restará espaço para uma certa dose de subjetividade do intérprete.¹⁰⁴

Ainda em relação aos direitos apenas materialmente fundamentais, eles podem ser compreendidos como constantes do catálogo de maneira implícita e os não constantes do rol do art. 5º da CR. Quanto aos primeiros, a hipótese é de subentendimento, uma vez que estão implícitos nas normas definidoras dos direitos fundamentais e, a partir da interpretação sistemática, são deles derivados. Quanto aos segundos podem ser escritos ou não-escritos.¹⁰⁵

Ainda, a propósito da classificação formulada no início deste tópico, a terceira possibilidade abrange os direitos apenas formalmente fundamentais, ou seja, que, no entendimento de alguns autores, seriam os constantes do catálogo do art. 5º, mas que, por sua substância ou importância, não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Observe-se que esta perspectiva não encontra subsídio no pensamento de Alexy, para o qual todas as normas constantes do catálogo alemão são materialmente fundamentais. Por outro lado, o jurista português Vieira de Andrade é um dos autores que acredita na existência de direitos apenas formalmente fundamentais, pois este concebe a materialidade fundamental como relação direta e imediata do direito com o princípio da dignidade da pessoa humana. Já na doutrina pátria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho filia-se a corrente que aceita a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, baseando seu posicionamento no fato de que haveriam direitos inscritos no rol do art. 5º de cunho

¹⁰³ Segundo a lição constante em MALISKA, op. cit., p. 75-77.

¹⁰⁴ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 102-104.

¹⁰⁵ MALISKA, op. cit., p. 78-79.

meramente processual ou organizacional, como, por exemplo, os incisos XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII.¹⁰⁶

De qualquer sorte, sem pretender adentrar na polêmica acerca da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, já que impertinente ao tema da dissertação, cumpre apenas destacar que o direito à saúde possui tanto fundamentalidade material – eis que é passível de argumentação jusfundamental, seja em razão da sua importância histórica, seja em razão do seu conteúdo, vinculado diretamente ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana – quanto fundamentalidade formal, visto que se encontra positivado no art. 6º da Constituição Federal, bem como de maneira reflexa em algumas disposições do art. 5º, e, fora do catálogo deste dispositivo, nos artigos 196 a 200 do Texto Maior.

2.3.3 Compreensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A compreensão dos direitos fundamentais tanto como direitos subjetivos individuais, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade, constituem duas das mais relevantes formulações do Direito Constitucional contemporâneo. Neste sentido, os direitos fundamentais além de representarem direitos subjetivos individuais, são também decisões valorativas, de natureza jurídico-objetiva da Constituição, ou seja, aos direitos fundamentais é atribuído o valor da solidariedade, da responsabilidade comunitária dos indivíduos. Descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos individuais as situações de caráter político, porém de maneira a acentuar a existência de duas faces para uma mesma moeda: esfera individual e social.

Segundo Gomes Canotilho, com a idéia de fundamentação subjetiva dos direitos em questão (fundamentais) procura-se salientar basicamente o seguinte: “um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância de uma norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade”.¹⁰⁷ O mestre lusitano ainda adverte que, em face do processo histórico de formação dos direitos

¹⁰⁶ Segundo as informações contidas em: SARLET, em **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 105-108 e MALISKA, Marcos Augusto, op. cit., p. 77-78.

¹⁰⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1256.

fundamentais, há uma *presunção em favor da dimensão subjetiva* destes. De fato, quando se pensa em direitos fundamentais, é comum vir à mente a sua forma de direito subjetivo individual, o que, no mais, talvez seja um reflexo psicológico da imagem dos direitos fundamentais como um núcleo de proteção do ser humano, já que este (ser humano individual) está no centro do ordenamento jurídico. De qualquer forma, daqui resulta um segundo corolário: se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo.¹⁰⁸

Assim, quando se refere aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, deve se ter em perspectiva a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de exigir judicialmente seus interesses tutelados perante o destinatário (Estado ou particular). Desta forma, cumpre ao Estado garantir o funcionamento de um instituto jurídico ou a liberdade dentro de um âmbito de vida quando acionado pelo cidadão, já que este preexiste ao Estado que foi criado para manutenção do pacto social, conforme a doutrina contratualista. Por outro lado, Sarlet adverte que nesta formulação transparece a idéia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral entre o titular, o objeto e o destinatário do direito (obrigado).¹⁰⁹

É pela própria noção de direito subjetivo que se chega à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, afinal, se determinada pessoa tem em relação ao Estado o direito de exigir algo é porque, de maneira análoga, o Estado tem para com este cidadão (e com a coletividade) um dever que se impõe de maneira objetiva e permanente. Todavia, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se esgota na relação jurídica que advém da noção de direito subjetivo, pois uma norma de direito fundamental pode impor um dever ao Estado sem que daí resulte a correspondente pretensão para o indivíduo, ou sem que para ele se configure um direito subjetivo.¹¹⁰ Ainda segundo Gomes Canotilho, fala-se em uma fundamentação objetiva dos direitos fundamentais quando

¹⁰⁸ Ibid., p. 1257.

¹⁰⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 162.

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 69-70. O autor exemplifica esta situação citando normas de direitos fundamentais que dizem respeito a pessoas não existentes ou se relacionam primariamente com direitos da generalidade das pessoas (os exemplos dos interesses das gerações futuras, no direito ao ambiente ou de pessoa ainda não nascida, no caso de aborto).

“se tem em vista o significado do direito para a coletividade, para o interesse público e para a vida em comunidade”.¹¹¹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode representar, em muitos casos, um não fazer do Estado em relação ao indivíduo, já em outros tantos, assimila uma eficácia dirigente da norma fundamental em relação aos órgãos estatais. Neste contexto se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe uma obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais. Daí a alusão freqüente à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos da comunidade, devendo sua eficácia ser valorada não apenas do ponto de vista da pessoa frente ao Estado, mas com base no ponto de vista da sociedade, da comunidade em sua totalidade.¹¹²

De qualquer sorte, conforme assinalado anteriormente, nem todo dever objetivo do Estado corresponde a um direito subjetivo individual, o que ressalta o fato de que em determinadas situações pode sobressair-se apenas o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, assim como em outras o aspecto subjetivo pode quase esvaziar a atuação do Estado, vislumbre-se, por exemplo, a proteção do direito à igualdade em face de particulares.¹¹³ Contudo, a regra geral é a identificação de um caráter dúplice nos direitos fundamentais, especialmente naqueles que compreendem situação complexa, como é o caso do direito à saúde.

Assim, o direito à saúde pode, em um primeiro momento, receber tratamento na esfera do Direito Civil, como um direito subjetivo especial que, pela complexidade dos poderes e deveres que enseja, já apresenta elevado grau de dificuldade para sua exata compreensão. Os poderes e deveres localizados em um só sujeito podem se apresentar aparentemente contraditórios entre si, ou colocar em aparente conflito diversos aspectos do sujeito tutelados pelo direito, pois “ao convergirem para o corpo do sujeito exigem deste assunção, concorrente e concomitantemente” conforme ensina Gediel.¹¹⁴ A peculiaridade do conteúdo desse direito ganha esclarecimento quando enfocada sob a ótica de Pietro Perlingieri: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sob a categoria do ter.

¹¹¹ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1256.

¹¹² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 155-156.

¹¹³ Na acepção de Jorge Reis Novais, “[...] a dimensão objetiva pode resultar da própria consagração ou reconhecimento constitucional de determinados valores nas normas de direitos fundamentais, independentemente de qualquer referência à sua subjetivação e independentemente de o indivíduo dispor, aí, de qualquer competência de invocação própria” (op. cit., p. 69).

¹¹⁴ Neste ponto, alude o civilista paranaense à necessidade do consentimento informado para a intervenção médica e satisfação do direito à saúde. Ver: GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 49.

Na categoria do ser não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional orgânica”.¹¹⁵

Em um segundo momento, é preciso aludir à perspectiva jurídico-objetiva do direito à saúde que, por estar localizado na seara dos direitos prestacionais existenciais assume conformações próprias, isto porque coloca o jurista diante de um quadro multifacetado de obrigações que estabelecem tanto imposições legiferantes, quanto a criação de condições materiais e institucionais para a efetivação destes direitos. Explica-se melhor: o reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a regulamentação legislativa do Serviço Único de Saúde, que é, ainda, diferente da obrigação do Poder Executivo, por meio da estrutura jurídica do SUS, de fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito, mas que recebem suporte na legislação infraconstitucional.¹¹⁶

2.4 LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA DO CONSTITUINTE DERIVADO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO FORMAS DE IMPEDIR A SUPRESSÃO DE GARANTIAS SANITÁRIAS

O fato de ter o constituinte expressamente elevado os direitos fundamentais à condição de limite material à reforma constitucional (fazendo estes, portanto, parte das denominadas “cláusulas pétreas”, vide art. 60, § 4º, IV) pode ser considerado um dos indicadores da fundamentalidade material das normas que os consagram. Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem sombra de dúvidas, uma qualidade que, por si só, já os distingue das demais normas constitucionais. Tal situação não passou despercebida ao olhar cuidadoso de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem “a condição de ‘cláusula pétrea’, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CR), constitui justamente o elemento caracterizador essencial da sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”.¹¹⁷

Por outro lado, como todo tema importante na seara do Direito Constitucional, muitas são as divergências encontradas nesse campo de estudo. E a questão mais espinhosa enfrentada neste ponto pela doutrina refere-se à abrangência da proteção outorgada pelo art. 60, § 4º, inc. IV da nossa Lei Fundamental, eis que este

¹¹⁵ PERLINGIERI, op. cit., p. 155.

¹¹⁶ MALISKA, op. cit., p. 101-102. Constatação realizada com base nos ensinamentos de Canotilho, em especial na obra **Constituição dirigente**.

¹¹⁷ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 392.

dispositivo se vale da expressão “direitos e garantias individuais”, gerando, no mínimo, uma dúvida fundada sobre a inclusão dos demais direitos fundamentais (sociais e políticos, por exemplo).

De fato, não se afigura uma inverdade a afirmação de que – tomando como ponto de partida o *enunciado literal* do art. 60, § 4º, inc. IV, da CR – chega-se à conclusão de que apenas os direitos e garantias individuais (ou seja, aqueles constantes do catálogo do art. 5º) estariam incluídos no rol das “cláusulas pétreas” de nossa Constituição. Contudo, não menos verdade é o fato de que, insistindo na exegese literal do dispositivo, teria de se reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6º a 11º), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção à reforma do Constituinte derivado. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos constantes do rol do art. 5º não seriam merecedores de proteção. Justamente em face desta constatação, entende-se que a interpretação literal não deve prevalecer, pois se estaria considerando, para tomar um exemplo, que o mandado de segurança individual integra o leque de proteção oferecido pelas “cláusulas pétreas”, ao passo que o mandado de segurança coletivo (por ser garantia da coletividade e não individual) foi paradoxalmente excluído da mesma proteção.¹¹⁸

Do mesmo modo, quando estudada a classificação dos direitos fundamentais segundo as suas dimensões, foi oportunamente mencionado que a crítica à terminologia “gerações de direitos fundamentais” deve-se, sobretudo, a transmissão da idéia de que haveria uma hierarquia entre estes direitos. Contudo, não há qualquer relação de sobreposição que justifique afirmar que os direitos individuais são mais importantes que os direitos sociais, ou vice-versa; pelo contrário, conforme a análise desenvolvida no primeiro capítulo, é possível afirmar que mesmo os direitos prestacionais podem assumir a função de garantia individual, veja-se, por exemplo, o direito à saúde, que pode ser ventilado diretamente como proteção do indivíduo frente ao Estado quando este desenvolve atividades, como a execução de obras públicas utilizando produtos tóxicos ou equipamentos que não apresentam grau de segurança suficiente para assegurar a passagem dos transeuntes, que coloquem em risco a integridade física de qualquer cidadão. Tem-se, assim, uma

¹¹⁸ Ibid., p. 392.

situação de defesa do cidadão associada ao direito à saúde que pode ser suscitada de maneira individual e na qual se exige do Estado um não-fazer.

Logo, em contraposição à tese de que os direitos sociais não podem ser considerados como parte integrante das “cláusulas pétreas”, pode-se, na esteira das lições de Ingo Wolfgang Sarlet, fazer alusão aos seguintes argumentos:

a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com a eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das cláusulas pétreas aos direitos fundamentais do art. 5º acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, inc. IV de nossa Lei Fundamental.¹¹⁹

Ademais, não se pode olvidar de que já no preâmbulo¹²⁰ de nossa Constituição vê-se a referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade, e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Tal conceito é inclusive consagrado pelo fato de que a CR de 1988 consagra a idéia de que constituímos um Estado Democrático e *Social* de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais (art. 1º, incisos I a III, e art. 3º, incs. I, III e IV), recordando sempre que estes têm a função de orientar a hermenêutica das demais disposições constitucionais.

Superada a questão da abrangência dos direitos prestacionais (dentre eles, o direito à saúde) pela norma do art. 60, § 4º, inc. IV, da CR, tem-se ainda de enfrentar a problemática da supressão de disposições reflexas (ou patamares de concretização) destes direitos na ordem infraconstitucional. Considerando-se que o poder de reforma constitucional estabelece restrições apenas ao nível da Constituição (em que, como visto, uma abolição efetiva ou tendencial se encontra vedada), remanesce a pergunta de qual o limite a que se encontra sujeito o legislador infraconstitucional caso venha a intervir em um direito fundamental já concretizado.

¹¹⁹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 394.

¹²⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Que o legislador deverá respeitar, pelo menos, os limites fixados para o poder de reforma constitucional, parece inquestionável, contudo a justificativa e o alcance desta restrição ao Poder Legislativo nos remete ao estudo do princípio da “vedação do retrocesso social” ou da “não evolução reacionária”.¹²¹

Frise-se, por oportuno, que não se deve confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais – em que pese suas inequívocas similitudes e aspectos comuns – com a manutenção dos níveis gerais de socialidade alcançados no âmbito do Estado Democrático de Direito, já que este abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente ao nível da legislação infraconstitucional.¹²² Entre sindicalização e manutenção há uma linha tênue que separa duas esferas jurídicas balizadas por técnicas diversas, a concretização dos direitos fundamentais se assenta na postura que reclama a implementação de ações estatais que permitam a fruição destes direitos, ao passo que o princípio da vedação do retrocesso procura evitar ações corrosivas, ou seja, impedir a diluição das conquistas obtidas em face de um processo legislativo de contra-revolução social.

Um dos juristas que mais se dedicou ao estudo deste tema foi certamente José Joaquim Gomes Canotilho, sempre sustentando com firmeza que, após a concretização dos direitos fundamentais em nível infraconstitucional, estas normas jurídicas assumiriam, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador. Nas palavras do publicista lusitano:

A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de <<direitos prestacionais de propriedade>>, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma

¹²¹ Segundo Gouveia, “O eventual desvio relativamente à norma programática inclui, como ressalta a doutrina atualizada, a proibição do retrocesso. Embora não se possa obrigar o poder público a avançar até um determinado ponto na contenedização de uma situação jurídica determinada contemplada em norma programática, pelo princípio da proibição do retrocesso seria possível evitar que, uma vez atingido este ponto, obrassem o Legislativo ou o Executivo no sentido de reduzir as prerrogativas previamente definidas” (op. cit., p. 25-26).

¹²² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 407-408.

obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas.¹²³

Prossegue o autor em questão discorrendo sobre os efeitos ou sanções à violação do princípio da vedação do retrocesso social:

A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada <<justiça social>>. [...] o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais 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.¹²⁴

A argumentação de Canotilho, portanto, centra-se na defesa da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais, pois, uma vez instituída a prestação em favor do cidadão, forma-se um direito subjetivo, direito este que se enquadra na categoria dos “direitos adquiridos”. A redução ou supressão destes direitos encerraria uma flagrante infração ao princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito) e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A sanção para estas medidas que põe em risco o padrão de prestações já alcançado implica na inconstitucionalidade das respectivas normas editadas pelo Legislativo.

À luz do exposto, poder-se-á sustentar que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social (no caso, o direito à saúde), o respeito Constitucional deste deixa de constituir (ou deixa de constituir apenas) uma obrigação positiva, para se transformar ou passar a ser também uma obrigação negativa. O Estado que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a sua realização. Assim, no âmbito da proibição do retrocesso social (considerado em sua dimensão subjetiva), tem-se que, de certa forma, os direitos sociais prestacionais legislativamente concretizados assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa, na medida em que justificam o recurso

¹²³ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 339.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 339-340.

à proteção judicial contra os atos dos Poderes Públicos que tenham por objetivo sua redução ou mesmo sua destruição.

Contudo, o princípio da proibição do retrocesso social não significa que todas as normas editadas pelo legislador infraconstitucional assumem status de absoluta intangibilidade, o que acabaria por engessar o processo legislativo e criar um fosso entre as disposições normativas e a realidade social. Como ressaltado na citação do jurista português, o princípio da vedação do retrocesso social não está relacionado à conjuntura econômica, não tem força para barrar recessões e crises monetárias experimentadas pelas nações em determinadas circunstâncias históricas (situações de reversibilidade fática e não jurídica), bem como os diplomas legislativos que concretizam os direitos prestacionais não são dotados de irrevogabilidade: a exigência é de que se apresentem esquemas alternativos ou compensatórios que evitem a supressão dos direitos.

Em especial, no que tange à aplicação do princípio da proibição do retrocesso social no âmbito do direito à saúde, é famosa a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 39, de 1984) que declarou a inconstitucionalidade do DL nº 254/82 que revogava parte da Lei nº 56/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde português. O argumento utilizado pela Corte Constitucional lusitana foi justamente de que com esta revogação estava o legislador infraconstitucional atentando contra o direito à saúde (art. 64, da CRP) ainda mais se levando em conta que a disposição constante da Carta portuguesa preconiza a efetivação deste direito fundamental prestacional mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2, da CRP).¹²⁵ Fazendo um paralelo com o direito brasileiro, é absolutamente plausível o entendimento de que a legislação infraconstitucional tendente a suprimir direitos já assegurados dentro do Sistema Único de Saúde (arts. 198 e 200, da CR), balizado pelo princípio do acesso universal e igualitário (art. 196, da CR), padece do vício de inconstitucionalidade.

Enfim, os limites materiais ao poder de reforma do Constituinte derivado e o princípio da vedação do retrocesso social constituem mecanismos aptos a impedir a supressão de garantias sanitárias, mas pouco dizem a respeito da efetivação do direito à saúde, especialmente quando se verifica a ausência de normas que deveriam regular um caso concreto nesta seara jurídica. Por isso mesmo, uma

¹²⁵ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 340. Ver também: SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 412.

postura de defesa da efetividade do direito fundamental à integridade psicofísica depende ainda do estudo de um outro conjunto de teorias, a ser realizado no próximo capítulo.

3 EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO NORMA JUSFUNDAMENTAL E ALGUMAS DE SUAS APORIAS

Neste capítulo, inicia-se o estudo da efetividade dos direitos fundamentais, com especial destaque para as possibilidades de concretização do direito à saúde. Ressalta-se que, como o leitor observará, os capítulos precedentes constituem seu fundamento, encerrando noções constantemente utilizadas ao longo da exposição. Desta forma, com vistas a enfrentar algumas das principais dificuldades na aplicação das normas protetoras do direito à saúde, apresentar-se-á, primeiramente, uma teoria da interpretação apta a maximizar a eficácia das normas constitucionais. Logo em seguida, serão enfrentados alguns óbices, tanto de caráter jurídico quanto de caráter fático, costumeiramente levantados perante os magistrados, e algumas vezes por estes acatados, nas demandas que envolvem a tutela do direito à saúde. A teoria do mínimo existencial será, então, estudada como limite dentro do qual não se pode negar a plena vinculação do direito à saúde, sob pena de afetar o núcleo substancial do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, reconhecendo que também os agentes privados exercem uma importante função na área de saúde, empreende-se um rápido exame da questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o conteúdo da autonomia privada.

3.1 POR UM CRITÉRIO INTERPRETATIVO QUE POSSIBILITE A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, o tema da efetividade representa o âmago da presente dissertação, a via que marca a passagem do plano teórico para o plano concreto, evitando-se com isso incidir no erro de encarar as normas constitucionais como meros programas de ação – com valor exclusivamente político ou moral –,

fato que implicaria em deixar de lado todo o esforço despendido no reconhecimento do direito à saúde enquanto realidade ôntica¹²⁶ recepcionada pela Lei Fundamental.

Neste sentido, os grandes constitucionalistas da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.¹²⁷ No Brasil, autores da melhor linhagem elaboraram cotas parciais que iluminaram aspectos específicos do tema. O estudo sistemático pioneiro na matéria – e, até hoje, amplamente difundido nas academias brasileiras – deve-se a José Afonso da Silva, em notável monografia escrita em 1968 e reeditada em 1982, cuja ênfase recaía na aplicabilidade das normas constitucionais. Lastreando-se na lição de Rui Barbosa, o eminente professor da Universidade de São Paulo teve o mérito de reconhecer que todas as normas constitucionais gozam de eficácia, ainda que algumas sejam dotadas apenas de eficácia mínima.

Na referida obra, intitulada sugestivamente de *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*¹²⁸, são apresentados três tipos de normas constitucionais, classificadas segundo o critério da aplicabilidade: (i) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas constitucionais de eficácia contida e de aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e (iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida e aplicabilidade mediata (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo ou princípio programático), cuja aplicação nos casos concretos depende de integração infraconstitucional, pois só então operam em plenitude seus efeitos, ressalvada uma “eficácia mínima negativa” para coibir atos administrativos ou legislativos contrários a elas.

Não obstante a teoria tenha instaurado o debate em torno da problemática do grau de efetividade das normas constitucionais, o principal efeito (de cunho negativo) desta classificação consiste em oferecer uma instrumentalidade técnico-

¹²⁶ Adota-se o vocábulo com o sentido de existente, conforme ensina Nicola Abbagnano em sua obra **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. Rev. da trad. e trad. dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.727.

¹²⁷ No caso brasileiro, vale a menção de Luís Alberto Barosso que faz alusão explícita à existência de um princípio de efetividade das normas constitucionais (ver BAROSSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004). Também em Portugal, desta vez na análise cuidadosa de Canotilho, pode-se verificar uma preocupação com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais: “[...] também designado por princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (**Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1224).

¹²⁸ É utilizada neste estudo a seguinte versão: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

jurídica suficientemente hábil a repelir a aplicação das normas constitucionais, em especial aquelas desinteressantes para os poderes constituídos. Isto ocorre porque pela classificação, somente as normas de aplicabilidade imediata podem ser utilizadas para a solução de casos concretos, outorgando-se à parte o bem diretamente garantido pela Constituição. Porém, se a norma constitucional é de aplicabilidade mediata, o caso concreto padece de solução, não se atribuindo à parte o bem constitucionalmente tutelado. Nestes termos, é reconhecida tão somente a falta de lei reguladora e a impossibilidade de comaltar esta lacuna pelo Poder Judiciário, que através de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, mantém até o presente momento um entendimento restritivo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção.¹²⁹

Tal pensamento não satisfaz a proposta jurídica e política presente na Constituição de 1988. É necessário que os Poderes Públicos se vejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação das normas constitucionais, não sendo suficiente a aludida “eficácia mínima negativa”. Para tanto, o princípio da supremacia constitucional assume papel central, em que a subordinação dos Poderes Públicos não é somente negativa, mas também positiva, aos quais são impostos deveres e tarefas, cujo cumprimento é obrigatório.

Assim, existem normas constitucionais cujo destinatário é especificamente um dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo ou Judiciário).¹³⁰ Surge, então, a seguinte questão: estariam os demais poderes a elas vinculados quando inerte o

¹²⁹ A opção do Supremo Tribunal Federal é pelo não conhecimento do mandado de injunção em casos que supostamente dependem de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Segundo este entendimento, uma vez ausente a lei reguladora de dispositivo constitucional não há ainda o direito garantido ao destinatário da norma, e tampouco a devida atuação judicial em efetivar o direito, ou seja, a eficácia constitucional fica condicionada à existência de lei infraconstitucional ulterior. Neste sentido, foi o voto do Ministro Moreira Alves no Mandado de Injunção n.º 107: “Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação deste direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito”. Contrapõe esta vertente de pensamento, a decisão do ilustre Desembargador Barbosa Moreira que, proferindo o voto condutor em sede do Mandado de Injunção n.º 1990.046.00006 (decisão por maioria), aforado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concedeu o direito à licença especial remunerada prevista na Constituição Estadual a servidores públicos estaduais que se encontravam no exercício de mandato sindical, independente de norma regulamentadora (estadual na hipótese) ainda não editada: “A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira”.

¹³⁰ Veja-se, por exemplo, o artigo 37, inciso VII, da Carta Política: “O direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica”. Na mesma linha é o artigo 192: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento do país e a servir os interesses da coletividade, será regulado em lei complementar [...]”.

destinatário específico? A inércia do Poder Legislativo ou Executivo retira a eficácia de uma determinada norma constitucional a ponto de esta não ser passível de reconhecimento perante o Poder Judiciário? Evidentemente, não se propugna que o Poder Judiciário, diante da inércia dos demais poderes, passe a editar leis complementares ou institua verdadeiras políticas públicas, porém, dentro de suas atribuições constitucionalmente previstas, acredita-se que é possível a invocação de qualquer norma constitucional para a resolução de casos concretos.

Para alcançar tal conclusão será preciso, entretanto, realizar um breve estudo sobre a função exercida pela Constituição em uma dada sociedade, ponto de partida necessário para discutir a efetividade das normas constitucionais. Isto porque, o pano de fundo das divergências conceituais acerca da Constituição é representado por uma controvérsia quanto à própria natureza das normas constitucionais, ou seja, se são normas jurídicas, aptas a incidir no mundo fático, ou meras declarações morais, de aconselhamento para o legislador futuro. Neste diapasão, as referidas divergências sobre a natureza das normas constitucionais podem ser resumidas com base nas obras de Ferdinand Lassalle, *A Essência da Constituição*, e de Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, as quais são sucintamente apresentadas a seguir.

Ferdinand Lassalle, advogado alemão contemporâneo de Karl MARX, publicou sua obra *A Essência da Constituição* a partir da reprodução de uma conferência ministrada em 1862 para intelectuais e operários da antiga Prússia.¹³¹ Lassalle trabalha com dois conceitos de Constituição: uma *real*, constituída pelos fatores reais de poder, e outra, *escrita*, na qual são transcritos esses fatores. A distinção entre ambas diz respeito à eficácia das normas constitucionais, pois enquanto a real é a que impera efetivamente, a escrita não passa de mera anotação, simples folha de papel.

Interessante ressaltar que o referido pensador parte da premissa de que a Constituição, embora seja também uma espécie de lei, é algo mais. A Constituição é a lei fundamental porque, acima de tudo, nela estão contidos os fatores reais de poder que regem um país, existindo uma relação de necessidade entre o texto constitucional e a causa de sua elaboração.¹³² Dito em outras palavras, a constituição

¹³¹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução original de Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

¹³² “[...] esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder,

formal é a transcrição dos fatores reais de poder em instituições jurídicas e, portanto, somente será uma constituição boa e duradoura na medida em que corresponda aos fatores de poder que regem um país.

Sem embargo, condicionar a produção de efeitos dos dispositivos constitucionais à correspondência ao mundo prático é esvaziar a normatividade constitucional. A leitura da questão constitucional realizada por Lassalle teve importância numa época em que a Constituição tinha apenas o valor moral de conselhos, mas há algo mais nesta relação entre Constituição e realidade. Trata-se de uma inquietação doutrinária que permaneceu latente por quase um século e foi melhor exposta por Konrad Hesse, professor universitário e Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã.

Em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, Hesse apresentou uma nova proposta à leitura da normatividade constitucional, transcrita na obra *A Força Normativa da Constituição*.¹³³ O autor, partindo da obra de Lassalle, discorda da qualificação dada por este à Constituição, pois, estando adstrita a um conceito exclusivamente sociológico, encerra por retirar a normatividade do texto constitucional, cabendo-lhe “tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”.¹³⁴ Hesse reconhece que entre norma constitucional e realidade existe uma tensão imanente que não se deixa eliminar, mas isto não significa que a Constituição deva necessariamente sucumbir em face do real.

A normatividade constitucional encontra-se, assim, na pretensão de eficácia sobre o real, pois aquela é o dado jurídico e as condições de realização são os dados reais. Ora, a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. E não se trata de estabelecer uma adaptação inteligente da Constituição à realidade, mas sim de reconhecer uma “força normativa da Constituição” que se constitui sob a forma de consciência geral – principalmente por parte dos responsáveis pela ordem constitucional. Ou seja, a tarefa do operador do direito não se resume a identificar uma vontade latente de

mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas, e quem pretender contra eles atentar é, por conseguinte, punido” (LASSALLE, op. cit., p. 37).

¹³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

¹³⁴ Ibid., p. 11.

poder na realidade, mas sim – e principalmente – em reconhecer uma verdadeira “vontade de Constituição”.

Logo, a práxis constitucional é fator fundamental na consolidação e preservação da força normativa da Constituição, dentro da qual se destaca o papel da interpretação. Hesse atenta para a função desempenhada pela hermenêutica na realização constitucional, lembrando que:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa (*Sinn*) dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹³⁵

Portanto, a concretização da Constituição não é algo autônomo, pois está relacionada à realidade presente. Contudo, esta possibilidade de concretização não se confunde com a condição de eficácia proposta por Lassalle, pois para ele a efetivação da constituição formal somente ocorre se houver uma coincidência com os fatores reais de poder. Já Hesse admite a instituição de um algo novo, de um futuro a ser construído por uma prática constitucional, na qual a eleição de uma teoria da interpretação adequada exerce papel fundamental.

Deste modo, a realização constitucional perpassa a adoção de um método interpretativo que possa dar uma resposta efetiva aos problemas apresentados pelos casos concretos. Sem a pretensão de propor aqui a escolha de um único método interpretativo em detrimento de outros, é preciso encontrar uma via instrumental de acesso ao projeto de realização constitucional, estando-se aberto, desde logo, a novas possibilidades. Por isso mesmo, dá-se prosseguimento ao presente ensaio expondo de maneira bastante simples o método interpretativo de concretização elaborado por José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cujos contornos essenciais não poderiam deixar de ser mencionados.

Canotilho inicia sua abordagem sobre o tema realizando uma advertência no sentido de que embora o texto da Constituição seja o ponto de partida para a atribuição de significado no processo hermenêutico, isto não quer dizer que contenha, desde logo, a solução para o problema apresentado ao intérprete. Deve-se considerar, antes disso, três pontos essenciais: (i) que a letra da lei não dispensa

¹³⁵ HESSE, op. cit., p. 22-23.

averiguação de seu conteúdo semântico; (ii) que a norma constitucional não se identifica com o texto gráfico; e (iii) que a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de significado à norma, deve levar em consideração os elementos de concretização relacionados com o problema carente de decisão.¹³⁶

A norma, segundo Canotilho, é composta por dois elementos: (i) o *programa normativo*, que é o resultado de um processo parcial de concretização da norma assente nos dados gráficos e lingüísticos que conformam a interpretação; e (ii) o *setor normativo*, que compreende a análise dos dados da realidade, ou seja, de dados empíricos recortados pela norma. Da compreensão do programa da norma e do setor da norma deriva o sentido que a norma possui e que irá incidir sobre o caso posto em questão. Este é o cerne da normatividade constitucional: não uma qualidade estática do texto legislativo, mas um processo dinâmico entre o programa normativo e o setor normativo.¹³⁷

Consoante a proposta de Canotilho, o sentido e o alcance de uma norma constitucional não dependem exclusivamente do texto gráfico ou de outros elementos que a ciência jurídica possa oferecer (como, por exemplo, emprego de auxílio sistemático ou teleológico na interpretação), mas sobremaneira de um conjunto de elementos empíricos, da materialidade do caso concreto a ser solucionado pela norma.

Desta forma, é possível estabelecer uma releitura da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais esboçada por José Afonso da Silva e explicitada em detalhes ao início deste tópico, uma vez que, com base no raciocínio desenvolvido até o presente momento, afigura-se possível afirmar que dizer se uma norma constitucional é ou não auto-aplicável pode depender não exclusivamente de dados gráficos que o dispositivo encerra. Aliás, não é demais lembrar que a norma a ser aplicada é o resultado final da interpretação¹³⁸, que leva em consideração não

¹³⁶ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1216. Sobre interpretação constitucional ver também: MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad. 2001; GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: em busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹³⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1216-1217.

¹³⁸ Na acepção de Eros Roberto Grau, "Texto e norma não se identificam. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. A interpretação, portanto, é a atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. O conjunto de textos – disposições, enunciados - é apenas o ordenamento em potência,

apenas o texto constitucional, mas também elementos reais oferecidos pela lide suscitada em juízo.

Em que pese o cuidado de José Afonso da Silva ao inserir em sua proposta requisitos formais de vigência e validade das normas constitucionais – afinal, trata-se de dois pré-requisitos essenciais a todas as normas jurídicas – o critério de quantificação do sentido normativo extrapola os quesitos formais, incidindo sobre o conteúdo da norma. Explica-se melhor: estabelecer aprioristicamente se uma norma constitucional tem condições de ser aplicada por si ou se necessita de normas infraconstitucionais para produzir seus efeitos é adiantar a interpretação do dispositivo. Ora, como já visto, a interpretação da norma deve levar em consideração o setor normativo, ou seja, os aspectos do caso concreto, da realidade, não dependendo de uma classificação *a priori* e pretensamente formal que cuida apenas do programa normativo (sentido da norma).

A questão, por conseguinte, não é buscar uma classificação genérica e abstrata das normas constitucionais, selecionando as normas que podem ou não ser aplicadas aos casos concretos em razão de sua prévia qualificação, mas é saber se o Poder Judiciário, no caso apreciado, poderá dar efetividade à norma, outorgando o bem constitucionalmente tutelado às partes. E isto depende, necessariamente, da análise do caso concreto levantado pelos litigantes. Somente pelo exame da relação entre a norma constitucional e a posição ocupada pelo jurisdicionado poder-se-á oferecer uma resposta aos casos concretos à altura de uma constituição dirigente e dirigida à construção de uma sociedade democrática.

3.2 REDIMENSIONAMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL EM FACE DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

No decorrer do capítulo anterior, procurou-se esboçar uma teoria que maximizasse a eficácia positiva das normas constitucionais de modo que seja possível sua defesa em face dos casos concretos levados ao Poder Judiciário. Findo este debate, cumpre realizar algumas notas sobre uma outra dificuldade que

um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados e os textos nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem” (op. cit., p. 23).

normalmente se apresenta quando os juízes são chamados a defender o direito à saúde diante de situações concretas: a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária da saúde¹³⁹ cuja gerência foi reservada a outros poderes e o elemento factível da existência de recursos efetivamente limitados no âmbito da Administração Pública.

O debate em torno desta dificuldade foi batizado com a expressão “reserva do possível”, admitindo-se um desdobramento em “reserva do possível jurídica”¹⁴⁰ e “reserva do possível fática”¹⁴¹. Ora, como é de conhecimento geral, os direitos fundamentais prestacionais – e, dentre eles, o direito à saúde – exigem uma sensível alocação de bens materiais, motivo pelo qual se lhes assinala uma relevância econômica. Surge, então, uma problemática de competência em face da disponibilidade de seu objeto (reserva do possível jurídica), pois a gestão destes recursos materiais foi constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Associada a esta discussão, emerge a questão da real existência de meios para cumprir a obrigação existente (reserva do possível fática), pois há de se reconhecer um limite no plano concreto à efetivação destes direitos.¹⁴²

Em razão da utilização exaustiva destes argumentos pelo Poder Público – nas mais diversas demandas e sempre a pretexto de um eminente apocalipse econômico –, tais idéias acabaram por cair em descrédito¹⁴³, mas é preciso não ignorar o assunto sob pena de prosseguir o presente estudo e, mais à frente, perceber que não se tratou de um dos principais óbices à sindicalização do direito à saúde. O assunto será, portanto, abordado em detalhes a seguir.

3.2.1 Reserva do possível jurídica: legalidade orçamentária, separação dos poderes e princípio majoritário

Por estar o princípio da reserva do possível associado a um fenômeno econômico de limitação de recursos finitos diante de necessidades infinitas, trata-se de uma idéia comumente ligada a entraves fáticos e possibilidades materiais de

¹³⁹ As bases de cálculo descritas no art. 198 § 2º e seus incisos da CR e os respectivos percentuais a serem aplicados na área da saúde pelos entes federativos e pelo Distrito Federal foram desenhados pela Emenda Constitucional nº 29/00.

¹⁴⁰ Segundo Gouvêa respeitante à legalidade orçamentária (op. cit., p. 384).

¹⁴¹ De acordo com o referido autor, a efetiva existência de recursos financeiros. (op. cit., p. 384-385).

¹⁴² SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 282.

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 235.

realização de um direito. Não obstante, a separação dos poderes e o princípio majoritário são muitas vezes suscitados como um obstáculo ao conhecimento e deferimento, pelo Poder Judiciário, de prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público.

Isto porque não apenas o Poder Judiciário estaria invadindo a competência dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁴⁴, mas, principalmente, porque os juizes não teriam condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, não teriam capacitação técnica para fazê-lo, dispondo apenas de uma visão casuística dos problemas.¹⁴⁵ Daí falar-se mesmo numa “reserva do possível jurídica”, que representa tão somente uma outra faceta da “reserva do possível fática” e, pela íntima ligação destes dois temas, não faria sentido estudá-los separadamente.

Pois bem, a idéia básica de separação dos poderes destina-se tradicionalmente a proteger o indivíduo do abuso de poder, recordando sempre que a capacidade de ser abusivo não é privativa do Poder Executivo ou do Legislativo, mas de qualquer forma de poder sem controle, haja vista a desconfiança com que a Revolução Francesa encarava o Poder Judiciário. Desta forma, a gestação do princípio da separação dos poderes teve início no final do século XIX, significando, àquela época, a supremacia do Parlamento, que, ao final, era quem poderia determinar quais seriam as ações administrativas, insuscetíveis de controle, salvo raras exceções.

Como bem lembra José Afonso da Silva, faz-se mister não confundir distinção de funções do poder, com divisão ou separação de poderes, embora exista entre ambas uma conexão necessária. A distinção de funções consiste, em verdade, numa “especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem”.¹⁴⁶ Assim, existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada tarefa, quer estejam concentradas num único órgão. Já a divisão de poderes consiste em “confiar cada

¹⁴⁴ Neste sentido, Marcos Maselli Gouvêa faz menção a interessante decisão de primeira instância que enuncia em seu teor: “no sistema jurídico-constitucional vigente, a nenhum órgão público ou autoridade é conferido o poder de realizar despesas sem a devida previsão orçamentária” (op. cit., p. 384).

¹⁴⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 208.

¹⁴⁶ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 108.

uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes”¹⁴⁷, que, por sinal, tomam o nome das respectivas funções.

Trata-se de um princípio indiscutivelmente abraçado pela Constituição Federal de 1988 que, já em seu artigo 2º, coloca como um de seus princípios fundamentais a máxima de que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Contudo, o princípio da separação dos poderes não foi agasalhado pela Lei Fundamental sob a forma de supremacia do Parlamento. De acordo com a visão atenta de Ana Paula Barcellos inspirada em Diogo de Figueiredo Moreira Neto a opção realizada foi pelo sistema presidencialista, instituindo-se ainda uma malha de competências privativas para os três poderes, bem como pontos de contato e controle recíproco entre eles.¹⁴⁸

Sem embargo, se a separação de poderes, em sua formulação clássica, confere ao Poder Legislativo a competência exclusiva para editar leis, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade só pode pertencer à esta mesma, afinal “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” (art. 1º, parágrafo único, CR). Logo, a existência de um órgão representativo traz em si o valor da maioria democrática, que vota em pé de igualdade para que seus representantes decidam a respeito dos problemas da vida social.

Assim, a soberania popular democrática é, antes de tudo, um corolário da idéia de igualdade, todos votam segundo o famoso critério *one man, one vote*. E, como cada opinião tem idêntico valor, o único critério de decisão admissível é, em tese, o da maioria. Não há dúvidas de que quando o Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei ordinária há sempre uma interferência, não propriamente sobre um poder, mas sobre uma legitimidade: a legitimidade majoritária.¹⁴⁹

Neste sentido, tomando-se por premissa que a lei orçamentária, elaborada pelo Poder Executivo e votada pelo Poder Legislativo, é corolário do princípio majoritário, fruto da participação de cada indivíduo na vontade política, convém questionar a legitimidade dos juízes (não eleitos pelas vias democráticas) para deslocar certos recursos materiais para determinada área (como, por exemplo, a

¹⁴⁷ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 108.

¹⁴⁸ BARCELLOS, op. cit., p. 222.

¹⁴⁹ Ibid., p. 226.

área da saúde), conquanto outra destinação já lhe tenha sido dada por prévia votação parlamentar. Enfim, será que a deliberação sobre prioridades orçamentárias não recebe melhor tratamento pelas autoridades eleitas?

O primeiro passo para a resolução deste problema consiste em examinar a consistência da legitimidade majoritária, afinal não se acredita que se trate de um princípio absoluto. Aliás, a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, como a Assembléia Jacobina no período do Terror da Revolução Francesa e a maioria nazista. O princípio majoritário, em verdade, está adstrito ao respeito dos direitos fundamentais de todas as pessoas, façam elas parte ou não da maioria. E não se pode olvidar, como foi destacado no primeiro capítulo desta dissertação, que os direitos sociais (em especial, o direito à saúde), são verdadeiras condições pressupostas do regime democrático, não sujeitas ao alvedrio da maioria.¹⁵⁰

Esta conclusão ganha consistência quando somada a uma série de argumentos que, segundo Ana Paula de Barcellos, justificam a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais como parte de sua atividade típica: (i) O Poder Judiciário foi criado pela própria Constituição, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e o Legislativo, o Poder Político nacional; (ii) os órgãos de cúpula do Poder Judiciário são formados pela vontade conjunta do Executivo e do Legislativo, o que lhes confere legitimidade democrática; (iii) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas que os torna menos sujeitos à *lobbies*; (iv) o processo jurisdicional é participativo, pois assegura a ampla defesa e o contraditório, estando sempre sujeito à revisão por instâncias superiores, bem como toda decisão deve ser motivada e publicada; (v) os grupos minoritários têm acesso ao Poder Judiciário ainda que não tenham acesso ao processo político.¹⁵¹

Também o princípio da separação dos poderes, embora tenha se tornado um postulado fundamental na organização do Estado Moderno, não representa um valor em si mesmo. Sua elaboração derivou da percepção histórica de que o poder tem de ser controlado, sob pena de que seu exercido ocorra de maneira arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados. Esta é a verdadeira finalidade do princípio da separação dos poderes, constituindo o espírito

¹⁵⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 227.

¹⁵¹ Ibid., p. 231-232. Ver também: MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

dentro do qual deve ser aplicado, o que, por si só, já afasta alguns dogmas construídos ao seu redor.

Portanto, a separação dos poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle do Poder Judiciário em relação às ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, pois isto equivaleria a afirmar que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo não estão vinculados à Constituição. Daí que se o direito à saúde e o princípio da separação dos poderes são valores concomitantemente recepcionados pelo Poder Constituinte, não se acredita que eles estejam em descompasso, ou melhor, não se acredita que a separação dos poderes foi concebida com o intuito de obstaculizar a efetivação do direito à saúde.

Aliás, como bem lembra Ana Paula de Barcellos, é a soma vetorial de todas estas disposições que, no caso concreto, determina qual o valor a ser protegido.¹⁵² Logo, a despeito do inegável valor das prerrogativas conferidas aos Poderes Legislativo e Executivo, discorda-se que essas tenham o efeito de impedir, *prima facie*, a concretização de um direito tão essencial quanto à saúde. Via de regra, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, ou fazer prevalecer uma prerrogativa de não interferência por parte do Poder Judiciário, razões de ordem ético-jurídicas levam a crer que se afigura preferível a primeira opção.

3.2.2 Reserva do possível fática: flexibilidade de receita e possibilidade de discussão das prioridades orçamentárias

Além das discussões jurídicas sobre a possibilidade de se exigir judicialmente do Estado a implementação de prestações positivas, importa analisar no estudo empreendido um segundo dilema, vivenciado no plano fático e enunciado sob a forma de que a realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, o que remete a discussão, de alguma forma, à conjuntura econômica por que passa o Estado. Assim, ter-se-ia: (i) de um lado, que a previsão normativa e a hermenêutica refinada não suprem a ausência de dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo; (ii) de outro lado,

¹⁵² BARCELLOS, op. cit., p. 209.

que a mera promessa de um direito social sob a reserva de “cofres cheios” equivale ao esvaziamento de seu conteúdo e à ausência absoluta de vinculação.¹⁵³

Este é o plano por excelência em que se desenvolve a discussão da reserva do possível, normalmente abordada pelos constitucionalistas com base na premissa malthusiana: existem recursos limitados e desejos ilimitados. Assim, a efetivação de um direito esbarra sempre num empecilho de índole fática, qual seja, a reserva do financeiramente possível. E, convém ressaltar, a primeira idéia que se tem ao defrontar-se com a questão é a de que, indiscutivelmente, os direitos sociais acarretam sensíveis gastos econômicos, pois implicam na distribuição de bens materiais, ao passo que os direitos de defesa, precipuamente relacionados com uma conduta omissiva do Estado, seriam destituídos desta dimensão mercadológica, eis que independem de circunstâncias econômicas.

Todavia, a discussão é bem mais complexa e vai além desta simples assertiva baseada no senso comum, motivo pelo qual não se pode deixar de tecer alguns comentários sobre esta suposta “irrelevância econômica” dos direitos de primeira geração. Neste sentido, Ingo Sarlet faz menção aos estudos de autores como Holmes e Sunstein destinados a comprovar, economicamente, que os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para a sua realização, um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais para sua implementação.¹⁵⁴

A diferença entre os direitos sociais e individuais, no tocante ao custo, seria, portanto, de grau e não de natureza. Tal argumento é capaz, por si só, de afastar a idéia de que o atendimento aos direitos sociais deve ser postergado pelo fato de que custa dinheiro. Ora, também a proteção aos direitos individuais tem custos e a sua defesa não tem sido colocada na dependência de fatores econômicos. Isso porque se está bastante acostumado aos gastos provenientes dos direitos de primeira geração e, quiçá, estaria faltando maturidade para aceitar os direitos de segunda geração.

De outra parte, é possível destacar que, muito embora a idéia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, quando vista sob outro ângulo pode adquirir uma imagem completamente diferente. É que, no que tange à percepção de receita e capacidade contributiva da população em geral, o Estado

¹⁵³ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 481.

¹⁵⁴ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 281.

tem uma linha de crédito razoavelmente flexível. Não por outro motivo a solvência do Poder Público é sempre presumida, afinal num curto espaço de tempo – no caso brasileiro, pouco mais de um ano – pode-se aumentar a receita. As autoridades públicas têm, e podem dispor, de instrumentos técnicos para incrementar suas riquezas como, por exemplo, a majoração de tributos.¹⁵⁵

Tudo isso já seria suficiente para afirmar que, entre aderir ao conformismo de nada fazer em face do argumento da reserva do possível e atuar impulsivamente, desconsiderando as contingências econômicas necessariamente envolvidas na concretização de uma prestação estatal, há sempre uma terceira via a ser trilhada: “analisar com realismo as possíveis limitações econômicas do ente público e, se essas de fato não impossibilitarem a consecução do direito visado, implementá-lo”.¹⁵⁶

Mas, para além disso, é preciso reconhecer que a gestão da despesa pública também deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais. Isto é, o projeto de elaboração do orçamento público deve atender às prioridades eleitas pelo constituinte originário, eis que o Estado Constitucional significa que todas as autoridades públicas estão sujeitas à Constituição. Assim, a Constituição traça metas prioritárias, objetivos fundamentais e nada mais natural que as prioridades em matéria de gastos públicos sejam também aquelas fixadas pela Constituição.¹⁵⁷

Desse modo, não se afigura possível imaginar que a Constituição regulou a matéria orçamentária apenas em seu aspecto formal, o que implicaria em ignorar por completo a interpretação sistemática da Lei Fundamental e colocar por terra os fins materiais por ela estabelecidos. Ora, se os recursos financeiros não são ilimitados, a receita disponível deve ser aplicada prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição – dentre eles, destaca-se neste ensaio o direito à saúde –, já os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.¹⁵⁸

Por outro lado, não poderia deixar de se referir ao fato de que o caso que abriu ensejo à discussão da reserva do possível no âmbito da doutrina estrangeira diz respeito a uma decisão da Corte Constitucional Federal Alemã, versando exclu-

¹⁵⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 239-240.

¹⁵⁶ GOUVÊA, op. cit., p. 384.

¹⁵⁷ BARCELLOS, op. cit., p. 240-241.

¹⁵⁸ Ibid., p. 240-241.

sivamente sobre o acesso ao ensino superior, momento em que se firmou uma jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos não se pode falar de uma obrigação em prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹⁵⁹

Nesse contexto, entende-se que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Todavia, acredita-se que a questão da reserva do possível deve ser redimensionada em termos de se questionar o que é razoável exigir do Estado. Evidentemente, se postular diretamente uma vaga no ensino superior quando já existe um critério de seleção por meio de vestibular (no qual, inclusive, muitas universidades adotam o sistema de cotas) não parece razoável, há de se questionar se é aceitável postergar a defesa de condições materiais mínimas de existência, inserindo-se aí o direito à saúde, sob o pretexto da reserva do possível.

Não parece estar-se diante de um problema que admite duas respostas: quando as prerrogativas fundamentais do direito à vida e à saúde estiverem ameaçadas tem o juiz legitimidade para efetivar o direito a despeito da falta de previsão orçamentária, sob pena de não se reconhecer um mínimo existencial em função do qual o Estado foi criado e com base no qual sua atividade financeira deve ser desenvolvida.

3.3 DIREITO À SAÚDE COMO PARTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: SINDICAÇÃO PLENA EM RELAÇÃO AO NÚCLEO MATERIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma Constituição democrática, como a Carta Republicana de 1988, procura realizar dois grandes objetivos: assegurar um consenso mínimo e garantir o pluralismo político. Ou seja, não cabe a uma Constituição decidir de forma integral e definitiva a respeito da vida política de um povo, supondo que este o fará continuamente, a cada nova oportunidade eleitoral. Não obstante, ao lado do campo meramente político, há uma fração de consenso, intimamente relacionada com o

¹⁵⁹ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 282-283.

princípio da dignidade da pessoa humana, cuja Constituição encarregou-se de assegurar e transformar em matéria jurídica: o mínimo existencial.

É precisamente em relação a esta esfera, formada pelas condições materiais básicas, que não se pode deixar de reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica, isto é, a exigibilidade da prestação em si perante o Poder Judiciário, sob pena de voltar-se ao tempo em que as normas constitucionais eram meros conselhos, dependentes e sujeitos à atividade do Legislador. Desta forma, assiste razão à Ana Paula de Barcellos quando afirma que esta é uma hipótese em que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se aplica como regra, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, pois “não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites”.¹⁶⁰

Como dito, a base desse entendimento está assentada no respeito à pessoa humana, e tal consideração motiva a colocar até mesmo as categorias mais patrimoniais do direito a serviço da pessoa, afinal controlar os bens de produção equivale a controlar os meios de subsistência. Corroborando para esta tese, faz-se mister aludir à lição de Luiz Edson Fachin, para quem o ordenamento jurídico está indiscutivelmente vinculado à realização do princípio da dignidade da pessoa humana:

Poderia ser demasiadamente prosaico asseverar que o Direito tem muito a dizer sobre a felicidade individual e o bem estar coletivo. Não o é. E a aspiração à felicidade também tem muito a informar o Direito, como, por exemplo, reclamando mecanismos que garantam um mínimo possível da vida digna.¹⁶¹

Aceitas essas premissas, o problema passaria a ser delimitar este mínimo existencial, que informa o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana. Muitos céticos poderiam supor que o mínimo existencial seria apenas mais um conceito de formulação aberta, sujeito a manipulação por parte dos magistrados, justificando, na prática, suas convicções políticas. Assim não se passa, acredita-se

¹⁶⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 253. A respeito da tradicional formulação das regras como preceitos jurídicos submetidos ao “tudo ou nada” ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tal autor reconhece que os direitos fundamentais são trunfos, prerrogativas decorrentes dos princípios da comunidade, que podem ser invocados até mesmo contra o princípio majoritário.

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 243.

que é possível afirmar, com seriedade intelectual, que uma pessoa não tem um núcleo mínimo de direitos respeitados quando passa fome e não tem o que comer ou vestir, quando não tem a oportunidade de ser alfabetizada, quando padece de uma séria doença e não tem acesso a medicamentos que poderiam lhe ajudar.

Segundo Marcos Maselli Gouvêa, “consiste o mínimo existencial de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana”.¹⁶² Tais direitos são elevados, por certo, a um status axiológico superior, e englobam não apenas os direitos de liberdade, mas alguns direitos sociais mínimos, sem os quais os direitos de primeira dimensão permanecem um mero esquema formal. Ora, não é difícil reconhecer que um mínimo social é indispensável à fruição da vida e da liberdade, pois, fora desta esfera, o cidadão não teria autonomia suficiente para fazer suas próprias escolhas.

Logo, não se desconhece que também fazem parte deste mínimo existencial os chamados direitos de liberdade, mas pelo fato de que sua normatividade já se encontra consolidada – existindo até mesmo instrumentos processuais para isso –, opta-se por dar ênfase a outros direitos, como o direito à saúde, que estão contidos neste mínimo existencial, porém carecem de um tratamento doutrinário mais adequado.

Ademais, a liberdade não tem valor algum sem os pressupostos fáticos para a sua fruição, daí porque mínimo existencial é um requisito para o exercício da cidadania. Por isso mesmo, subscreve-se aqui a crítica de Zygmunt Bauman ao apontar o erro de alguns simpatizantes desta idéia que não colocam no rol de argumentos em seu favor a restauração da cidadania e do sentimento republicano. O caráter fundamental do mínimo existencial deve também abranger o fato de que se trata de um pré-requisito para o correto funcionamento da democracia.¹⁶³

Pois bem, retornando ao problema da delimitação do conteúdo do mínimo existencial, defende-se que a partir do exame sistemático da Constituição de 1988, é possível apreender quatro elementos que estariam necessariamente inseridos na sua moldura, três materiais e um instrumental: a saúde, a educação, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Como destaca Ana Paula de Barcellos,

¹⁶² GOUVÊA, op. cit., p. 257.

¹⁶³ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 184.

não se está diante de uma escolha aleatória, estes quatro elementos integram uma estrutura lógica de fácil demonstração¹⁶⁴.

Com efeito, a saúde é o primeiro elemento da dignidade da pessoa humana, sem a qual a manutenção da vida não é possível. A educação, juntamente com a saúde, representa uma condição inicial para que o indivíduo possa construir sua dignidade autonomamente. A assistência aos desamparados é uma garantia de que a dignidade não venha a cair abaixo de um patamar mínimo e o acesso à justiça é o elemento instrumental pelo qual se pede socorro quando tais direitos mínimos são violados.¹⁶⁵

Enfim, importa por ora assinalar que o direito à saúde está inserido no conteúdo deste mínimo existencial e, via de consequência, não há como se negar a existência de um conjunto de prestações sanitárias exigíveis diretamente perante o Poder Judiciário. Dito em outras palavras: a necessidade de equilíbrio corporal para manutenção do *status vivendi* foi recepcionada pelo núcleo material da Constituição, a ponto de que, neste âmbito de discussão, inexistem óbices para que o Poder Judiciário determine no caso concreto o fornecimento da prestação de saúde, independentemente da omissão específica da Administração ou do Legislativo.

Mas, ainda assim, há uma outra questão preocupante que se refere à aplicação do princípio da igualdade nesta esfera. Afinal, se todos são igualmente dignos, poder-se-ia pensar, primeiramente, que não é lícito proceder qualquer distinção neste campo de análise com base em argumentos pessoais ou particulares. Assim, não seria difícil imaginar que a eficácia positiva do direito à saúde estaria subordinada a uma relação custo-benefício, isto é, ao julgar este tipo de demanda deveria levar-se em conta que o dinheiro a ser utilizado seria melhor aplicado ao fornecer um mesmo benefício para o maior número de pessoas.¹⁶⁶

Tal parâmetro, eivado de uma lógica utilitarista, está indubitavelmente sujeito a uma série de críticas. Segundo esta lógica baseada em argumentos econômicos, justifica-se o sacrifício de alguns na medida em que ação política se reverta na distribuição de riquezas em benefício da maioria, o que faz sentido sob um ponto de vista majoritário, mas não se harmoniza com a idéia de igualdade substancial.¹⁶⁷

¹⁶⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 258-259.

¹⁶⁵ Ibid., p. 259.

¹⁶⁶ Ibid., p. 280.

¹⁶⁷ DWORKIN critica o utilitarismo sob o fundamento de que há uma diferença entre direitos institucionais e metas coletivas. Para este autor, por vezes, é preciso defender o direito individual de

Não é possível colocar um preço na vida de um indivíduo. Ademais, o mínimo para um portador de câncer num estágio em que somente um determinado tratamento pode salvá-lo, transfigura-se, na verdade, num máximo.

Portanto, além de um mínimo vital estrito, a doutrina dos direitos fundamentais autoriza o reconhecimento de um *mínimo digno*. Este mínimo, certamente não abrange condições exteriores para o exercício de liberdades (como a pretensão de imposição judicial de um subsídio aos fabricantes de carro para maximização do direito de ir e vir), mas sim as condições necessárias para que o indivíduo possua efetiva autonomia interior. Evidentemente, dentro deste esquema a sobrevivida não está sujeita a ponderações, porém acredita-se que é possível ir mais longe e reconhecer que o mínimo digno implica no reconhecimento de condições psíquicas e corporais que mantenham uma pessoa apta a valer-se das oportunidades que a sociedade oferece.¹⁶⁸

Bem se vê, nesta visão diversa, que “o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo”.¹⁶⁹ Por isso mesmo, encontram-se justificadas justamente as prestações materiais que garantam à pessoa o grau de autonomia suficiente para construir sua vida e o espaço público.

A lógica deste critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a um conjunto comum básico de prestações de saúde, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, somado, porém, às exigências imediatas que seu estado de saúde vier a requerer. Neste momento, a igualdade substancial impõe que os desiguais sejam tratados desigualmente, sendo que tais prestações são exigíveis em relação ao Poder Público caso este não as preste voluntariamente.

É interessante observar que todas estas conclusões se harmonizam com boa parte das prioridades estabelecidas pela própria Constituição para a área de saúde, como: (i) prestação de serviços de saneamento básico (art. 23, IX, 198, II, e

uma pessoa, desconsiderando-se o impacto que essa decisão possa ter sobre metas coletivas. O importante em uma decisão não é o fato de que promove o cumprimento de uma meta coletiva fomentada, mas sim o fato de que realça “o compromisso político com um sistema de governo que torna decisivo um apelo a tal direito em casos específicos” (op. cit., p. 150).

¹⁶⁸ GOUVÊA, op. cit., p. 263.

¹⁶⁹ FACHIN, op. cit., p. 281.

200, IV); (ii) atendimento materno-infantil (art. 227, § 1º, I); (iii) ações de saúde com enfoque de proteção, promoção e recuperação (art. 196, *caput*); (iv) ações de medicina preventiva, em especial com relação a questões epidemiológicas (art. 198, II e art. 200, II).¹⁷⁰ Portanto, o enfoque pretendido pelas normas constitucionais foi balizado pela premissa de que um mínimo existencial encerra todas as prestações possíveis e necessárias para a prevenção e recomposição do estado de saúde de todas as pessoas, merecendo estas viver condignamente.

3.4 PROBLEMA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO ENTRE O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA PRIVADA

Vinculado ao tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CR), está a chamada “eficácia horizontal” ou “eficácia em relação a terceiros” dos mesmos. Quer-se com isto delimitar um espaço de análise que parte da premissa de que os direitos fundamentais, para além de vincularem todos os poderes públicos, exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações particulares. Tal problemática recebeu atenção específica na doutrina lusitana, em virtude da consagração explícita na Constituição Portuguesa, art. 18 (1ª parte), de que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Para ter-se uma melhor idéia da dimensão do problema, traz-se à colação alguns casos e hipóteses formulados por Canotilho¹⁷¹ ao iniciar a sua abordagem do tema:

(1) Uma empresa industrial celebrou contratos de trabalho em que os trabalhadores renunciaram a qualquer atividade partidária e à filiação em sindicatos. Se as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (inclusive as de liberdade política), vinculam as entidades privadas, como reagir contra o desvalor constitucional de tais contratos de trabalho?

(2) A Senhora X havia sido contratada como professora por um colégio particular, vinculando-se à “clausula do celibato”. Posteriormente, ela celebrou casa-

¹⁷⁰ BARCELLOS, op. cit., p. 281.

¹⁷¹ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1285-1286. Adverte-se, contudo, que os problemas expostos representam apenas algumas dentre as hipóteses em uma lista mais longa arroladas pelo constitucionalista lusitano.

mento e a empresa proprietária do colégio desencadeou um procedimento de despedimento, invocando a violação da referida cláusula contratual. Pode a Senhora X contestar a ação de despedimento com base no direito fundamental de liberdade individual?

(3) Uma escola particular de alunos deficientes, subsidiada pelo Estado, recusa-se a receber crianças deficientes não batizadas ou cujos pais professem uma religião diferente da ensinada nessa escola. Poderão os pais dessas crianças recorrer diretamente à liberdade de culto e religião para garantir o acesso destes menores à entidade educacional?

Percebe-se, assim, a indiscutível importância desta temática (eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares) não apenas para o Direito Constitucional como um todo, mas para a investigação realizada neste trabalho, afinal, a própria Constituição Brasileira, em seu art. 199, *caput*, estabelece que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. E se o direito à saúde também pode estar em jogo nas relações entre particulares, deve-se adentrar o debate acerca da eficácia horizontal sabendo que não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais, mas também outros cidadãos, nas relações privadas travadas entre si.¹⁷²

Um primeiro passo dado neste sentido foi o reconhecimento de que certas empresas e outras “forças sociais”, sobretudo em razão do capital financeiro que ostentam, podem alcançar um nível tal de poder que lhes permite influir diretamente nas decisões tomadas pelos indivíduos no âmbito da chamada “autonomia privada”. Contudo, a despeito da sua inegável importância, o reconhecimento deste fato representa apenas um primeiro momento da discussão, pois, quando aqui se falar em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quer-se com isso incluir todos os particulares em todas as relações entre si, e não somente as relações dos indivíduos com as grandes corporações, o que poderia transmitir uma falsa idéia de que somente estas estariam vinculadas aos direitos fundamentais.¹⁷³

Ainda assim, há quem acredite que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas seja um problema ilusório, pois o art. 5º, § 1º, da CR dispõe de maneira clara que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não havendo o que se questionar

¹⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52.

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 53.

acerca da vinculação dos particulares. Logo, segundo esta vertente de pensamento, não cabe ao intérprete limitar o alcance de tão relevante disposição, se o próprio legislador não a restringiu.

Não parece, contudo, que este raciocínio simplista esteja apto a encerrar a discussão, eis que, de plano, confunde dois conceitos importantes: aplicabilidade e eficácia. Ora, não é possível colocar no mesmo plano a aptidão de uma norma para produção de seus efeitos e sua aplicabilidade a um caso concreto, pois esta última implica numa consideração a respeito da ligação entre os fatos e a norma que rege a situação. Portanto, nem toda norma apta a produzir efeitos é, desde sempre, aplicável a qualquer relação jurídica. Isto pode soar trivial, mas indica que o fato de que todas as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata não autoriza a sua incidência em toda relação, reflexão que não poderia deixar de ser válida para as relações privadas.¹⁷⁴

Ademais, como estudado anteriormente, os direitos fundamentais surgem, historicamente, com uma função bem definida: proteger o indivíduo contra violações por parte do Estado. Esta é sua função primordial, sobre a qual sua estrutura foi moldada ao longo do tempo. Evidentemente, isto não significa que esta seja sua única e exclusiva função, mas este fato já é capaz de sinalizar que, além da mera afirmação da vinculação interprivada, existe uma questão da técnica de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares que, por certo, diferencia-se daquela entre o particular e o Poder Público. Outra questão essencial nesta área de estudo reside em saber *como e de que forma* é concebida a eficácia horizontal, ou seja, qual sua amplitude e intensidade, qual o seu *modus vinculandi*.¹⁷⁵

Enfim, tudo isso demonstra que se está diante de um assunto que não admite respostas imediatistas e exige um equacionamento entre dois pontos importantes de vista: (i) o do constitucionalista que, vendo a Constituição no topo do ordenamento jurídico, não vislumbra qualquer motivo para o afastamento dos direitos fundamentais da seara privada; e (ii) o do estudioso do direito privado que, preocupado com a força dos direitos fundamentais, entende que estes podem eliminar completamente a autonomia da vontade, diluindo a essência da sociedade civil.

Cumprido, neste momento, seguir adiante na presente dissertação fazendo alusão a duas teorias que, desde os primeiros debates sobre o tema, estabeleceram

¹⁷⁴ Ibid., p. 55-57.

¹⁷⁵ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 364.

uma controvérsia que perdurou durante longos anos: (i) Teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, direkte Drittwirkung*), em que os direitos, liberdades e garantias, aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre as entidades privadas (individuais e coletivas); e (ii) Teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte Drittwirkung*), em que os direitos, liberdades e garantias, teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois sua vinculatividade seria exercida *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito constitucional.¹⁷⁶

Não obstante, segundo Canotilho e Alexy, ambas as teorias são insuficientes para resolver o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada em face da variedade de situações que podem surgir, bem como da pluralidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais. O grande problema dos referidos modelos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a sua pretensão de completude, pois todos eles pretendem dar uma resposta completa e satisfatória do fenômeno. Por isso mesmo, a discussão sempre pecou por assumir um pressuposto falso, que é aquele de que uma das duas teorias, isoladamente considerada, seria sempre capaz de oferecer “a resposta correta” sobre o problema abordado.¹⁷⁷

Neste sentido, principiar pela grande preocupação dos pensadores em geral ao tratar da eficácia interprivada dos direitos fundamentais oferece um caminho interessante para responder melhor a questão posta em discussão. Não foram poucos os que atentaram, como o próprio Konrad Hesse, para o perigo de uma “colonização do direito privado”, sustentando que a aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações entre particulares poderia colocar em risco um “núcleo irreduzível” da autonomia privada. Em suma, argumentava-se que o constante recurso aos direitos fundamentais traria um “inchaço” indesejável para este espaço de auto-regulamentação de interesses privados, encerrando por afetá-lo em sua substância.¹⁷⁸

¹⁷⁶ CANOTILHO, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, p. 1286-1289. Ver também: MALISKA, op. cit., p. 118-120.

¹⁷⁷ Apud. SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 144. E também, no mesmo sentido, CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1289.

¹⁷⁸ HESSE, Konrad. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?** a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros,

De fato, partindo da doutrina tradicional que concebe os direitos fundamentais como irrenunciáveis, inalienáveis e inegociáveis, ter-se-ia que qualquer relação contratual que afetasse um direito fundamental dentro da ordem privatística seria nula. Todavia, assim não ocorre. Aliás, o próprio ordenamento constitucional estabelece limitações aos direitos fundamentais quando dispõe, por exemplo, que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (art. 217, § 1º, CR). E o mesmo fenômeno de limitação dos direitos fundamentais não poderia deixar de se verificar na esfera privada: quando um homem, com o intuito de ser padre, entra para o seminário na Igreja Católica, abdica de seu direito fundamental a construir uma família.¹⁷⁹

Não há, portanto, como adentrar a discussão da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares sem admitir que, de alguma forma, é possível negociá-los ou mesmo oferecer-lhes novos contornos dentro da autonomia privada. Isso, porém, não significa que esta restrição seja ilimitada. É preciso não perder de vista que as eventuais conformações ou restrições que os direitos fundamentais venham a sofrer na esfera privada jamais podem atingir o seu núcleo essencial, isto é, a autonomia da vontade não pode desfigurar o direito fundamental a ponto de este perder sua essência.¹⁸⁰

Por outro lado, a combinação da autonomia privada com os direitos fundamentais também deve levar em conta que a autonomia privada não é um direito fundamental e, por isso, não está sujeita a ponderação. Em verdade, a autonomia privada é um princípio formal, uma regra de competência decisória que fornece razões para que acordos celebrados no âmbito privado sejam respeitados. Trata-se de um princípio desprovido de conteúdo – daí não ser possível sua ponderação, pois não há parâmetro de comparação –, e sua função precípua é assegurar competências aos atores privados, emergindo assim sua qualificação como princípio formal.¹⁸¹

2003. p. 113. Ver também: UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 50-51.

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 41

¹⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 160.

Um outro exemplo de princípio formal pode ser vislumbrado no princípio democrático, que fornece competência decisória para que o Legislador passe a editar leis. Sem embargo, da mesma forma que o Legislador não está autorizado a ignorar os direitos fundamentais, também o particular não pode celebrar seus acordos privados em desconformidade com os direitos fundamentais. A questão orbita em torno do reconhecimento dos direitos fundamentais como um limite interno, um pressuposto para o exercício da autonomia da vontade, e não um agente externo, a limitar seu conteúdo.

Sobre o assunto, faz-se mister tomar como referência os ensinamentos de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes:

A autonomia privada já foi concebida como um verdadeiro espaço em branco conferido pela lei para que os particulares o preencham na medida em que exerçam suas atividades jurídicas. [...] Contudo, o conceito de autonomia privada vem sendo reformulado pela doutrina contemporânea. Não mais se deve entender que os valores constitucionais criam limites externos à autonomia privada, mas, antes, informam seu núcleo funcional. A autonomia privada não consiste, definitivamente, em um “espaço em branco” deixado à atuação da liberdade individual, mas, ao contrário, apenas recebe tutela na medida em que se conforme aos valores constitucionais.¹⁸²

Assim, os agentes particulares que atuam no comércio com fulcro na prerrogativa da autonomia privada não podem atentar contra o direito à saúde, afinal é a própria Constituição, logo no início do art. 197, que fixa a idéia de que são de relevância pública todas as ações e serviços de saúde. O respeito ao direito à saúde é um pré-requisito para o válido exercício da autonomia privada, podendo o particular amoldá-lo a situação concreta – por exemplo, caso de um seguro de saúde que oferece planos em que não há cobertura completa –, mas nunca a ponto de esvaziá-lo – por exemplo, um hospital particular que é o único que realiza um determinado tratamento vital para certas doenças não pode negar a internação de pacientes com base no direito de propriedade.¹⁸³

¹⁸² TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 211.

¹⁸³ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito à saúde se sobrepõe ao direito de propriedade na seguinte decisão: “MEDICO. DIREITO DE INTERNAR E ASSISTIR SEUS PACIENTES. COD. DE ETICA MEDICA APROVADO PELA RESOLUÇÃO CFM N. 1.246/88, ART. 25. DIREITO DE PROPRIEDADE. COD. CIVIL, ART. 524. Decisão que reconheceu o direito do médico, consubstanciado na resolução, de “internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitados as normas técnicas da instituição”, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido o art. 524 do Cód. Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações. constituição, art. 5. - XXIII. 2. e livre o exercício de qual trabalho. A saúde é direito de todos. Constituição arts. 5.

Para encerrar, cumpre registrar a proposta de Canotilho, que propugna a superação da tese da eficácia mediata/imediata em favor de soluções diferenciadas conforme as circunstâncias do caso concreto e da natureza do direito fundamental em questão. Apresenta-se, deste modo, a partir da metódica de diferenciação estabelecida pelo referido autor, cinco grupos ou constelações de configurações jurídicas em que se faz possível a aplicação dos direitos fundamentais sobre as relações particulares, estudando sua respectiva amplitude e intensidade.¹⁸⁴

Primeiramente, têm-se os casos em que as normas consagradoras de direitos fundamentais, elas próprias, estabelecem a eficácia destes direitos na ordem jurídica privada. Conseqüentemente, a eficácia é imediata, podendo os particulares, nas suas relações com outros sujeitos privados, apelar imediatamente para as normas constitucionais que, de forma expressa, vinculam os atos dos entes sujeitos aos direitos fundamentais.¹⁸⁵

O segundo grupo diz respeito à eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada. Para solução, esse atua de forma vinculada aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, na ocasião da edição das normas que passarão a regular esta seara (vinculação imediata). Aqui, trata-se, em verdade, da problemática atinente à vinculação das entidades públicas, em especial, do Poder Legislativo.¹⁸⁶

O terceiro grupo dispõe acerca da eficácia horizontal imediata e o poder de mediação do juiz. Nesta hipótese, os magistrados devem fazer uma aplicação do direito privado legalmente positivado em conformidade com os direitos fundamentais pela via da interpretação conforme a Constituição; devem declarar a inconstitucionalidade da lei violadora dos direitos fundamentais, se for o caso; devem interpretar os direitos fundamentais não apenas através das cláusulas gerais e conceitos indeterminados (boa-fé, abuso de direito, etc.), mas também através das próprias

- XIII e 196. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 27039, Relator Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, DJ 07.02.1994). Para uma visão mais aprofundada, ver os comentários sobre a decisão em: SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v.6 (abril/junho 2001) Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 159-182.

¹⁸⁴ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1289.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 1290.

¹⁸⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1291. Interessante, outrossim, mencionar que a Constituição Alemã, ao regular a aplicabilidade dos direitos fundamentais, dispõe de maneira expressa que os direitos fundamentais vinculam diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1º, 3ª parte) (MALISKA, op. cit., p. 125).

normas consagradoras e defensoras dos bens jurídicos absolutos (vida, liberdade, igualdade, saúde).¹⁸⁷

No quarto grupo coloca-se a delicada questão dos chamados “poderes privados”, partindo-se sempre da premissa de que a agressão aos direitos fundamentais pode resultar não apenas dos poderes públicos, mas também de poderes sociais ou privados.¹⁸⁸ No fundo, a discussão envolve a problemática geral do domínio de certos “grupos de poder”, da representação de interesses organizados, do “corporativismo”, o que se vislumbra, por exemplo, no caso dos bancos ou grandes grupos farmacêuticos. Na acepção de Canotilho, a proteção dos direitos fundamentais deverá, nestas hipóteses, atuar em grau máximo, quando verificada a *situação de desigualdade* entre as partes.¹⁸⁹

Já o quinto grupo refere-se ao núcleo irreduzível da autonomia pessoal. Neste caso, poder-se-ia afirmar o limite da eficácia horizontal. Só aqui se pode dizer não implicar a eficácia imediata dos direitos fundamentais proibir-se aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado. Citam-se os seguintes exemplos: o pai que favorece um filho e desfavorece outro por meio da cessão da quota-parte disponível da sua herança, ou o locador que promove ação de despejo por falta de pagamento em relação a um inquilino, porém simplesmente abdica desse direito em relação a outro inquilino.¹⁹⁰

Como se percebe, a efetivação do direito à saúde é um fenómeno bastante complexo que pode apresentar, na prática, uma série de nuances que, igualmente, exigem consideração por parte do operador jurídico. Tanto aspectos jurídicos quanto pragmáticos devem ser levados em conta pelo aplicador do direito, pois o jurisdicionado deve efetivamente receber o melhor juízo possível acerca do litígio

¹⁸⁷ Ibid., p. 1292.

¹⁸⁸ Com base nesta idéia, Sarlet afirma, de maneira absolutamente coerente, que também o princípio da dignidade da pessoa humana vincula os particulares: “Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula também no âmbito das relações entre os particulares. No que diz com tal amplitude deste dever de proteção e respeito, convém aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e património – e, portanto, poder econômico, maior que o de muitos Estados), embora não se constitua em objeto desta investigação, não poderia passar despercebido e, portanto, merece ao menos breve registro” (**Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 112).

¹⁸⁹ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1293.

¹⁹⁰ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1294.

posto à apreciação do magistrado. No capítulo que segue são analisadas questões específicas sobre a prática jurídica que pode desenvolver-se com o intuito de proteção da integridade psicofísica do ser humano.

4 MEIOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CAMINHOS A SEREM TRILHADOS

Neste derradeiro capítulo, dedica-se um espaço para estudar, a partir de um plano mais concreto, alguns caminhos, dentre os vários possíveis, para efetivação do direito à saúde. Com base nas premissas anteriormente estabelecidas, as dificuldades da população em geral na obtenção de tratamento psicofísico, ou melhor, na manutenção do equilíbrio humano como exigência de uma ética-material, são abordadas em três grandes linhas. Primeiramente, é analisada a questão da proteção judicial do direito à saúde, com ênfase no tratamento das demandas que envolvem concessão de medicamentos, na promoção da saúde coletiva através do saneamento básico e no cuidado com a saúde psíquica dos indivíduos. Mais à frente, a instituição do Ministério Público, que recebeu a missão constitucional de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, é pensada como instrumento de realização do direito à saúde. Por fim, a participação popular é arrolada como fonte de legitimação democrática das políticas públicas afirmativas que envolvem a área da saúde.

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

Até o presente momento dessa reflexão, trilhou-se um caminho, estudando inicialmente a fundamentação filosófica do direito à saúde e, posteriormente à concepção desse direito dada pelo nosso ordenamento jurídico. Demonstrou-se, por meio de argumentos jurídicos, que a principal dificuldade de alcance está na efetividade, seriamente ameaçada, ante a visão equivocada de que a interpretação das normas programáticas, em especial aquelas que regem o direito à saúde, fossem passíveis de transformar o texto constitucional em promessa inseqüente. Postulou-se então, com base na análise da teoria dos direitos fundamentais, a justiciabilidade do direito à saúde. Contudo, há quem entenda que, inexistindo parâmetros para o balizamento das decisões judiciais, a eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas que disciplinam o direito à saúde poderiam conduzir a um inaceitável subjetivismo do julgador, o que ensejaria um certo “desprezo” pela prerrogativa da livre formulação de programas políticos pelos órgãos

investidos através de sufrágio.¹⁹¹ Procurar-se-á, ao longo deste tópico, contrapor esta tese, sustentando que o tratamento do direito à saúde pelo Poder Judiciário pode ser revestido de racionalidade e razoabilidade, bem como indicando instrumentos normativos já existentes que servem como ponte para transmutar do plano normativo para o plano da realidade a realização desse direito fundamental, objeto da presente dissertação.

4.1.1 Resguardo da saúde física e demanda judicial por medicamentos

Como ressaltado anteriormente, o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz-se em bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.¹⁹²

Ademais, o direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.¹⁹³ Portanto, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Daí a necessidade de tecer algumas considerações sobre o acesso da população brasileira a medicamentos por meio do Poder Judiciário, uma vez que, segundo o próprio Ministério da Saúde, 52% dos brasileiros abandonam o trata-

¹⁹¹ “Há quem entenda, porém, que esta série de circunstâncias restritivas da atuação do magistrado não são suficientes, e que ainda assim o modelo proposto conduz a inaceitável subjetivismo, com prejuízos para a livre formulação de programas políticos pelos órgãos investidos pelo sufrágio. A relativa imprecisão do mínimo existencial como parâmetro para a tutela judicial das prestações estatais positivas é equiparada, por alguns autores, a ‘nenhuma’ pauta, a ‘nenhum critério” (GOUVÊA, **O controle judicial das omissões administrativas...** p. 265).

¹⁹² RE 271286 AgR/RS, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000.

¹⁹³ É a lição de Germano Schwartz: “[...] não se pode falar em uma vida digna sem saúde. Ter saúde é o primeiro requisito de uma vida minimamente satisfatória. Assim, é necessária a construção de um novo horizonte de sentido para a saúde – tanto para a sociedade, como para o Judiciário” (**Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 172).

mento médico por dificuldade financeira.¹⁹⁴ Isso se torna ainda mais crítico no caso de doenças crônicas, que exigem uso contínuo de medicação, pois nestes casos um elevado percentual de pacientes, seja pela realização de um tratamento inadequado ou pela sua interrupção precoce, acabam por desenvolver doenças secundárias, culminando em internações hospitalares e óbitos.

Como é de conhecimento geral, o Sistema Único de Saúde – SUS, cujas linhas mestras se encontram nos artigos 198 e 200 da CR, visa a integralidade da assistência à saúde, individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este (medicamento) deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

Assim, com o intuito de amenizar o problema do acesso da população em geral aos medicamentos, o Governo Federal criou a Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) e, dentro dela, o Departamento de Assistência Farmacêutica – DAF¹⁹⁵. A criação do DAF foi o primeiro passo para a institucionalização da Assistência Farmacêutica no Ministério da Saúde, com estrutura própria e a atribuição de formular e implementar a Política Nacional de Medicamentos.

Mais tarde, com a implantação do programa Farmácia Popular do Brasil pela Lei nº 10.858/2004 – regulada pelo Decreto nº 5090/2004 -, elaborado pelo Governo Federal para ampliar o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, a Política Nacional de Medicamentos ganhou força nova. A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), órgão do Ministério da Saúde e executora do programa, adquire os medicamentos de laboratórios farmacêuticos públicos ou do setor privado e disponibiliza nas farmácias a preço abaixo de custo.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Dados do Ministério da Saúde obtidos em seu sítio oficial na internet: <http://www.saude.gov.br>. Acesso em: 09/10/2006.

¹⁹⁵ Tal Departamento foi criado pelo Decreto nº 4.726, de 09 de junho de 2003, posteriormente, alterado pelo Decreto nº 5.678, de 18 de janeiro de 2006 que no seu art. 2º, II, “c”, item 1 ampliou sua denominação para Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos, que tem a seguinte redação: Art. 2º. O Ministério da Saúde conta com a seguinte estrutura organizacional: [...]. II órgãos específicos singulares: [...]. c. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos: 1. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos.

¹⁹⁶ Lei nº 10.858/2004: “Art. 1º. Esta Lei trata da disponibilização de medicamentos pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), mediante ressarcimento, visando a assegurar à população acesso à produtos básicos e essenciais à saúde à baixo custo. Parágrafo único. Além da autorização de que trata o caput deste artigo, a Fiocruz poderá disponibilizar medicamentos produzidos por laboratórios oficiais da União ou dos Estados, bem como medicamentos e outros insumos definidos como necessários para a atenção à saúde. [...] Art. 3º. Para os efeitos do disposto no parágrafo único do

As doenças selecionadas para dar início ao programa de expansão (diabetes e hipertensão) foram escolhidas devido à alta incidência entre a população brasileira e pelo elevado percentual de pacientes inadequadamente tratados. Todavia, atualmente, a lista completa de medicamentos abrangidos pelo programa (marcas e genéricos) contém aproximadamente 200 apresentações e está disponível no sítio oficial do Ministério da Saúde na internet (<<http://www.saude.gov.br>>).

Tanto para o consumidor quanto para o Estado a vantagem é clara: com preços reduzidos até 90% em média¹⁹⁷, inúmeros pacientes que normalmente não teriam condições de iniciar ou manter um tratamento adequado poderão fazer uso dos medicamentos prescritos. No presente estágio de desenvolvimento do programa, todos os Estados da Federação possuem farmácias populares, que podem também ser implantadas em parceria com governos municipais e entidades filantrópicas, haja vista a expansão do programa prevista na Portaria nº 491/GM, de 9 de março de 2006.

Já o tratamento da AIDS (sigla proveniente do inglês: *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, cuja tradução em português corresponde à expressão Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou SIDA), que é uma doença que se manifesta após a infecção do organismo humano pelo Vírus da Imunodeficiência Humana, mais conhecido como HIV (também do inglês: *Human Immunodeficiency Virus*), possui regulamentação específica. A Lei nº 9.313/96 atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a responsabilidade solidária no tocante ao fornecimento de medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença.¹⁹⁸

art. 1º desta Lei, a Fiocruz poderá firmar: I – convênios com a União, com os Estados e com os Municípios; e II – contratos de fornecimento com produtores de medicamentos e outros insumos necessários para a atenção à saúde”. Com relação à cobrança, convém ponderar que ainda que se constitua o serviço uma forma de ampliar o acesso à saúde, é possível questionar a validade da sua cobrança à luz do art. 196 da CR que garante acesso universal, igualitário e gratuito. Aliás, tem-se notícia da propositura da Ação Civil Pública nº 2005.38.00.018834-1 pelo Ministério Público Federal perante a 16ª Vara da Seção Judiciária Federal de Minas Gerais questionando a constitucionalidade da cobrança e do próprio programa denominado Farmácia Popular no âmbito daquele Estado da Federação. Todavia, pretende-se com a exposição apenas destacar que o Estado dispõe de uma estrutura de acesso facilitada e de baixo custo a vários medicamentos.

¹⁹⁷ Dado expresso na Portaria nº 491/GM, de 9.03.2006, que vem sendo perseguido pelo Ministério da Saúde, consoante percebe-se do contido na nota que divulgou a inauguração da 223ª farmácia popular no município mineiro de Ipatinga, em 26.10.2006, em seu sítio mencionado no final do parágrafo anterior.

¹⁹⁸ Lei nº 9.313/1996: “Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. § 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema

Nesse ponto, andou muito bem o Legislador, pois em se tratando de vírus que age no interior das células do sistema imunológico e, conseqüentemente, prejudica sensivelmente a capacidade de defesa do corpo humano, não há como se negar a urgência e a necessidade de fornecimento dos medicamentos anti-retrovirais (ARV), destinados ao tratamento da AIDS. Em face das conseqüências acarretadas pela doença em questão, o Poder Judiciário fica autorizado a determinar o imediato fornecimento dos anti-retrovirais (ARV), com respaldo legal específico.

Pois bem, a partir desta visão panorâmica da política farmacológica do Estado, é possível perceber que o problema da “reserva do possível”, tal qual colocado nas contestações das demandas que postulam medicamentos perante o Poder Judiciário, não é tão dramática.¹⁹⁹ Ora, ao deferir uma liminar determinando o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, está o magistrado apenas cumprindo a disciplina do próprio legislador infraconstitucional. De outra parte, em relação a muitos outros remédios, sobre o qual recai o dever genérico de assistência estatal, o Poder Público dispõe de um sistema de acesso a fármacos produzidos com baixo custo.

Mesmo para os medicamentos que se encontram fora do programa Farmácia Popular do Brasil, não se acredita que ao pronunciar-se favoravelmente ao pleito do demandante esteja o juiz exercitando suas predileções pessoais, mas, ao contrário, apenas dá efetividade aos preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, *caput*, e 196) e pratica, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente

Único de Saúde. § 2º A padronização de terapias dev erá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado. Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento”.

¹⁹⁹ Lembre-se que a teoria do mínimo existencial garante um núcleo de proteção do qual não pode o Estado eximir-se ao fornecimento de medicamentos. Ademais, a reserva do possível não se presume devendo ser comprovada pela entidade estatal. É o que ensina Gouvêa: “Ainda que se admita o argumento da reserva do possível, é forçoso ter em mente, em primeiro lugar, que tal contingenciamento não se presume, devendo ser demonstrado pela Administração. Demais disto, mesmo diante de um quadro de carência financeira será possível determinar-se coercitivamente a implementação de um direito prestacional – notadamente ao fornecimento de remédios – (...)” (O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id507.htm>. Acesso em 24/01/2007.)

daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.²⁰⁰

Evidentemente, isto não significa que todo requerimento de tutela jurisdicional envolvendo medicamentos deva ter inexoravelmente um desfecho favorável ao autor. É preciso lembrar que a eficácia plena e a aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde não dispensam uma avaliação a respeito da ligação entre os fatos e a norma que rege a situação apresentada ao magistrado. Aliás, alguns arestos chegam a confundir o conceito de “direito líquido e certo” ao afirmar que o direito à saúde foi recepcionado pela Lei Fundamental com clareza suficiente para sua aplicação imediata; seria, portanto um direito certo e incontestável.²⁰¹ A par desta absoluta imprecisão técnica, certo é que a justiciabilidade do direito à saúde não dispensa que o requerente demonstre a necessidade do remédio postulado, bem como sua eficácia na cura da moléstia que lhe está afetando.

Por certo, no campo do direito à saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante, contudo, ainda que tal proposta apresente inúmeras dificuldades, faz-se mister ressaltar que cada dia mais se revela necessário que o magistrado utilize em sua argumentação recursos técnicos fornecidos por ciências não-jurídicas. Recorde-se que em um dos casos mais importantes para a jurisdição constitucional norte-americana – o caso *Brown v. Board of Education*, no qual se decidiu pelo fim da segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos – a menção pelo Juiz Relator Earl Warren a estudos psicológicos demonstrando que a separação de crianças da mesma idade gera um sentimento (nas crianças negras) de inferioridade, desempenhou papel fundamental no pronunciamento final da Supreme Court.²⁰²

²⁰⁰ Impende mencionar, sobre o assunto, o voto-vista do Ministro Eros Grau que, na Reclamação n.º 3034/STF, entendeu ser possível a quebra da ordem cronológica de precatórios, determinando o seqüestro de bens do Estado da Paraíba com fundamento nas condições críticas de saúde do reclamante. O argumento utilizado pelo Ministro Eros Grau pautou-se, em síntese, na excepcionalidade da situação: “Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu ‘valer’.”

²⁰¹ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “hoje, está pacífico o entendimento de que a certeza e a liquidez referem-se aos fatos; estando estes devidamente provados, as dificuldades com relação à interpretação do direito serão resolvidas pelo juiz. [...] Daí o conceito de direito líquido e certo como direito comprovado de plano, ou seja, o direito comprovado juntamente com a petição inicial” (**Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 639).

²⁰² MORO, **Jurisdição constitucional como democracia**, p. 38-43.

Tal estratégia de argumentação, a partir do auxílio de profissionais de outras searas do conhecimento (da psicologia, da medicina, dos conhecimentos tradicionais, etc.), dever ser largamente usada nas demandas envolvendo medicamentos. É o que ocorre nas lides em que se requer acesso a medicamentos não registrados no Brasil.²⁰³ Estar-se-á diante de um caso em que, através da ponderação, será possível outorgar ao requerente o bem da vida pretendido. Sem embargo, para superar a exigência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, terá o demandante um esforço redobrado na tarefa de convencimento do magistrado, pois deverá provar não somente a necessidade do medicamento e sua utilidade no tratamento da moléstia que lhe aflige, como também que o fármaco não produz efeitos lesivos à saúde, bem como que não foi registrado no Brasil por desinteresse da empresa produtora ou lentidão no processo de concessão do registro, porém cumpre todos os requisitos exigidos por lei.

Nesse sentido, discorda-se de alguns julgados que entendem ser a exigência de registro do medicamento nos órgãos oficiais uma “mera formalidade”²⁰⁴, eis que a disciplina oferecida pela Lei n.º 6.360, de 23.09.1976 e pelo Decreto n.º 79.094, de 05.01.1977, atualizada pelo Decreto n.º 3.961, de 10.10.2001– que estabelecem as condições para o registro de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos no Brasil – possuem um objetivo específico: proteger a saúde do usuário, exigindo das empresas que produzem medicamentos a comprovação

²⁰³A jurisprudência tem se posicionado favoravelmente à concessão de medicamentos a pacientes, mesmo quando o remédio solicitado judicialmente não possui registro no Brasil: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MENOR DE IDADE PORTADOR DE DOENÇA RARA - NECESSIDADE DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE NA LISTAGEM DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E INEXISTENTE NO BRASIL - AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA - IRRELEVÂNCIA - DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E À VIDA, CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO COM ABSOLUTA PRIORIDADE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE - LIMINAR CONFIRMADA - RECURSO NÃO PROVIDO. ‘Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.’(RE 195192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 31.3.00, pg. 60)” (TJ/PR, Agravo de Instrumento n.º 0152707-9, Relator Designado: Desembargador Antonio Lopes de Noronha, julgado em 09/03/2005). Idêntico entendimento foi esboçado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 0283029-5, de relatoria do Desembargador Paulo Habith, julgado em 28/06/2005. Já nas instâncias superiores, merece destaque o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ de 06.12.2004, no qual assentou o Superior Tribunal de Justiça que “[...] O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado”.

²⁰⁴STJ, REsp 684646, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 30.05.2005.

científica, através de laudos laboratoriais, da segurança, eficácia, qualidade, pureza e inocuidade do remédio a ser posto em circulação.²⁰⁵

Como dito anteriormente, até mesmo esta exigência (registro em órgão oficial) pode ser contornada, todavia não deve o julgador utilizar as normas que regem o direito à saúde de forma “religiosa”, acreditando que com o simples deferimento de uma liminar está salvando a vida do autor. A autorização para que o requerente utilize-se de um medicamento contra-indicado poderá apenas piorar seu estado de saúde. Daí exigir-se do juiz e das partes, nestas hipóteses, uma argumentação com base em dados físicos, químicos e biológicos – que pode ser realizada com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas –, estabelecendo-se um cotejo com as normas legais de controle dos insumos farmacêuticos.

4.1.2 Saúde coletiva: amparo à necessidade de saneamento básico

A falta de saneamento básico, além de prejudicar a saúde da população, eleva os gastos do governo com o tratamento das vítimas de doenças causadas pela falta de abastecimento de água potável, de um sistema de tratamento de esgoto e de coleta de lixo. Segundo estudo da Coordenação de Pós-graduação e Pesquisa em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 68% das internações em hospitais públicos são decorrentes de doenças causadas por água contaminada e, justamente por isso, cada dólar gasto em saneamento pelos governos provoca uma economia de 4 a 5 dólares em internações hospitalares.²⁰⁶

Verifica-se, portanto, a necessidade da implementação no Brasil de políticas de saneamento básico, ou seja, de um conjunto de medidas que visam a preservar ou modificar as condições do ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde. O saneamento básico se restringe ao abastecimento de água e disposição de esgotos, mas há quem inclua a coleta de lixo nesta categoria.²⁰⁷

²⁰⁵ DIAS, Hélio Pereira. **Flagrantes do ordenamento jurídico sanitário**. 2. ed. Brasília: ANVISA, 2004. p. 169.

²⁰⁶ Informações repassadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Pará, disponível via internet em: <http://www.sespa.pa.gov.br/Educação/saneamento.htm>. Acesso em 13/10/2006.

²⁰⁷ A Lei Federal n.º 11445/2007, recentemente promulgada e que deve ser considerada no âmbito das discussões que se travam da regulamentação da EC nº 29/00, ao estabelecer novas diretrizes nacionais em matéria sanitária, conceitua saneamento básico da seguinte forma: “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: consti-

Outras atividades de saneamento acessórias são: controle de animais e insetos, saneamento de alimentos, escolas, locais de trabalho e de lazer, e habitações.²⁰⁸

Normalmente qualquer atividade de saneamento tem os seguintes objetivos: controlar e prevenir doenças, melhorar a qualidade de vida da população, melhorar a produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica. A viga-mestra do saneamento básico está centrada no abastecimento de água com qualidade e na existência de uma rede de esgoto, pois é através da água parada, não escoada e não tratada, que se disseminam as doenças mais perigosas, como, por exemplo: poliomielite, hepatite tipo A, giardíase, diarreia bacteriana, diarreia por vírus, febre tifóide, febre paratifóide, cólera, ascaridíase, tricuriase, ancilostomíase, esquistossomose, filariose, etc.

A água própria para o consumo humano recebe a denominação de “água potável”. Para ser considerada como tal, ela deve obedecer aos padrões de potabilidade definidos pela Portaria Federal GM/MS/36 de 19 de janeiro de 1990.²⁰⁹ Se ela tem substâncias que modificam estes padrões ela é considerada poluída. As

tuído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas”.

²⁰⁸ Informações fornecidas pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Disponível em <<http://www.sabesp.com.br>> e <www.economiaabr.net/economia/3_saneamento_basico.html>. Acesso em 12/10/2006. O referido sítio eletrônico noticia a existência das seguintes obras sobre o assunto: MARTINS, Getúlio. **Benefícios e custos do abastecimento de água e esgotamento sanitário em pequenas comunidades**. São Paulo, 1995. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo; CARVALHO, Benjamim de. **Glossário de saneamento e ecologia**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental/IBGE, 1981; INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico** - 1989. Rio de Janeiro: 1992; BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Serviços de Saúde Pública. **Manual de saneamento**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1981.

²⁰⁹ Além dos dados físicos, químicos e biológicos, que determinam o padrão de potabilidade da água, cuja complexidade não recomenda transcrição neste momento, consta da referida Portaria que: “5. Sempre que forem verificadas alterações em relação ao padrão da água para consumo humano, o Serviço de Abastecimento Público e os órgãos de vigilância deverão estabelecer entendimentos para a elaboração de um plano de ação e a tomada das medidas cabíveis, sem prejuízo das providências imediatas para a correção da anormalidade. 6. O descumprimento das determinações desta Portaria sujeitará os responsáveis pelos sistemas de abastecimento público de água às sanções administrativas cabíveis, de acordo com o regime jurídico a que estiverem submetidos. 7. As autoridades sanitárias competentes dos Estados e do Distrito Federal, tendo em vista as condições locais, poderão estabelecer condições mais restritivas, bem como dispensar os Serviços de Abastecimento Público de Água da realização de determinada(s) análise(s) específica(s), uma vez verificada, por registros históricos e avaliações sanitárias, a inexistência do(s) componente(s) químico(s) em questão”.

substâncias que indicam poluição por matéria orgânica são: compostos nitrogenados, oxigênio consumido e cloretos.

Para o abastecimento de água, a melhor saída é a solução coletiva por meio de redes que funcionam sob o princípio dos vasos comunicantes ligados a cada domicílio. O escoamento da água, que está submetido ao mesmo princípio (dos vasos comunicantes), é realizado por uma rede de esgotos que reduz a possibilidade de contato das pessoas com despejos, dejetos humanos e vetores de doenças. O sistema de esgotos ajuda a reduzir despesas com o tratamento tanto da água de abastecimento quanto das doenças provocadas pelo contato humano com os dejetos, além de controlar a poluição das praias.

No Estado do Paraná, foi concedida à SANEPAR – Companhia Paranaense de Saneamento, a administração de todos os serviços relativos ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, consoante o estabelecido no artigo 3º do Decreto Estadual n.º 3926/88.²¹⁰ No artigo 9º do referido diploma legal restou ainda consignado que “o abastecimento de água deve garantir a quantidade demandada e a qualidade preconizada pelo padrão de potabilidade definido pela legislação pertinente”. Como contraprestação à SANEPAR pelo recebimento da água tratada, é instalado na ligação predial um medidor de água devidamente lacrado (artigo 25, do Decreto Estadual n.º 3926/88)²¹¹, através do qual, de acordo com as características de consumo, é cobrada uma taxa.

Já no plano da proteção judicial do saneamento básico, cumpre salientar que a consagração da técnica mandamental pelo ordenamento jurídico processual brasileiro, em que posições jurídicas são tuteladas através de ordens sancionadas com medidas coercitivas, mercê das inovações introduzidas nos artigos 461, 644 e 645, do Código de Processo Civil, ajudou na empreitada do melhoramento das condições sanitárias do país. Todavia, a possibilidade de obtenção de um resultado prático semelhante àquele que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação pelo titular do dever jurídico ainda é utilizada com timidez pela jurisprudência, dando-se preferência à concessão de liminares determinando um não-fazer.

²¹⁰ “Artigo 3º - Compete à Sanepar a administração de todos os serviços relativos ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como fazer cumprir as cláusulas deste regulamento em todas as localidades, na jurisdição da concessão”.

²¹¹ “Artigo 25º - Toda ligação predial será provida de medidor de água devidamente lacrado. Parágrafo 1º - O dimensionamento do medidor de água será efetuado pela Sanepar de acordo com as características de consumo. Parágrafo 2º - Enquanto não for instalado o medidor de água, na forma prevista neste artigo, o consumo será estimado de acordo com as Normas da Sanepar”.

Assim, é comum encontrar-se arestos que determinam a abstenção pelo requerido de comportamento que implica em poluição de rios por meio do escoamento direto de esgoto industrial sem tratamento.²¹² Certamente, a atitude destas empresas que insistem na poluição fluvial prejudica a saúde da população como um todo, pois os despejos industriais são de difícil tratamento e tornam a água absolutamente imprópria para o consumo humano; a ingestão da água nestas condições provoca inúmeras moléstias e até mesmo a morte do paciente.

Sem embargo, a questão que aflige a jurisprudência diz respeito à implementação da eficácia positiva ou simétrica do direito à saúde na área de saneamento. Neste ponto, os Tribunais insistem na tese de que falece ao Poder Judiciário competência para determinar ao Poder Público a implantação de redes de abastecimento de água ou de esgoto, o que estaria submetido a um juízo de discricionariedade da Administração.²¹³ De fato, não se nega a complexidade do problema: a implementação do saneamento não pode ser levada a efeito de maneira isolada (em relação a apenas um indivíduo), a malha distribuída de água e coletora de esgoto por vezes atinge mais de um município, a realização das obras de saneamento somente pode ser delegada a particulares por meio de procedimento licitatório (artigo 175, CR), etc.

Contudo, mesmo admitindo que uma decisão judicial que determina a imediata realização de obras de saneamento por empresa privada, diante da inércia do Poder Executivo, viola outros subsistemas constitucionais de forma muito intensa, outras soluções devem ser consideradas. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o Judiciário determinar a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte de verba destinada a tal fim e, uma vez obtidos os recursos necessários,

²¹² Neste sentido, decidiu o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul: “Ação civil pública. Danos ao meio ambiente causados por lançamentos de efluentes cloacais em local inapropriado. Prejuízos comprovados, ação procedente. Ilegitimidade passiva, matéria preclusa. Constatada a existência de danos ao meio ambiente, causados pelo lançamento irregular de efluentes cloacais em via pública e em rede pluvial. Correta a condenação do agente poluidor a reparação dos prejuízos causados, consistente na realização de obras voltadas a recuperação da área degradada. Responsabilidade objetiva do município de rio grande e da autarquia do balneário cassino. Redução da verba honorária. Segunda apelação parcialmente provida, desprovimento da primeira. Sentença no mais confirmada, em reexame, com explicitação”. (Apelação Cível Nº 70000352237, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 16/03/2000). E, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o seguinte acórdão: “Ação civil pública. Lançamento em rio de esgoto sem tratamento. Antecipação dos efeitos da tutela para impor à ré a realização de obras para solucionar o problema. Requisitos do art. 273 do CPC. Reexame de prova. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos difusos. (REsp n.º 397840, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 13.03.2006)

²¹³ Ver: TJ/RS, Apelação Cível n.º 596217075, Relator: Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 29/04/1998.

que seja realizada a obra pelo próprio Poder Público ou por particulares, obedecidos os preceitos constitucionais que exigem licitação. A Administração estaria obrigada a produzir o resultado, saneamento mínimo, no exercício seguinte (ou nos exercícios seguintes), cabendo-lhe a escolha de como fazê-lo.²¹⁴

4.1.3 Novo horizonte para a proteção da saúde mental

Ao início desta dissertação foi realizada uma advertência no tocante às formas de poder que podem se fazer presentes em meio à tentativa de efetivação do direito à saúde. Em especial, é possível destacar à problemática atinente à proteção da saúde mental, pois muito embora o conceito de saúde abarque a idéia de equilíbrio psíquico do ser humano, os tratamentos que buscam restaurar este estado de equilíbrio não raro propugnam a internação dos doentes em hospitais integrais, os ditos “manicômios”, segregando-os totalmente do meio social, estigmatizando e alienando o enfermo ainda mais.

Em casos tais – tome-se, como exemplo, a situação dos dependentes químicos – a opinião médica tradicional apregoa que o paciente deve ser inserido num leito psiquiátrico em hospital geral, até que supere o surto ou a crise e possa retornar ou dar início ao atendimento extra-hospitalar. Sem embargo da ausência de compromisso com a cura da doença, tal proposta de tratamento traz conseqüências graves ao enfermo, não apenas cria uma dependência da instituição asilar em que é inserido, como se estabelece um quadro denominado pela doutrina de “seqüestro de cidadania”.²¹⁵

²¹⁴ BARCELLOS, op. cit., p. 288. Interessante notar que com a disciplina oferecida pela Lei n.º 11445/2007, o planejamento sanitário passa a ser uma imposição legal, conforme se depreende da leitura atenta do artigo 19 do referido diploma normativo: “Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo: I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas; II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais; III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento; IV - ações para emergências e contingências; V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas. § 1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço. § 2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares”.

²¹⁵ AMARANTE, Paulo. **O Homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 49

Neste sentido, o “princípio do isolamento”, base para a construção da “Teoria do Tratamento Moral de Pinel”, ainda no século XVIII, era representada pela máxima segundo a qual: “seqüestração é a primeira condição de qualquer terapêutica da loucura”.²¹⁶ E, até recentemente, a inserção destas pessoas em leitos psiquiátricos localizados em “manicômios” – expressão adotada desde 1987 pelos movimentos sociais, com a finalidade de reforçar o caráter asilar, segregante e violento destas instituições – era a única forma de tratamento aceita para aquele que padece de transtornos mentais.²¹⁷

A conseqüência histórica da prevalência desta espécie de tratamento consistiu na criação de um mundo de isolamento, “hospitalocêntrico”, no qual o paciente permanecia por um longo período internado e a sua saída era quase sempre contra-recomendada ou temporária. A doença mental era, para todos os efeitos, um mal crônico, incurável e incapacitante, a instituição era o único e viável mundo do louco e, ainda hoje, os manicômios ou hospitais psiquiátricos especializados, também chamados de “hospitais integrais”, constituem um triste legado da “teoria do isolamento”.

Os hospitais integrais eram caracterizados por terem a totalidade ou quase totalidade de seus leitos voltados para a internação psiquiátrica, cuja permanência do paciente era prolongada, de regra, para além do necessário, gerando um estigma. Na seqüência, verifica-se um processo de institucionalização do paciente que, juntamente com sua família, torna-se dependente absoluto do hospital psiquiátrico. Goffman bem explica esse fenômeno: “[...] da estada do internado, sendo muito longa, pode decorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado de ‘desculturamento’ – isto é, ‘destreinamento’ – que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária”.²¹⁸

Todas as conseqüências acima relatadas (estigma, isolamento, exclusão social, institucionalização, “desculturamento”, internamentos prolongados, reinternações constantes, alto consumo de neuropléticos, ausência de terapias menos inva-

²¹⁶ Ibid., p. 16. Ao estudar o tema, Michel Foucault resumiu da seguinte forma as razões que fundamentavam o isolamento dos doentes mentais em hospitais psiquiátricos: “garantir a segurança pessoal dos loucos e sua família, liberá-los das influências externas; vencer suas resistências pessoais; submetê-los a um regime médico; impor-lhe novos hábitos intelectuais e morais” (**Microfísica do poder**, p. 126).

²¹⁷ AMARANTE, op. cit., p. 16

²¹⁸ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 23

sivas e mais eficientes, rompimento dos vínculos familiares, perda de afetividade, etc.) fizeram com que as internações em hospitais psiquiátricos, antes tidas como as principais medidas de tratamento do desequilíbrio psíquico-social, fossem banidas de rol de terapias adequadas para preservação e recuperação da saúde mental.²¹⁹

Atualmente, a internação desses pacientes em leitos hospitalares só se justifica em razão de um surto psicótico ou crise grave que, por suas características, torna-os agressivos e totalmente resistentes a qualquer medida terapêutica em sistema de interação social. E, dentro desse contexto de “desospitalização”, um novo método de proteção à saúde mental foi desenvolvido, desta vez sob a forma de uma “rede de assistência”, que implica em diversos serviços interligados a partir do serviço básico de saúde nos termos da Portaria/SNAS nº 224/92, tendo como porta de acesso as Unidades Básicas de Saúde, que distribuem os pacientes de acordo com suas necessidades pelos demais serviços: NAPS, CAPS²²⁰, hospitais-dia e leitos ou alas de psiquiatria em hospitais gerais.²²¹

Os CAPS AD – Centros de Atendimento Psicossocial Álcool e Drogas -, são regulados pela Portaria GM/MS n.º 336/02, tratando-se de um serviço ambulatorial com funcionamento em dias úteis, das 08 às 18 horas e que encaminha o doente, em quadro severo de dependência, para outro serviço de atendimento 24 horas e prolongado. Aqui, entra em cena o serviço de “Comunidades Terapêuticas”, previstas na Resolução da ANVISA n.º 101/2001, que prestam atendimento intermediário (um meio termo entre o atendimento hospitalar e ambulatorial), em regime de residência, com terapia própria e que parte da premissa de convivência entre pares.

²¹⁹ “Os princípios de desospitalização – redução das internações hospitalares aos casos estritamente necessários, priorizando ações preventivas e ambulatoriais, de humanização das relações e de participação popular, orientaram a implantação do Projeto Hospital Aberto em todas as unidades hospitalares” (FERNANDES, Maria Inês Assumpção; SCARELLI, Ianni Regia. **Políticas públicas de saúde da construção de modelos à implementação de práticas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005. (Coleção Archivos). p. 8).

²²⁰ Segundo o teor do item 2.1. da Portaria SNAS nº 224/92: Os NAPS/CAPS são unidades de saúde locais/regionalizadas que contam com uma população adscrita definida pelo nível local e que oferecem atendimento de cuidados intermediários entre o regime ambulatorial e a internação hospitalar.

²²¹ Comentando sobre a tendência de “desospitalização” Pedro Gabriel Godinho Delgado tece as seguintes considerações: “Parece claro que a proposta referida estriba-se em dois pressupostos: 1) reconhece ao doente mental alguns atributos mínimos de cidadania (isto é, tenta defender radicalmente seus direitos humanos); 2) supõe um ordenamento institucional não autoritário, ou seja, inseparável de uma proposta geral de democratização do espaço asilar.” (Perspectivas da psiquiatria pós-asilar no Brasil. *In.*: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário (org), **Cidadania e Loucura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 195.)

Assim, a Lei n.º 10.216/2001, que regula os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental em nível nacional, prevê em seu art. 2º que todo tratamento de doenças mentais deve se dar pelos meios menos invasivos possíveis e, preferencialmente, em regime extra-hospitalar.²²² Este diploma normativo coroou, por conseguinte, um movimento de luta contra os leitos em hospital fechado, o chamado “hospital integral”, antes denominado de “hospício” ou “manicômio”.

A citada norma tem parâmetro semelhante no Estado do Paraná pela Lei n.º 11.189/95 e ambas vedam qualquer tratamento que exclua o paciente do meio social em que deve viver.²²³ A busca de uma alternativa ao sistema de segregação dos hospitais especializados em psiquiatria foi, deste modo, encontrada neste modelo de atendimento em rede extra-hospitalar, ressaltando a existência de leitos psiquiátricos em hospitais gerais, restritos, somente aos casos excepcionais, com indicação médica que laudatoriamente demonstre a indispensabilidade da internação.²²⁴

²²² “Art. 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental”. Mais a frente, em seu artigo 4º, a lei em apreço determina que: “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”.

²²³ “Art. 1º. Com fundamento em transtorno em saúde mental, ninguém sofrerá limitação em sua condição de cidadão e sujeito de direitos, internações de qualquer natureza ou outras formas de privação de liberdade, sem o devido processo legal nos termos do Art 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Parágrafo único. A internação voluntária de maiores de idade em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares exigirá laudo médico que fundamente o procedimento, bem como informações que assegurem ao internado formar opinião, manifestar vontade e compreender a natureza de sua decisão”.

²²⁴ Veja-se, por exemplo, o caso da intoxicação prolongada com “crack”, diagnosticada pela doutrina da seguinte forma: “A cocaína quando ingerida na forma de crack provoca danos irreversíveis a todo o sistema neurológico em um período de tempo muito curto se comparado com os danos provocados por outras formas de drogas [...], os métodos terapêuticos para esse tipo de usuário, iniciam, quase sempre, em ambiente hospitalar, haja vista a necessidade de adoção de contenção química, uso de neuropléticos, anticonvulsivos e outros, sendo que nesta primeira fase, é comum o paciente manifestar sintomas decorrentes do comprometimento orgânico pela intoxicação intensa que o crack produz, como problemas com o sono, má alimentação, dano ao trato nasal, hipertensão, doenças respiratórias, derrames, doenças hepáticas e ataques cardíacos” (CAMON, Valdemar Augusto Angerami. **A psicoterapia diante da drogadição**. São Paulo: Thomson, 2003. p. 85).

Assim, a internação em leito psiquiátrico de hospital geral deve ser:

- i) *excepcional* - só em caso extremo, após todas as demais medidas terapêuticas extra-hospitalares já terem sido tentadas;
- ii) *fundamentada* - precedida de laudo médico, com exposição técnica da justificativa do internamento;
- iii) *temporária* - só pode durar enquanto o paciente não superar o surto ou a crise grave que fundamentou a internação;
- iv) *breve* – deve se estender pelo menor tempo possível;
- v) *acessória* - sempre voltadas para inserir o paciente na rede extra-hospitalar. Internações isoladas não são vistas como tratamento;
- vi) *integral* - o paciente deve ser atendido por todas as especialidades clínicas de que necessitar;
- vii) *comunitária* - não são admitidos isolamentos;
- viii) *compulsoriamente comunicáveis* – toda internação deve ser comunicada ao Ministério Público;
- ix) *facilitadoras dos vínculos familiares* - a família deve ser estimulada a acompanhar o paciente durante toda internação.

De outra parte, também o instituto da interdição civil em razão da incapacidade (absoluta ou relativa) demanda uma releitura. Isto porque a racionalidade que tradicionalmente informa esta construção jurídica é a proteção daqueles que, presumivelmente, não têm discernimento para a administração pessoal de seus “interesses patrimoniais”.²²⁵ Tanto assim que o artigo 1180, *in fine*, do Código de Processo Civil determina que a interdição deve ser promovida nos casos de “incapacidade do interditando para reger sua pessoa e administrar seus bens”.

Todavia, estando o princípio da dignidade da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, há de se convir que as situações patrimoniais estão a serviço dos interesses existenciais, o que implica em repensar o regime da incapacidade, especialmente quando estão em jogo opções que concernem ao próprio desenvolvimento humano do indivíduo. É que a presunção da “falta de discernimento” desloca

²²⁵ “A incapacidade da forma como se encontra prevista no código, velho e novo, está calcada na lógica de que ao direito civil tão-somente é dado preocupar-se com as situações patrimoniais que tocam ao sujeito de direito” (RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23-24).

de maneira absoluta a realização da vontade ao assistente ou representante, bem como assemelha, numa única categoria genérica e abstrata, enfermos com diferente *handicap* psíquico.²²⁶

Logo, o excesso de proteção por parte do ordenamento jurídico para com o incapaz pode redundar numa verdadeira supressão de sua subjetividade. Por isso, é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, dentre outros, vejam desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano, como, por exemplo, opções educacionais, artísticas, relativas ao convívio social, à disposição corporal, etc...²²⁷

Não se está a afirmar que a vontade do incapaz é elemento suficiente para a criação de vínculos jurídicos, mas, no que tange diretamente ao desenvolvimento de sua personalidade, não pode ser desprezada ou tida como irrelevante. Ademais, cabe ao juiz, ao proferir a sentença de interdição, recusar certos preconceitos jurídicos que generalizam a variedade do fenômeno do déficit psíquico, fixando com cuidado os limites da interdição e os poderes e restrições do representante ou do assistente.

4.2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO À SAÚDE

A compreensão da verdadeira natureza do Ministério Público decorre da análise do primeiro dos vocábulos que lhe confere denominação. Ministério significa incumbência, mister, ofício ou função. A palavra, assim como o cognato ministro, tem como étimo e raiz o termo *minus*, menor. Neste sentido, é importante notar que o ministro situa-se sempre abaixo de outrem: do maioral, superior ou soberano. E quem é esse soberano, no caso? O adjetivo esclarece: o Público, que significa, etimologicamente, o que pertence ao povo. Como dizia Cícero, a *res publica, res populi*.²²⁸

²²⁶ “[...] de maneira que a incapacità naturale construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, de um ponto de vista jurídica, como uma noção permanente, geral e abstrata, se pode traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva inidoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros” (PERLINGIERI, op. cit., p. 162).

²²⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 25-27.

²²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ministério Público, Ministério do Povo. **Revista Direito e Sociedade: Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, set./dez. 2000. p. 1. Ver também: MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 4-5.

O Ministério Público corresponde, portanto, à função organizada de servir o povo. Seus integrantes são servidores do povo, esta é sua honra própria no sentido do direito público romano, seu ofício eminente, sua alta dignidade funcional. A especificidade deste órgão decorre da sua função essencialmente ativa, em ampla contraposição à figura do juiz, sujeito ao princípio da inércia jurisdicional (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). Ao contrário do juiz, o integrante do Ministério Público não pode nunca, diante de violações aos direitos do povo, definidos na Constituição e nas leis, permanecer em posição neutra, sem iniciativa própria.

Assim, enquanto a prevaricação do magistrado toma sempre o caráter de parcialidade pessoal e da indevida iniciativa nos conflitos de interesse, o Ministério Público prevarica toda vez que prefere o silêncio à ação enérgica e oportuna em defesa do povo. Como defensor do povo, tem o órgão do Ministério Público o dever de, na sua respectiva área de atuação, “receber e apurar as mais diversas reclamações de interesse popular contra as autoridades e os servidores públicos”.²²⁹

Explicando mais detalhadamente, figuram entre as atribuições do Promotor de Justiça: (i) receber petições, reclamações ou representações de pessoas interessadas; (ii) instaurar, presidir ou determinar a abertura de sindicâncias para apurar as denúncias que lhe cheguem; (iii) requerer a instauração de comissão parlamentar de inquérito, podendo acompanhar seus trabalhos; (iv) expedir notificações para comparecimento de pessoas e requisitar informações, documentos e explicações; (v) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; e (vi) propor as ações judiciais necessárias.²³⁰

O posicionamento constitucional do Ministério Público, bem como a redação do artigo 127 da Lei Fundamental, delimitam de maneira clara sua missão institucional, bem como não deixam dúvidas acerca de sua legitimidade para defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Desta maneira, valendo-se de interpretação sistemática e integrativa, especialmente em relação ao artigo 129, inciso III, da Constituição Federal (são funções

²²⁹ COMPARATO, op. cit., p. 104.

²³⁰ MAZZILLI, op.cit., p. 105-106.

institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos), os doutrinadores normalmente asseveram que o Ministério Público possui legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos.

Ver-se-á mais adiante que esta afirmação merece ser complementada, pois o *Parquet* pode atuar na defesa de interesses individualmente considerados, exigindo-se apenas que sejam também indisponíveis, como, por exemplo, é o direito à saúde. Assim, como ninguém pode dispor de sua integridade psicofísica e o artigo 129, inciso II, da Lei Fundamental confere ao Ministério Público o dever de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (dentre eles, o direito à saúde), verifica-se a plena legitimidade do Ministério Público nestes casos.

Trata-se, aliás, de substituição processual (defesa, em juízo, de interesses individuais, mas que têm natureza indisponível), hipótese em que se excepciona a regra do artigo 6º do Código de Processo Civil. Aqui, o Ministério Público atua no sentido de preservar um interesse pessoal, mas cuja defesa é necessária para garantir os imperativos de justiça e equilíbrio, que devem estar presentes no ordenamento como um todo. De outra parte, a participação do Ministério Público também possui a finalidade de suprir um déficit na capacidade de iniciativa das partes privadas, especialmente em razão da natureza das relações controvertidas, de natureza indisponível.

Em verdade, há até mesmo quem trace para esta discussão um quadro um pouco mais complexo, dividindo o quadro de atuação do Ministério Público nesta seara em três hipóteses: (i) impedir a disposição ou violação de um interesse considerado absolutamente indisponível pela lei; (ii) zelar para que, nos casos de interesses relativamente indisponíveis, a disposição sobre eles se opere conforme as exigências contidas em lei; e (iii) zelar pela prevalência do bem comum, nas

hipóteses em que, inexistindo qualquer indisponibilidade do interesse questionado, esteja manifesta a presença do interesse da coletividade na solução do problema.²³¹

De qualquer forma, não se pretende reduzir a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos. Vale observar que a saúde pública é um direito fundamental social (artigo 6º, Constituição Federal), cujos contornos podem assumir feição de transindividualidade e indeterminação de seus titulares. Neste diapasão, um exercício fiscalizador sanitário por parte do Ministério Público, por exemplo, no que tange à produção e distribuição de medicamentos configura uma atuação plenamente compatível com sua missão institucional.

Apenas para argumentar, como um indeterminado número de pessoas pode vir a adquirir medicamentos produzidos em desacordo com as prescrições legais e, portanto, potencialmente nocivos à saúde da população como um todo, é de clareza lapidar a existência de um interesse difuso que justifica a atuação ministerial. Interessante notar, sob este aspecto, que há indícios da formação de um campo de estudo destinado a investigar a extensão da proteção da saúde do consumidor, como bem aponta Hélio Pereira Dias:

Muitas são as questões que envolvem aspectos ligados à proteção da saúde do consumidor, especialmente no que diz respeito à propaganda enganosa por alterações de fórmula de composição dos produtos industrializados, a qualidade das substâncias empregadas na fabricação dos mesmos, prazos de validade e situações de risco.²³²

De acordo com o artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90)²³³, os produtos e os serviços colocados no mercado de consumo não devem acarretar risco à saúde dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações adequadas e necessárias a seu respeito.

²³¹ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público brasileiro e Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 206.

²³² DIAS, **Flagrantes do ordenamento jurídico sanitário**, p. 29.

²³³ “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto”.

Em caso de desrespeito a esta disposição, o remédio processual cabível é a ação civil pública, que pode ter por objetivo tanto a reparação dos danos causados ao consumidor como o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, na forma da Lei n.º 7.347/85.

Já no tocante à defesa de interesses individuais e indisponíveis, o que se percebe é normalmente uma agregação de fatores, pois a indisponibilidade do interesse normalmente é acompanhada pela hipossuficiência das pessoas assistidas pelo Ministério Público. Neste sentido, a jurisprudência tem recepcionado positivamente ações propostas pelo Ministério Público visando a resguardar o direito à saúde do idoso que, num momento delicado de sua vida, vê seus direitos mais básicos negados pelo Estado.²³⁴

É importante ressaltar, outrossim, que a ação do Ministério Público e do Poder Judiciário na proteção da saúde da “terceira idade” não destoa da disciplina oferecida pelo próprio Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003) que, em seu artigo 3º, “caput” estabelece: “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.²³⁵

²³⁴ “Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Fornecimento de medicamento, pelo Estado, à pessoa idosa hipossuficiente, portadora de doença grave. Obrigatoriedade. Afastamento das delimitações. Proteção a direitos fundamentais. Direito à vida e à saúde. Dever constitucional. Arts. 5º, *caput*, 6º, 196 e 227 da CR/1988. Precedentes desta Corte Superior e do Colendo STF”. (STJ, REsp 837591, Relator Ministro José Delgado, PRIMEIRA TURMA, DJ 11.09.2006).

²³⁵ Outros artigos disciplinam de maneira específica a proteção à saúde do idoso: “Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, através do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. § 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de: I - cadastramento da população idosa em base territorial; II - atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatorios; III - unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social; IV - atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural; V - reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde. § 2º Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde, pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade. § 4º Os idosos

Também a questão da efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente tem sido levantada judicialmente pelo Ministério Público com êxito.²³⁶ Ora, é dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde de forma global para todos os cidadãos; todavia, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança e do adolescente assume contornos próprios, pois, além da indisponibilidade do direito à saúde, há um conteúdo público no que se refere à tutela da incapacidade civil dos menores e de seu desenvolvimento (crescimento) biológico harmonioso que reforça a legitimidade processual do Ministério Público. Ademais, a questão vem claramente delineada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), que repetiu a garantia constitucional de assegurar a efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente de maneira privilegiada, especialmente nos seus artigos 7º e 11.²³⁷

portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo critério médico. Parágrafo único. O acompanhamento ao idoso será autorizado pelo profissional de saúde responsável e, em caso de impedimento, a justificação deverá ser feita pelo mesmo, por escrito.

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável. Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita: I - pelo curador, quando o idoso for interdito; II - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado, em tempo hábil; III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar. IV - pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

Art. 18. As instituições de saúde devem atender aos critérios mínimos para o atendimento às necessidades do idoso, promovendo o treinamento e a capacitação dos profissionais, assim como orientação a cuidadores familiares e grupos de auto-ajuda”.

²³⁶ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO MÉDICO E ATENDIMENTO DE URGÊNCIA – MENOR GESTANTE – AMEAÇA DE ABORTO – RISCO À VIDA – DIREITO À SAÚDE: INDIVIDUAL E INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET – ART. 127 DA CR/88 – PRECEDENTES. 1. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pelas Turmas de Direito Público deste Tribunal. O entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise a tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CR/88). Precedentes. 2. Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa garantir o tratamento, em caráter de urgência, à menor gestante, há de ser mantido o acórdão a quo que reconheceu a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. Recurso especial improvido”. (STJ, REsp 856194, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 22.09.2006).

²³⁷ “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”.

Por fim, é possível registrar que não apenas a faixa etária determina a relevância pública do interesse defendido pelo Ministério Público. A legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, pode decorrer de um estado de pobreza, ou melhor, de carência da pessoa assistida. Frise-se, por oportuno, que o Estado tem o dever constitucional de assegurar, especialmente, aos necessitados, o gozo da saúde, não só em respeito à dignidade humana das pessoas carentes, mas, também, por tal obrigação ser um postulado decorrente do regime democrático. Constitui, neste sentido, função institucional do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer insumos indispensáveis à saúde de pessoa pobre.²³⁸

4.3 PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO MÉTODO DE EFETIVAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO À SAÚDE

Num momento em que o país se reencontra com a democracia e com a legalidade constitucional, ficando para trás as mais de duas odiosas décadas de regime autoritário, não poderia deixar de se fazer presente nesta dissertação uma análise de alguns dos meios através dos quais é dado ao cidadão o direito de participar na administração estatal, ressaltando nesta forma de atuação o caráter democrático pelo qual a efetivação do direito à saúde deve ser levada a cabo.

O cidadão, neste sentido, passa a ser entendido cada vez mais como sujeito responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, homem capaz de provocar mutações no direito, o cidadão é o agente tanto censor dos serviços públicos como reivindicador que pode fazer com que a questão da democracia não seja reproduzida apenas em termos de representatividade numérica. Não há dúvida

²³⁸ “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. ARTIGO 25, IV, ‘A’, DA LEI 8.625/93. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente. 4. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao juízo recorrido para que este se pronuncie quanto ao mérito”. (STJ, REsp 819010, Relator Ministro José Delgado, PRIMEIRA TURMA, DJ 02.05.2006).

que nos estados modernos a representação política é imprescindível, mas a cidadania não se resume a manifestações periódicas, através de eleições, em que se decide acerca da ocupação de cargos nos poderes Executivo e Legislativo.

Segundo o magistério de Clèmerson Merlin Clève, em que pese a consolidação da democracia representativa configure um inegável avanço nos países em desenvolvimento, é preciso caminhar em direção a novas técnicas de participação direta na democracia:

Nos países do terceiro mundo, a democracia representativa, e, pois, o direito de voto, assume uma proporção paradoxal: – é muito, mas, também, pouco. O exercício do direito de voto é muito, já que historicamente, muitas vezes, é negado pelas elites dominantes. Trata-se de uma verdadeira vitória a possibilidade de seu exercício em países, inclusive o nosso, que, por razões históricas as mais diversas, têm em certos períodos se recusado a aceitá-lo. Mas é pouco, também, na medida em que, assegurado, sozinho, é insuficiente para controlar uma estrutura estatal concebida a partir de modelos autoritários, onde a publicidade e a transparência são o que menos conta para os detentores do poder.²³⁹

A República brasileira, nas constituições anteriores se organizava a partir do conceito de democracia representativa. A Constituição Federal de 1988 alterou este quadro: nos termos do seu art. 1º, parágrafo único, “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”. O Constituinte, embora com cautela, abriu as portas do Brasil à democracia direta, ou melhor, ao Estado Democrático de Direito. Isto porque o direito de participação, através do qual o cidadão se insere nos planos decisórios da Administração Pública – seja porque a ele foi outorgado poder de decisão, seja porque foi consultado –, permite a concretização do Estado Democrático de Direito.²⁴⁰

Cumprido, deste modo, estudar as formas pelas quais o cidadão tem a possibilidade de participação direta no universo decisório do Estado, enfocando especialmente a participação na efetivação democrática do direito à saúde, eis que o equilíbrio psicofísico consubstancia uma realidade única: somente o próprio indivíduo pode expressar o que se passa definitivamente com ele.²⁴¹ E a primeira

²³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 17-18.

²⁴⁰ “Especificamente no âmbito da Administração Pública, o Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da socialidade, conforme a perspectiva adotada neste trabalho, exige a implementação de instrumentos democráticos que permitam, em última instância, a participação do cidadão na formação da vontade administrativa” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82).

²⁴¹ SCHWARTZ, op. cit., p. 184.

forma de participação do indivíduo nas decisões tomadas pelo Estado, corresponde à hipótese de participação direta no processo de produção normativa, ou seja, no universo político.

Nessa senda, a Constituição Federal, no art. 14, deixou claro que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, garantido pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (democracia representativa) e, nos termos da lei, mediante: (i) plebiscito, (ii) referendo e (iii) iniciativa popular. Como se vê, a participação direta do cidadão no campo político ocorrerá por via do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Sobre o assunto, ensina José Afonso da Silva que o plebiscito “visa decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de Lei ou de Emenda Constitucional já aprovados”.²⁴²

Já a iniciativa popular, em nível federal, é regulada pelo artigo 61, § 2º, da Lei Fundamental, que estabelece o modo por meio do qual este instrumento deve ser exercido: apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. A par da limitação da iniciativa popular no que diz respeito a matérias de iniciativa privativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, etc. trata-se de um evidente avanço na história constitucional brasileira e de um instrumento que pode ser utilizado, sem maiores ressalvas, para a regulação do direito à saúde.

Há, todavia, outras maneiras por meio das quais a participação da cidadania pode ocorrer diretamente na tomada de decisão dos órgãos da Administração Pública. Sob este aspecto, o artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, assegura a todos o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O direito de petição, com nítida dimensão democrática, assegura ao cidadão – agora como censor, reclamante, requerente – o direito de comunicar e demandar providências diretamente dos agentes administrativos responsáveis, não apenas em relação a direitos subjetivos individuais, mas assim também no que tange a interesses difusos, coletivos ou genéricos.²⁴³

²⁴² SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 142.

²⁴³ “Qualquer pessoa pode, fazendo uso do direito prescrito no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal, por meio de petição, provocar a atuação dos poderes públicos. A origem do direito de petição encontra-se na Inglaterra, como todos sabem. A Magna Carta, de 1215, já fazia menção a ele.

Ainda assim, a possibilidade de participação direta do cidadão no universo administrativo depende de certos pressupostos. Não há possibilidade de participação sem informação, requisito essencial para a participação consciente da população na Administração Pública. Sem a informação correta, sem um aparato institucional transparente, qualquer tipo de participação pode transformar-se em mera cooptação legitimadora. Neste sentido, o sistema constitucional brasileiro assegura o direito à informação (artigo 5º, inciso XXXIII) e à obtenção de certidões em repartições públicas (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b).

De outra parte, há que ocorrer igualmente uma mudança na concepção quanto à Administração Pública. É preciso reconhecer, sem qualquer vergonha, que o Direito Administrativo brasileiro é autoritário.²⁴⁴ E foi o próprio Direito Administrativo brasileiro que ajudou a Administração Pública a ser autoritária. Atualmente, uma alteração no comportamento psicológico dos administradores se impõe, não mais sendo admissível que estes olhem para o administrado com desconfiança, como aquele que indevidamente se intromete nos negócios do Poder Público.

Enfim, uma nova forma de relacionamento entre o cidadão e a Administração Pública emerge paulatinamente. Não mais os particulares são concebidos como usuários, sujeitos passivos, administrados, que apenas aguardam a ação do Poder Público. Percebe-se, segundo Adriana da Costa Ricardo Schier, que “o direito de participação permite, neste contexto, o aperfeiçoamento da esfera administrativa no sentido de sua democratização. Como conseqüência, possibilita a flexibilização do regime burocrático, implicando na leitura de seus principais institutos pelo viés dos valores democráticos”.²⁴⁵

Assim, no plano específico do direito à saúde, afigura-se plausível afirmar que a participação popular na saúde pública é motivada por dois aspectos. Em primeiro lugar, a própria organização do SUS, submetida ao mandamento constitucional de descentralização sanitária e municipalização, garante uma “participação psicológica”, pois os cidadãos estão diretamente ligados aos responsáveis locais pela saúde, facilitando o acesso das autoridades às reclamações da população.²⁴⁶

Consolidou-se, depois com o *right of petition* (1689). Consistia, inicialmente, em simples direito de o Grande Conselho do Reino, depois do Parlamento, pedir ao rei sanção das leis [...]” (CLÈVE, op. cit., p. 21).

²⁴⁴ CLÈVE, op. cit., p. 29.

²⁴⁵ SCHIER, op. cit., p. 161.

²⁴⁶ SCHWARTZ, op. cit., p. 186.

Caso a saúde fosse centralizada na União o acesso dos agentes administrativos às demandas localizadas seria bem mais difícil.

A municipalização também atende aos interesses sanitários locais, visto que está ocupada das especificidades regionais, procurando efetivar a saúde de acordo com a comunicação e diferenciação dos vários tecidos sociais. Por exemplo, uma cidade de 1.500 habitantes não necessita tanto de centros sofisticados de medicina, mas sim de postos de atendimento com medicamentos necessários e profissionais da área de saúde de plantão em caso de emergências. E a participação popular é fundamental neste tipo de planejamento sanitário.

Nessa esteira, o cidadão assume um papel de agente promotor da eficácia sanitária. O brasileiro terá mais saúde à medida que o povo organizado participe no planejamento e na execução das atividades sanitárias, decididas com autonomia em nível municipal. Para tanto, instrumentos específicos foram criados visando a maximizar a maturidade política das comunidades locais, como os Conselhos de Saúde, previstos no artigo 1º, § 2º, da Lei n.º 8.142/90.²⁴⁷

Os Conselhos de Saúde – e aqui se identifica o segundo aspecto que favorece a participação popular na área da saúde – são instâncias públicas de formação de opinião e vontade política. Atuam na tematização e formação da agenda pública, muito mais do que na sua execução, na medida em que concedem ou negam chancela de “interesse público” às demandas e interesses específicos ali apresentados. Trata-se, estruturalmente, de um órgão colegiado composto por cidadãos, existente em todos os níveis de governo, e em especial os municipais,

²⁴⁷ “Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I - a Conferência de Saúde; e II - o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. § 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. § 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho”.

onde atuam na formulação de estratégias locais de saúde e no controle das ações e serviços sanitários.²⁴⁸

Cada conselho poderá ter uma diretriz, uma orientação diferente. Ou seja, aplicará uma decisão de política pública diferenciada dos demais. Daí que os Conselhos de Saúde reforçam a estratégia de democratização da saúde através do fortalecimento do poder popular local, sem desconsiderar as necessidades nacionais. Auxiliam na tarefa de combate a um pretenso totalitarismo sanitário e se inserem ao lado de outros mecanismos de participação no universo administrativo como o orçamento participativo (artigo 48, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000)²⁴⁹ e as audiências públicas para aprovação do Plano Diretor Municipal (artigo 40, § 4º, inciso I, do Estatuto da Cidade – Lei n.º 10.257/2001).²⁵⁰

Não se pode esquecer também que existe uma outra forma de participação que acaba por influenciar nas decisões tomadas no âmbito da Administração Pública, mas não é regulada pelo direito: a participação de fato. Tal modalidade de participação consiste na manifestação aberta de demandas sociais através de movimentos populares, movimentos sociais reivindicantes e manifestações de rua. No âmbito da proteção ao direito à saúde, são exemplos de organizações que atuam por meio da participação direta de fato: Liga Feminina de Combate ao Câncer, Greenpeace, SOS Erro Médico, AVERMES – Associação das Vítimas de Erros Médicos, etc.

Sem embargo, é preciso cuidado ao se pensar realidades que, em verdade, funcionam apenas de maneira a desvirtuar a verdadeira finalidade da participação

²⁴⁸ SCHWARTZ, op. cit., p. 188.

²⁴⁹ “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

²⁵⁰ “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo. § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II - a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III - o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”.

de fato. Deste modo, deve ser descartada a participação oculta, consistente em negociatas, no clientelismo racionalmente insustentável. Aliás, aqui não há propriamente participação da cidadania, mas exclusão da cidadania do processo de decisão. Assim sendo, *lobbies* farmacêuticos que buscam unicamente aumento desmedido de lucros em prejuízo do debate democrático em torno do gravíssimo problema da saúde pública merecem ser veementemente repudiados.

CONCLUSÃO

Ao longo desta jornada, muitas das conclusões alçadas já foram expostas ao leitor no decorrer da redação do trabalho. Ocupa-se, porém, deste espaço para, tendo em vista os imperativos de clareza e síntese, destacar algumas e apontá-las novamente de modo resumido.

O direito à saúde, como necessidade de manutenção do equilíbrio físico e psíquico do ser humano, é uma realidade pré-jurídica, um dado que se apresenta, primeiramente, no mundo dos fatos. Neste sentido, a partir de uma fundamentação ético-material do direito à saúde (necessidade de produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana em todos os seus aspectos), é possível afirmar que o ser humano, enquanto vivente, constitui uma realidade objetiva. E, ao reconhecer que a especificidade do ser humano reside no fato de caracterizar-se como o único ser vivente auto-responsável, outra conclusão não resta senão a de que a vida (compreendida em seu sentido amplo, abrangendo, portanto, o estado de equilíbrio psicofísico do ser humano) está sob sua responsabilidade.

O direito à saúde exerce importante papel na formação da racionalidade política e nas decisões tomadas em sede de diálogo argumentativo. Se, por um lado, a racionalidade política deve alcançar a validade pela participação simétrica dos cidadãos como sujeitos autônomos; por outro lado, tal participação exige a concretização do direito à saúde, sob pena de não ocorrer de maneira espontânea, mas vinculada ao oportunismo político daqueles que se aproveitam do estado de carência das vítimas. Ademais, nem todo consenso obtido pelo processo democrático se afigura, de plano, como legítimo. Isto porque a validade do consenso obtido via argumentação está condicionada pela verdade prática do momento material, aferida pelo equilíbrio necessário para a manutenção da vida concreta do ser humano.

Mesmo em meio a uma louvável intenção de promoção geral da saúde pública, a efetivação do direito fundamental à integridade psicofísica pode abrir espaço para emergência de efeitos adversos. Assim, por exemplo, uma relação de poder normalmente se estabelece entre paciente e médico, bem como a execução de políticas sanitárias também está impregnada de juízos de valor que buscam moldar determinados comportamentos do ser humano. Em contraposição a estes fenômenos, a maximização do instituto do “consentimento informado” e o incre-

mento de políticas de participação popular na Administração Pública podem atenuar tais manifestações de poder.

A saúde é um estado de equilíbrio físico e psíquico pelo qual o ser humano consegue desenvolver suas atividades orgânicas e integrar-se à sociedade. O conceito de direito à saúde, na seara do Direito Constitucional, normalmente compreende: (i) o dever de abstenção por parte do Estado de maneira que suas atividades não causem nenhum distúrbio na condição física da população, (ii) o emprego de técnicas de conhecimento (em especial, as educativas) destinadas a evitar doenças (medicina preventiva) e (iii) o oferecimento de tratamentos via prestações estatais àqueles que padecem de certas enfermidades (medicina curativa). No campo do Direito Administrativo o conceito de direito à saúde recebe uma ampliação, passando a abarcar um conjunto de providências integradas dentro do quadro da chamada Polícia Sanitária, destinada preponderantemente à preservação da saúde pública.

A Constituição Federal de 1988 erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito. Tal princípio atrai, ainda que em níveis de intensidade diferentes, o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Todavia, em face de sua estreita ligação com o direito à vida e o direito à saúde, pressupõe o reconhecimento e proteção destas disposições jusfundamentais em todas as suas dimensões: não há vida digna sem saúde, os males que afetam o equilíbrio corporal do indivíduo representam a negação da vida que, se ainda não foi corrompida pela doença, não é mais vivida em seu modo natural de dignidade.

O constitucionalismo contemporâneo consagra a idéia de que o vocábulo norma jurídica é um gênero, do qual são espécies princípios e regras. Em síntese, a distinção entre eles está assentada em dois pontos principais: (i) o primeiro consiste na diferença quanto ao mandato que instituem (o mandato de regras estabelece-se de maneira definitiva e o mandato de princípios estabelece-se de maneira *prima facie*); (ii) o segundo é balizado pela diferença quanto ao modo de solução de conflitos (o conflito de regras gera a declaração de invalidade de uma delas e o conflito de princípios gera o dever de ponderação). As disposições atinentes ao direito à saúde que encontram consagração em nível normativo constitucional, poderão, por vezes, serem recepcionadas sob a forma de princípio (artigo 5º, *caput*

e incisos III, V e X) e, em outros momentos, aproximar-se da estrutura das regras (artigos 196 e seguintes).

Dentro das perspectivas pelas quais os direitos fundamentais podem ser estudados, o direito à saúde pode ser visualizado de várias maneiras. Primeiramente, pode ser enquadrado como direito fundamental de primeira dimensão, quando, por exemplo, é suscitado como obstáculo ao desenvolvimento de condutas nocivas à saúde. Num segundo momento, dada sua multifuncionalidade, afigura-se plausível classificá-lo como direito prestacional em sentido estrito ou direito prestacional à organização e ao procedimento. De outra banda, em razão de sua importância, opta-se por classificá-lo em uma categoria à parte, como *direito prestacional existencial*, eis que diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. É também um direito dotado de fundamentalidade material e formal, bem como pode assumir tanto a faceta de direito subjetivo individual quanto de elemento objetivo da ordem jurídico-fundamental.

O Constituinte de 1988 expressamente elevou os direitos fundamentais – e, dentre eles, o direito à saúde – à condição de limite material à reforma constitucional, integrando-lhes, portanto, ao rol das denominadas “cláusulas pétreas” (artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Fundamental). Contudo, a par das restrições que a caracterização do direito à saúde como cláusula pétrea pode oferecer ao poder de reforma do constituinte derivado, visto que tais limitações operam apenas em nível constitucional, existe ainda uma barreira atinente à proteção de determinado nível de concretização do direito à saúde em norma infraconstitucional, enunciada sob a forma do princípio da “vedação do retrocesso social” ou da “não evolução reacionária”.

O constitucionalismo contemporâneo aprofundou o estudo da efetividade das normas constitucionais. No Brasil, o tema recebeu a contribuição de José Afonso da Silva, apresentando o referido pensador três tipos de normas constitucionais, classificadas segundo o critério da aplicabilidade. Como efeito adverso, esta classificação oferece um instrumental jurídico-teórico hábil a repelir a aplicação das normas constitucionais de eficácia mediata. Tal sistemática não satisfaz a proposta jurídica e política presente na Constituição de 1988. Com base nas lições de Canotilho é possível construir uma nova teoria hermenêutica na qual a norma a ser aplicada é o resultado final da interpretação e seu sentido e alcance constitucional

não dependem exclusivamente do texto gráfico, mas também de um conjunto de elementos empíricos fornecidos pelo caso concreto a ser solucionado.

Além dessa questão, discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Isso porque a concretização do direito à saúde exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo. Contudo, o princípio da separação dos poderes e a legitimidade majoritária não são absolutos, pois todos os poderes constituídos estão submetidos à Lei Fundamental. Assim, a gestão da despesa pública também deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais: se os recursos são escassos, sua aplicação deve privilegiar o atendimento aos fins considerados prioritários pelo Texto Maior.

A Carta Republicana de 1988 assegura, ao lado de um campo destinado ao debate político, uma fração de consenso, intimamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja formulação jurídica corresponde à idéia do mínimo existencial. A teoria do mínimo existencial engloba tanto os direitos de liberdade, como também alguns direitos sociais mínimos. A partir do exame sistemático da Constituição de 1988 é possível apreender quatro elementos que estariam inseridos na sua moldura: a saúde (básica), a educação (fundamental), a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Em relação a este rol de direitos, não se pode deixar de reconhecer a exigibilidade de prestações perante o Poder Judiciário.

Como os particulares nas relações privadas travadas entre si podem ameaçar os direitos fundamentais, uma análise do direito à saúde também exige uma incursão sobre o debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Neste passo, os constitucionalistas contemporâneos propugnam a superação das teses da eficácia mediata/imediata em favor de soluções diferenciadas conforme as circunstâncias do caso concreto e da natureza do direito fundamental a ser aplicado. De outra parte, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não põe em risco o “núcleo irreduzível” da autonomia privada. O respeito ao direito à saúde é um pré-requisito para o válido exercício da autonomia privada.

O reconhecimento de eficácia plena e aplicabilidade imediata às normas que disciplinam o direito à saúde não conduz a um inaceitável subjetivismo do julgador, que deve pautar-se por um discurso revestido de racionalidade e razoabilidade.

Assim, ao deferir uma liminar determinando o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, está o magistrado apenas cumprindo a disciplina do próprio legislador infraconstitucional. Já em relação a muitos outros remédios, sobre os quais recai o dever genérico de assistência estatal, o Poder Público dispõe de um sistema de acesso a fármacos produzidos com baixo custo. Ademais, quando no campo do direito à saúde questões complexas são postas à apreciação do magistrado, é recomendável que este utilize o auxílio técnico de profissionais e de conhecimentos advindos das ciências não-jurídicas.

A falta de saneamento básico, além de prejudicar a saúde da população, eleva os gastos do governo com o tratamento das vítimas de doenças causadas pela falta de abastecimento de água potável, de um sistema de tratamento de esgoto e de coleta de lixo. Prevalece na jurisprudência a tese de que a tutela sanitária somente pode ser utilizada de modo negativo, determinando-se um não-fazer, pois uma ordem direta ao Poder Público para implantação de redes de abastecimento de água ou de esgoto adentraria a esfera de discricionariedade do administrador. Contudo, sustenta-se que é possível ao Poder Judiciário determinar a inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte de verba destinada à implantação de condições sanitárias mínimas.

Os tratamentos destinados a restaurar o estado de equilíbrio psíquico do ser humano ainda defendem a internação dos doentes em hospitais integrais, os ditos “manicômios”, segregando-os totalmente do meio social. Atualmente, a internação de portadores de distúrbios psíquicos em leitos hospitalares só se justifica em razão de crise grave. E a alternativa ao sistema de segregação dos hospitais especializados em psiquiatria encontra-se num modelo de atendimento em rede extra-hospitalar, ressaltando a existência de leitos psiquiátricos em hospitais gerais, restritos, somente, aos casos excepcionais, com indicação médica que laudatoriamente demonstre a indispensabilidade da internação.

O Ministério Público exerce um importante papel na proteção do direito à saúde, eis que a Carta Política de 1988 autoriza o *Parquet* a defender interesses individualmente considerados, exigindo-se apenas que sejam também indisponíveis; como é caso da integridade psicofísica do ser humano. A proteção de um padrão sanitário mínimo para segmentos mais frágeis da sociedade – como os idosos, as crianças e as pessoas carentes –, configura uma atuação plenamente compatível com sua missão institucional. Por outro lado, a saúde pública é um direito

fundamental social (artigo 6º, da Constituição Federal), cujos contornos podem assumir feição de transindividualidade e indeterminação de seus titulares.

Vários são os meios através dos quais é dado ao cidadão o direito de participar na Administração Pública, desde a hipótese de participação direta no processo de produção normativa (mediante os seguintes instrumentos: plebiscito, referendo e iniciativa popular) até o exercício do direito de petição. No plano específico do direito à saúde, afigura-se plausível afirmar que a participação popular na saúde pública é motivada por dois aspectos: em primeiro lugar, a organização do SUS, submetida ao mandamento constitucional de descentralização sanitária e municipalização; e, num segundo momento, a existência dos Conselhos de Saúde que consubstanciam instâncias públicas de formação de opinião e vontade política.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. Rev. da trad. e trad. dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARANTE, Paulo. **O Homem e a serpente, outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Editora da UFPR, 2000.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAROSSO, Luís Alberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Serviços de Saúde Pública. **Manual de saneamento**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1981.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMON, Valdemar Augusto Angerami. **A psicoterapia diante da drogadição**. São Paulo: Thomson, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?: a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra; Coimbra, 1991.

CARVALHO, Benjamim de. **Glossário de saneamento e ecologia**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental/IBGE, 1981.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Ministério Público, Ministério do Povo. **Revista Direito e Sociedade**: Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, v. 1, set./dez. 2000.

COUTINHO, Léo Meyer. **Código de ética médica comentado**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Perspectivas da psiquiatria pós-asilar no Brasil. *In.*: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário (org), **Cidadania e Loucura**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 171-202.

DIAS, Helio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: ANVISA, 2002.

DIAS, Hélio Pereira. **Flagrantes do ordenamento jurídico sanitário**. 2. ed. Brasília: ANVISA, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 1995. v. 1.

FERNANDES, Maria Inês Assumpção; SCARELLI, Ianni Regia. **Políticas públicas de saúde da construção de modelos à implementação de práticas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005. (Coleção Archivos).

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *In.*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a sociedade de normalização. In: _____ (Org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na teoria do Estado. In: _____ (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura da idade clássica**. Trad. de Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: em busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id507.htm>. Acesso em 24/01/2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. Trad. Cláudio Molz; rev. técnica Luiz Moreira e Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

INSTITUTO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico**. - 1989. Rio de Janeiro: 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução original de Walter Stönnner. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUDWIG, Celso Luiz. Razão comunicativa e direito em Habermas. In: A ESCOLA de Frankfurt no Direito. Curitiba: EDIBEJ, 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.

MARTINS, Getúlio. **Benefícios e custos do abastecimento de água e esgotamento sanitário em pequenas comunidades**. São Paulo, 1995. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MAUGHAM, Somerset William. **Servidão humana**. Tradução de Antônio Barata. 14. ed. São Paulo: Globo, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. IV: arts. 113-150, § 1º.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo: Notadez, ano 1, n. 4, out./dez. 1999.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público brasileiro e Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.6 (abril/junho 2001), Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 159-182.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STARFIELD, Bárbara. **Atenção primária**: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO Brasil / Ministério da Saúde, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)