

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

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

(Carlos Santiago Nino, *Justicia*)

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

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

---

<sup>1</sup> COURTIS, 2007, p. 185-209.

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

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

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

A seguir, desenvolvemos cada um desses indicativos relacionados.

---

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

<sup>3</sup> COURTIS, 2007, p. 200.

## 4.1

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

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

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

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

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

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

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

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

## 4.2

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>6</sup> APPIO, 2006.

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

### 4.3

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

<sup>8</sup> DWORKIN, 2005. p. 446.

#### 4.4

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

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

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

Conforme é cediço, o ato administrativo pode ser dividido, entre diversas classificações doutrinárias e em duas principais espécies: os vinculados e os discricionários. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os vinculados “seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma<sup>9</sup>, não havendo aqui de se falar em mérito administrativo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2003.

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

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

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

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

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

---

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 380.

<sup>12</sup> “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196, 1988).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antônio Cavalcanti Maia<sup>14</sup> defende que a argumentação jurídica pode ser entendida como método jurídico que, ao lado da hermenêutica jurídica e das regras de interpretação do direito, fornece elementos axiológicos e epistemológicos que contribuiriam para a realização do direito, apoiando a ciência jurídica.

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

---

<sup>13</sup> AFONSO DA SILVA, 2003.p.718-722.

<sup>14</sup> MAIA, 1998. p. 395.

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

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

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

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

O orçamento é instrumento essencial para implementação de políticas públicas e tem estreito compromisso com o desenvolvimento da saúde no país. A Constituição dispõe no art. 198<sup>16</sup> como deverá ser estruturado o planejamento do

---

<sup>15</sup> Subseção 2.4.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Canotilho<sup>17</sup> observa que a lei orçamentária é uma norma jurídica em sentido estrito, que inova o ordenamento jurídico, ainda que possua conteúdo administrativo. Além disso, tem um relevante papel na implementação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. Daí porque seria possível a participação do juiz constitucional no controle de constitucionalidade das leis orçamentárias.

Ressalte-se, entretanto, que até o momento não temos muitos julgados do STF<sup>18</sup> sobre o controle dos orçamentos públicos, que ainda é tratado com primazia no ambiente administrativo e legislativo.

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

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, 1979, p. 3-14.

<sup>18</sup> Seguem as decisões do STF:

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

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

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

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

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

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