

3

O Direito Fundamental à Saúde

3.1

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

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

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

¹ Ver BULYGIN; ALCHOURRON, 1991.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ NINO, 1984, p.24.

⁶ DE SOUSA SANTOS, 2003.

⁷ BULYGIN e ALCHOURRON, 1991, p. 620.

⁸ BONAVIDES, 2006.

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

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

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

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

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

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

¹⁰. PIOVESAN, 2006, p. 28.

¹¹. DWORKIN, 1977, p. 1-120.

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

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

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

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

¹² BODIN DE MORAES, 2003, p. 76-93.

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

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

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

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

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

¹³. BODIN DE MORAES, 2003, p. 76-93.

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

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

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

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

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

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

¹⁴. BOBBIO, 2006.

¹⁵. TUORI, 1998.

¹⁶. FERRY; RENAUT, 1997.

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

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

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

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

¹⁷. TUORI, 1998.

¹⁸. GOMES, 1999.

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

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

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

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

¹⁹. DENT, 1996.

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

²¹. DENT, 1996, p. 63.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2

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

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

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

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

²⁸. BOBBIO, 1992.

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ BONAVIDES, 2006, p. 570.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷. SILVA, 2007.

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

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

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

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

³⁸. BASTOS; BRITO, 1982.

³⁹. BASTOS; BRITO, 1982.

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

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

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

⁴⁰ SARLET; TIMM, 2008.

⁴¹ TORRES, 1989, p. 20-49.

⁴² BARCELLOS, 2002, p. 230-250.

⁴³ SARLET; TIMM, 2008.

Não há garantia expressa na Constituição sobre o equilíbrio existencial, mas é inegável que o princípio independe de disposição explícita para ser garantido. Diante da interpretação constitucional e a sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, a noção de equilíbrio existencial pode ser retirada da própria combinação entre o art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e o fundamento da dignidade da pessoa humana, pilar da República Federativa, presente no art. 1º, III.

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

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

3.3

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

3.3.1

Definições e esboço histórico sobre a saúde

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

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

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

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

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

⁴⁶. ARISTÓTELES, 1998.

⁴⁷. FREUD, 1969.

⁴⁸. CONILL, 2003.

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

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

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

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

⁴⁹. DESCARTES, 1952

⁵⁰. ENGELS, 1986.

⁵¹. DALLARI, 1988, p. 57-63.

⁵². OMS, 1946;

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

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

3.3.2

Natureza jurídica do direito à saúde e avanço legislativo no Brasil

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

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶. NEGRI, 2002.

⁵⁷. SOUSA, 2001, p. 32-33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.3

Dos princípios norteadores do SUS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷. Art. 7º, I, da LOS.

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

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

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

⁶⁸. ROUSSEAU, 1979. p.232.

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

3.3.4

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

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

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

⁶⁹. Ver: <www.portalsaude.gov.br>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4

O controle judicial das políticas públicas à luz dos postulados neoconstitucionalistas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷¹. HABERMAS, 2003.

⁷². DWORKIN, 2005, p.17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁶ JORGE NETO, 2008.

⁷⁷ LASSALE, 1988.

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

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

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

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

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

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

⁷⁸. BARCELLOS, 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E ainda:

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

Podemos acrescentar:

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

¹⁷³. BARCELLOS, Ana Paula de, 2002.

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

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

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

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

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

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

⁸². ALEXY, 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵. ALEXY, 2005, p. 31-42.

⁸⁶. ALEXY, 2005, p. 275.

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

⁸⁸. JORGE NETO, 2008, p. 72.

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

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

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

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

⁸⁹. POZZOLO, 2007

⁹⁰. MOREIRA, 2008, p. 58.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹². SUSTEIN, 1994, p. 145.

⁹³. CANOTILHO, 1979, p. 3-14.

