

Eficácia do Direito À Saúde: O Contributo Da Hermenêutica Constitucional

AUTOR
Gabriel Ângelo de Oliveira Santos¹

ORIENTAÇÃO
Bruno Wanderley Junior²

Resumo: O presente trabalho propõe-se a entender as contribuições que o modelo de interpretação da Hermenêutica Constitucional pode apresentar para a eficácia do direito à saúde. No cerne do estudo está a hipótese de o Judiciário, a partir de uma releitura de caráter principiológico da Constituição, conferir a adequada dimensão de realização desse direito – elevado ao patamar de fundamental em nossa Lei Maior de 1988, sem, contudo, ignorar os obstáculos que se impõem diante dessa penosa tarefa: a separação dos poderes, o equilíbrio da balança orçamentária e a índole programática dessas normas.

Palavras-chave: Direito à saúde; Hermenêutica Constitucional.

Abstract: This dissertation aims to understand the contributions the interpretation model of Constitutional Hermeneutics can offer to the effectiveness of the right to health. In this work's heart is the hypothesis that Judiciary, through a principle-based reading of the 1988 Constitution, can confer the adequate accomplishment of this right – raised to the level of fundamental right in our Constitution – with no disregard of the obstacles that show up in this arduous duty: the separation of powers, the budget balance and the programmatic character of these norms.

Keywords: Right to health; Constitutional Hermeneutics.

¹ Aluno do 6º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais, professor da Faculdade de Direito do Unicentro Dom Helder Câmara, professor da Fundação Getúlio Vargas - RJ e professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Introdução

Nosso Estado Democrático de Direito abraça, como baldrames essenciais de seu ordenamento jurídico, os direitos fundamentais, trazendo consigo a magna missão de sua concretização. Sendo estes direitos projeções emanadas pelo núcleo central da dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado velá-los, sob pena de violar os direitos mais caros a seus cidadãos, perdendo o seu significado maior: o de atendimento daqueles que o tornam legítimo.

Avulta, dentre os direitos fundamentais, o direito à saúde, enquanto faceta de destaque do chamado “mínimo vital” comprometida com a preservação da vida humana em sua qualidade existencial. Umbilicalmente associado, portanto, à preservação da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, exatamente quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reservou lugar de destaque para esse direito, reconhecendo sua fundamentalidade e mostrando-se em sintonia com as principais declarações internacionais de direitos humanos.

Entretanto, distante de uma satisfação minimamente razoável, o Estado não vem cumprindo com seu dever de realização das promessas constitucionais, valendo-se de diversos argumentos, como o respeito às restrições orçamentárias, os limites impostos pela separação de poderes e o caráter programático das normas instituidoras de direitos sociais, carecedoras de regulamentação infraconstitucional.

Nos dias que correm, a concretização do direito à saúde é assunto palpitante na doutrina e na jurisprudência pátrias e levanta acalorados debates na busca de suas respostas.

Nesse ponto, ganha relevo a Hermenêutica Constitucional, na medida em que, enquanto instrumento de interpretação do Direito, se mostra apta à realização da justiça e à construção e efetivação dos direitos fundamentais; uma hermenêutica atuante sob a luz da Constituição. O que deixa cristalina, portanto, sua disposição ética, postura imprescindível para edificar o Direito sobre os alicerces da justiça e da positivação social da liberdade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente estudo ambiciona analisar a extraordinária contribuição que a Hermenêutica Constitucional tem a oferecer para a realização do direito à saúde no contexto do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, valeu-se o ensaio da técnica da revisão bibliográfica como método de pesquisa, uma vez que esta foi a que se apresentou mais consentânea aos propósitos do artigo, pois tornou possível a identificação dos paradigmas e dilemas subjacentes ao tema, como também permitiu deslindar um caminho capaz de prestar grande suporte à concretização do direito em apreço.

Se a Constituição, ordem jurídica fundamental de nossa sociedade, deu primazia aos direitos fundamentais, e reverenciou, em seu cerne, a vida e a dignidade do homem – cujos laços se ligam estreitamente ao direito à saúde, é indispensável a preservação deste direito se se quer a implantação de uma genuína cidadania, em harmonia com as finalidades supremas de nossa Nação.

Em virtude do acima exposto, se justifica a importância do estudo da Hermenêutica Constitucional, pedra de toque no erigir e no legitimar do Estado Democrático de Direito.

Definição de hermenêutica

Segundo a doutrina dominante, hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar, cujo objeto é o estudo sistemático dos processos aplicáveis para precisar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (MAXIMILIANO, 2001:1) Ela se distingue da interpretação, uma vez que essa consiste na explicitação do sentido e alcance da norma. O intérprete, ao estabelecer contato direto com o dispositivo legal, confere concreção ao direito, revelando seu sentido apropriado, isto é, interpreta-o, mediante a utilização de um conjunto sistêmico de princípios, métodos e técnicas norteadores da interpretação – a hermenêutica.

Encarada a interpretação como a construção de sentido e alcance da norma, corrente é na doutrina a afirmação de que inexistente norma que não careça de interpretação. Contrariando a velha máxima “in claris cessat interpretatio”, as normas jurídicas não possuem sentido absoluto de autonomia significativa preexistente, fazendo-se necessário o laboro intelectual do intérprete, desenvolvido à luz de critérios hermenêuticos, para a determinação do conteúdo, sentido e alcance das normas jurídicas. Destarte, toda aplicação do direito pressupõe prévia interpretação.

O sentido da norma não é imposto ao intérprete, antes, é ele quem o define, influenciado que é por seus valores, sua formação cultural, ideológica e sua concepção de

mundo e de vida. O intérprete é quem influencia a interpretação da norma. Mas não de forma qualquer a seu talento. Para prevenir interpretações desarrazoadas ou sem fundamento, a hermenêutica indica métodos, regras e princípios capazes de garantir certo controle, buscando o equilíbrio da atividade interpretativa. Ademais, ele não dispõe de arbítrio algum para interligar as normas aos fins que lhe aprouverem. Pelo contrário, deve ser serviente às balizas postas pelo ordenamento, que é quem determina os fins a serem realizados, os valores a serem preservados e os bens jurídicos essenciais a serem buscados. Destarte, “*deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional*”. (ÁVILA, 2009:35) Por conseguinte, há, para a atividade judiciária de construção de significados, limites a serem observados, cujo desrespeito engendraria uma situação de assimetria entre a previsão constitucional e sua concretização. (ÁVILA, 2009:34)

Não só o intérprete, aliás, influencia a norma. A interpretação também é dependente da realidade, diretamente influenciada pelo mundo dos fatos. Trazemos a feliz síntese de Hesse: “*a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade*” (HESSE, 1991:14).

Hermenêutica e interpretação, por conseguinte, possuem um estreito liame, imbricando-se. Inconcebível uma hermenêutica dissociada da interpretação, pois aquela fornece os necessários subsídios para a realização desta, que não existe de per si nem exaure-se em si mesma, mas somente tem sua existência justificada quando da aplicação das normas a situações concretas. (GOMES, 2001:29)

Velha e Nova Hermenêutica

A Hermenêutica Jurídica, entretanto, não nasceu como hoje a conhecemos. Ela percorreu um tortuoso caminho de incessante mutação e superação.

A denominada Velha Hermenêutica, em apertada síntese, compreendeu variadas escolas com diversas características, mas que de maneira geral tinham como traço marcante um grande aprisionamento do aplicador do Direito ao texto legal – como é, *exempli gratia*, o notório caso da Escola da Exegese. Era o apogeu do culto à lei, intimamente conexo ao pressuposto da plenitude do ordenamento jurídico. Alçando a lei ao patamar de possuidora das soluções para todos os casos eventualmente suscitados, o

intérprete se detinha em uma operação de subsunção do fato concreto à norma em abstrato aplicável, chegando a uma conclusão silogística. A neutralidade do juiz era buscada e exaltada, por força da qual sua função se cingiria à de boca da lei, demonstrando imparcialidade no processo de desvelar a significação do texto, já elaborado e exaurido de sentidos. (SILVA JÚNIOR, 2009:12)

Relativamente ao ponto de vista das possibilidades de significados do dispositivo legal, ele era tido como rígido, perfeito e acabado pelo sistema tradicional. Extremamente legalista e de marcante perfil dogmático, a inflexibilidade desse sistema vedava ao intérprete qualquer extensão de sentido diante dos problemas que surgissem concretamente, mesmo que não previstos pelo legislador. Era indispensável rigorosa conformidade à vontade do elaborador, *“como se fosse possível esgotar numa tabela textual todas as possibilidades de sentido que a realidade, em sua riqueza fenomênica, se desdobra”* (SILVA JÚNIOR, 2009:11).

Fácil é apreender uma constante que permeava o Direito nos tempos de esplendor da Velha Hermenêutica, sobre a qual esta debruçou-se obsessivamente na tentativa de sua plena realização: a segurança jurídica. Em virtude desse princípio, era conferido ao intérprete um espaço exíguo, ou mesmo inexistente, de interpretação. O objetivo era impossibilitar ao juiz usurpar o lugar do legislador, impedindo-o de fazer prevalecer sua vontade em detrimento da vontade dos representantes do povo. Não invadindo o globo de atuação de outro Poder, estaria garantida, além da supracitada segurança jurídica, a erradicação das injustiças e abusos de autoridade. (PELAYO, 2007:107) Outro traço que sobressaiu nesse período era o fato de que as regras eram de extrema importância, ao passo que os princípios careciam de normatividade, assumindo uma índole de não-vinculação.

Desvanecida pela legalidade, também a legitimidade era menoscabada no legalismo positivista. Despolitizando o Estado, esse ideário não guardava deferência alguma a valores e fins. Glorificando a neutralidade axiológica e teleológica, o conceito da legalidade agigantava-se (BONAVIDES, 2007:37).

As técnicas clássicas de interpretação eram insubordinadas aos valores e, por consequência, inócuas na concretização dos direitos fundamentais.

As bases sobre as quais estava assentado o entendimento do Direito começaram a tremular diante da crescente complexidade das relações sociais e das novas demandas daí decorrentes. A concepção de legalidade então em voga, tomada por um normativismo vazio e impermeável a valores, era repleta de lacunas, erros e imperfeições que só faziam

agravar as injustiças, síndrome da inaptidão daquele Direito em atender as necessidades e reivindicações sociais das classes desamparadas (BONAVIDES, 2007:67). Era visível que a lei não era mais capaz de acompanhar a sociedade.

Diante das dificuldades que foram surgindo em função da escassa normatividade dos princípios, da exacerbação do papel das regras e, principalmente, do distanciamento dos valores, da ética e da justiça, os tradicionais métodos de interpretação se mostravam insuficientes, e inevitável foi a cisão entre a Velha e a Nova Hermenêutica, que, apesar de não haver eliminado os procedimentos clássicos daquela, superou-os, a partir de uma profunda mudança.

Barroso assinalou esse momento de transformação com maestria:

o direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a cauda da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2008:28)

Dessarte, a nova atividade de compreensão do Direito evolve para agasalhar, já em uma etapa mais avançada, o indispensável papel da abertura da linguagem. E é precisamente a partir desse novo prisma, em que a linguagem permanece constantemente aberta a releituras e reconstruções, que a normatividade dos princípios expressos e implícitos estruturadores da ordem jurídica florescerá. Passam a ser reconhecidos “*como normas mais abstratas e fecundas, portanto, flexíveis a [diferentes] possibilidades de compreensão e concretização*” (SILVA JÚNIOR, 2009:9). Há profunda ligação entre abertura da linguagem e interpretação principiológica, como corroboram Barroso e Barcellos:

as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar [...] À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO, 2008:332)

Ao intérprete é aberta a seara da construção e reconstrução das normas, visando, mormente, à verdadeira concretização de valores, e deixando em segundo plano a subsunção imediata dos fatos aos textos normativos. O que, contudo, “*não implica a rejeição das técnicas da hermenêutica clássica, que também é necessária à interpretação da Constituição, muito embora seja insuficiente*” (MAGALHÃES FILHO, 2002:9).

Cabe aqui uma distinção entre Nova Hermenêutica Jurídica e Hermenêutica Constitucional. Perfilhando-se a tese de Hesse da igualdade com particularidades, a Nova Hermenêutica Jurídica é o gênero do qual a Hermenêutica Constitucional constitui espécie, devido à peculiaridade dos princípios de interpretação constitucional, cujo fim é a delimitação de novos parâmetros interpretativos decorrentes da particularidade da natureza da Constituição (PEREIRA, 2006:99-102).

Hermenêutica Constitucional

A Nova Hermenêutica Jurídica nasce umbilicalmente ligada a uma releitura publicista do Direito, tendo a Constituição seu trono no centro do sistema. Ela ganha primazia e passa a figurar no topo do ordenamento, com tudo o mais girando ao seu redor. A Lei Maior, ademais de suprema na hierarquia, é lente para a compreensão de toda a ordem jurídica.

Esse primado da Constituição, essa superioridade jurídica, é o sinal mais emblemático do procedimento de interpretação constitucional. Por força dela todo o restante da ordem jurídica é seu obsequioso servo. Ato jurídico algum subsiste, validamente, no âmbito do Estado, se não segue fielmente seu sentido. O que pode ser ilustrado pelo conjunto dos elementos que promovem o controle de constitucionalidade das leis. (BARROSO, 1996:101) Além disso, transmite a Lei Fundamental sua hegemônica força normativa do alto do vértice do ordenamento, destacando-se não somente como paradigma de validade para as normas infraconstitucionais, mas também como bússola que norteia a interpretação de todo o ordenamento:

[a] Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica

constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. (BARROSO, 2008b:197)

Assumindo a merecida essencialidade da realização do ideário da justiça e dos direitos fundamentais, a Constituição é enxergada com olhos que reconhecem-na “*como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos [...], no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central*” (BARROSO, 2008:30).

No tocante ao aplicador da lei, a nova atividade de interpretação constitucional viabilizou-lhe uma saída do estreito enclausuramento do texto legal, abrindo-lhe as portas para lidar com o incessante devir da realidade, cujas formas não admitem correntes ou amarras, se o que se busca é a materialização do dever ético (BROCHADO, 2006:222).

Sua tarefa não mais se esgota em narrar com neutralidade os já previamente acabados, do ponto de vista de suas potenciais significações, dispositivos. Ele agora edifica essas significações, assume uma postura criadora. Não se trata mais de aplicar o Direito mediante uma banal “*subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação*” (ÁVILA, 2009:32).

Urge ser superado, portanto, o equívoco de que dispositivo e norma não são uma e mesma coisa: na verdade, o primeiro é ponto de partida para a construção e interpretação dos sentidos da segunda – o que torna inconcebível a manutenção da ultrapassada crença de que o intérprete apenas descreve significados (ÁVILA, 2009:34).

Muito além de apenas iluminar seus sentidos, a interpretação deve igualmente atingir o fito de promover a *atualização* do texto constitucional, levando em conta os fatos do mundo real. (BONAVIDES, 2003:483)

Ainda no que concerne aos agentes que promovem a interpretação, Peter Häberle acrescenta uma interessante perspectiva. Ele abre o leque de intérpretes constitucionais, desenvolvendo uma democratização da Constituição, da interpretação e do Direito, na medida em que propugna pela evolução de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição - restritos aos órgãos e instituições oficiais – para uma sociedade aberta, democrática e plural:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997:15)

A consagração dos princípios e a Hermenêutica Constitucional

Se “a nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas” (BARROSO, 2008:332-333), uma dessas idéias, e talvez a que seja digna de mais aplausos, é o novo reino em que habitam os princípios; ao passo que as novas demandas, talvez as que mais profundamente toquem o coração, certamente são as demandas sociais.

Os princípios assumiram sua legítima função no Direito sob os auspícios da Hermenêutica Constitucional. Enquanto reinou a Velha Hermenêutica, estavam engolidos na sombra dos Códigos, inferiorizados, com seu campo de atuação circunscrito ao meramente subsidiário e suplementar, sua importância era secundária, e eram utilizados somente em casos de lacuna legislativa.

A aurora dos princípios e das Constituições foi um inarredável conseqüência do declínio das regras e dos códigos, de forma que “*ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança [...]*” (BONAVIDES, 2007:8-9).

A constitucionalização dos princípios evidenciou ser inexpugnável sua ampla dimensão normativa – máxima do juspublicismo de nossa era – após uma superação conceitual que os converteu em ponto pinacular da pirâmide jurídica (BONAVIDES, 2008:24), que auxiliam na construção do sentido de outras normas, são imperativas diretrizes interpretativas e fundamentam decisões em princípios materiais.

Cresceram tanto em prestígio que é usual na doutrina a afirmação de que desrespeitar um princípio é mais preocupante que infringir uma regra.³ Abonando este entendimento, citamos Bandeira de Mello:

³ Não obstante seja esta doutrina a majoritária – sustentada, entre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello, cujas idéias abordaremos logo adiante, não ignoramos que eminentes vozes perfilham tese diversa. Segue o exemplo de Humberto Ávila, que merece transcrição literal: “[...] convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção parte de dois pressupostos: primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando, em verdade, ela os cristaliza. Além disso, a idéia subjacente de reprovabilidade deve ser repensada. Como as regras possuem um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado estado de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão. De outro turno, é mais reprovável violar a concretização definitiva do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [Eis porque:] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2009:53)

Princípios da Hermenêutica Constitucional

Compreende a Hermenêutica Constitucional uma atividade de interpretação que reconhece a abertura da linguagem e a normatividade dos princípios estruturadores da Constituição. É chegada a hora de observarmos a colaboração efetuada pelo modelo de interpretação principiológica para a efetivação dos direitos fundamentais, cabendo-nos, para tanto, versar alguns desses princípios.

Sendo por muitos apontado como ponto fulcral da Nova Hermenêutica, o princípio da *supremacia da Constituição* se baseia na superioridade da Lei Maior relativamente aos demais atos normativos, de maneira que nenhum ato jurídico pode subsistir válido se com ela incompatível.

O princípio da *unidade da Constituição* finca suas bases no fato de não ser a Lei Maior um acúmulo de normas casualmente amontoadas, mas uma unidade orgânico-sistêmica sedimentada “*em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes*” (BARROSO, 1996:181-182). Ele evita a contradição entre suas normas, de forma a impor “*ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas*” (BARROSO, 1996:182).

O princípio do *efeito integrador* preconiza que “*na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social (...)*” (CANOTILHO, 2003:1224).

outros, como ocorre no caso dos princípios. [...] a reprovabilidade deve [...] estar associada, em primeiro lugar, ao grau de conhecimento do comando e, em segundo lugar, ao grau de pretensão de decidibilidade”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 103-104.

De fundamental interesse na concretização dos direitos fundamentais é o princípio da *máxima efetividade*, segundo o qual deve ser acolhido o sentido que proporcione maior efetividade à norma constitucional frente às condições de cada caso. Diante de dificuldades ou incertezas quanto à interpretação, deve-se dar prevalência àquela que confere maior eficácia aos direitos fundamentais.

O princípio da *conformidade funcional* objetiva a preservação da estrutura organizacional do Estado, por via da manutenção da repartição das funções estatais designadas pela Constituição, evitando-se sua alteração.

Conforme Canotilho, o princípio da *concordância ou harmonização* determina a “*coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*” (CANOTILHO, 2003:1225). Sua esfera de incidência engloba somente os direitos fundamentais e os bens jurídicos constitucionalmente protegidos (SILVA JÚNIOR, 2009:75).

Pelo princípio da *força normativa da Constituição*, “*deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “actualização” normativa, garantindo, ao mesmo pé, a sua eficácia e permanência*” (CANOTILHO, 2003:1226).

De acordo com o princípio da *interpretação conforme a Constituição*, quando diante de uma pluralidade de caminhos interpretativos, busca-se aquele que seja conforme a Constituição. Afirma Barroso que “*além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição*” (BARROSO, 1996:175).

Cumprido, ainda, fixar os olhos mais detidamente em um princípio cuja importância só faz crescer no Direito brasileiro: o princípio da *proporcionalidade* – ainda mais se atentarmos para o fato de que ele se consubstancia em poderoso mecanismo de controle e fiscalização dos atos oriundos do Poder Público.

Trata-se de uma minuciosa averiguação do binômio custo-benefício da medida adotada pelo Estado, sendo que, em suma, consiste em sopesar, de um lado da balança, os prejuízos suportados e, de outro, os benefícios colhidos. É um princípio tripartite, que pode ser decomposto em: i) exame da *adequação*, que vai perquirir se as medidas tomadas pelo Poder Público são idôneas à consecução de seus propósitos; ii) exame da *exigibilidade* ou *necessidade*, que constata a ausência de método menos nocivo para o alcance das finalidades colimadas; e iii) exame da *proporcionalidade em sentido estrito*,

qual seja, uma criteriosa observação da relação entre o gravame sofrido e o proveito auferido, essencial para avaliar se a ingerência do Poder Público na esfera de direitos dos cidadãos é justificada.

Alexy identifica esse princípio com o exercício da ponderação, que pode ser sintetizado no ensinamento de que “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2008:593).

Humberto Ávila assinala que a proporcionalidade necessita do arrimo de três subsídios imprescindíveis à sua aplicação, é dizer: um meio, um fim concreto, e um nexo causal entre ambos, sem os quais não pode haver o exame da proporcionalidade, haja vista não possuir a mesma aplicabilidade irrestrita (ÁVILA, 2009:164). Em suas palavras:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado ⁴ normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então [...] cai o exame da proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.

[...]

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, 2009:164-165)

Hermenêutica Constitucional e o direito à saúde

Como visto acima, pelos novos ventos soprados pela Hermenêutica Constitucional, o magistrado não pode se apartar das concepções éticas e, sob o pretexto da neutralidade, conformar-se com o insuficiente processo de subsunção lógico-formal clássico. É fora de dúvida que para a realização da justiça ele deve realizar os direitos fundamentais e os valores entremostrados pela Lei Maior, valendo-se, para isso, do

⁴ Segundo o autor, a proporcionalidade se encaixaria mais adequadamente não na categoria de princípio, mas na de postulado. Ele envereda por um distinto e interessante caminho ao abordar essa questão, fazendo distinções entre postulados, princípios e regras. Embora sua obra seja de grande originalidade e indiscutível repercussão, não nos aprofundaremos na referida distinção para não tergiversar do tema a que nos propusemos no presente artigo. Para maiores detalhes, vide: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.

caráter principiológico da nova atividade de interpretação e do papel exercido pela Constituição de norte do ordenamento jurídico.

As normas que veiculam declaração e garantia dos direitos fundamentais preferem, na perspectiva cultural e axiológica, às demais normas constitucionais no Estado Democrático de Direito, pois seu objetivo maior e fundamento de legitimidade é exatamente a realização dos valores que constituem esses direitos (SALGADO, 1996:32).

No papel que cabe à nova atividade interpretativa, somente é constitucionalmente adequada a interpretação que proporciona a eficácia ótima de suas normas. Sabe-se que, pelos objetivos positivados no art. 3º da Constituição, a meta final da República é a preservação da dignidade revelada em cada ser humano. Sua teleologia é a dignificação da pessoa, como o sentido maior do paradigma estatal, que ganha vida para conceber uma existência condigna com a substância humana. A Hermenêutica Constitucional deve proteger e realizar todas as dimensões dos direitos fundamentais. Não há argumento superior para a presença do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2008:315).

Assentes sobre o trono do novo Estado de Direito estão, portanto, os direitos fundamentais e suas defesas e salvaguardas previstas pela Lei Maior. A teoria dos direitos fundamentais sedimenta-se no “*fundamento da dignidade humana*” (BARROSO, 2008:336). Eles conectam-se visceralmente, em sua dimensão histórica e filosófica, à liberdade e à dignidade humana, o que implica reconhecer a “*universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana*” (BONAVIDES, 2008:562).

Vinculando a dignidade humana não somente ao núcleo dos direitos fundamentais, mas também ao centro de todo o ordenamento, está Ingo Sarlet:

[...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, [...] a condição de valor jurídico fundamental. Importa considerar, neste contexto, que na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa [...]. A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento de proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. [...] Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2001:71-72)

A saúde é um componente da maior relevância para a concretização da dignidade humana. Sua plena realização engrandece o ser humano, na medida em que está comprometida com a preservação da vida humana em sua qualidade existencial. Ela é consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, mormente em seu artigo 196, como “direito de todos e dever do Estado”, além de ser o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O constituinte de 1988, ciente do grande impacto que o direito em tela tem na consecução das metas a que se propõe a República, reservou-lhe um cuidado especial em inúmeros dispositivos de nossa Lei Maior.

Na dicção do art. 6º, é enunciado que a saúde é um direito social. O art. 7º, IV fixa que o salário-mínimo deve ser capaz de satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, e o inciso XXII determina que devem ser reduzidos os riscos inerentes ao trabalho, através de normas de saúde, higiene e segurança. O art. 23, II exprime que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela saúde. Pelo art. 24, XII a União, os Estados e o Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde. Sendo a saúde tema de indiscutível interesse local, também compete aos municípios legislar sobre esse direito, conforme o art. 30, I, e o inciso VII do mesmo artigo confere aos Municípios competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. O art. 34, VII, *e* (acrescida pela Emenda Constitucional 29/2000) prevê a possibilidade de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O art. 35, III (alterado pela Emenda Constitucional 29/2000) determina a possibilidade de o Estado intervir nos Municípios, e a União, nos Municípios localizados em Território Federal, se não for aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O art. 167, IV (também modificado pela Emenda Constitucional 29/2000) excepcionou que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde. O art. 196 reconheceu a saúde como 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. O art. 197 é outra mostra

da preocupação do constituinte em promover a efetividade do direito à saúde, ao considerá-lo como serviço de relevância pública (e releve-se que pelo art. 129, II cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública, executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia), sendo função do Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O art. 198 estruturou o Sistema Único de Saúde, integrando as ações e serviços públicos em uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada 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; e participação da comunidade. De acordo com os §§ 1º, 2º e 3º do referido artigo, esse sistema será custeado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, sendo estabelecidos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde. O art. 199 e seus §§ 1º, 2º e 3º abrem à iniciativa privada a possibilidade de tomar parte na assistência à saúde, facultando às instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, proibindo a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, assim como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, com exceção dos casos previstos em lei. Pelo art. 200 são enumeradas, de forma não taxativa, as atribuições do sistema único de saúde: I) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do

trabalho. O art. 208, VII insere a assistência suplementar à saúde dentro dos deveres do Estado na educação. Segundo o art. 220, §3º, II lei federal pode estabelecer lindes à propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O art. 227 coloca, entre os deveres da família, da sociedade e do Estado, a garantia, à criança e ao adolescente, do direito à saúde; e seu § 1º admite a participação de entidades não governamentais no dever de promoção do Estado de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, sendo que no inciso I fica determinada a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. Nem mesmo o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se olvidou de conferir-lhe especial tratamento, ao dispor sobre a saúde nos arts. 53,IV, 55, 77 e outros mais.

Do que se infere que o referido direito foi objeto de obsessivo zelo, não só por parte do constituinte originário, mas também do derivado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna.

Entretanto, é evidente que a pretensão normativa do texto legal supremo se encontra em candente contradição com a realidade da grande maioria dos brasileiros. Há riqueza de preceitos constitucionais, mas pobreza de resultados.

Mesmo o direito à saúde contando, assim como todos os direitos e garantias fundamentais, com aplicabilidade imediata – por força do artigo 5º, §1º da Constituição, o Estado, por vezes, termina por não lhe agregar concreção, seja pela falta de normas regulamentadoras, seja pela ausência de ações fáticas.

É corriqueira, ainda, a justificativa de insuficiência de recursos, em função da qual o referido direito vem sendo constantemente ultrajado.

O Judiciário, sob o argumento de que falece-lhe competência para decidir sobre a destinação e aplicação do orçamento público, também se exime, por indeclinável amor à separação de poderes, da incumbência de sua concretização.

Não podem ser tão inocentemente acatados os motivos referidos supra quando se trata do direito à saúde, o bem maior da vida humana, pois, conforme evidencia Ingo Sarlet:

a denegação dos serviços essenciais de Saúde acaba - como sói acontecer - por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de

responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.
(SARLET, 2003:314)

Assim, não obstante seja o Poder Público o maior encarregado de proporcionar a realização do direito à saúde, este acaba por não ganhar eficácia, o que, além de demonstrar a mais cabal alheação aos fins estatais, afronta as mais prementes necessidades existenciais dos cidadãos.

Insta que a fundamentalidade atribuída a esse direito saia da exaltação demagógica e torne-se realidade, pois qualquer negativa da obrigação de sua efetivação equivale à rejeição de seu reconhecimento como verdadeiro direito.

É a partir da equação entre a urgente necessidade de efetivação (tendo em vista a imediata aplicabilidade do direito em apreço e o grande valor do bem jurídico em tela) e a tão propalada escassez de recursos, a natureza programática das normas explicitadoras de direitos sociais e o dogma da separação de poderes que avulta a Hermenêutica Constitucional. Sem menoscabar a dificuldade dos óbices impostos pelo direito à saúde, a teoria científica de interpretação à luz da Constituição pode nos orientar para um denominador comum, e revelar a magnitude de sua força na concretização os direitos fundamentais – a finalidade maior do Estado Democrático de Direito.

Vejamos então três muralhas, antes irremovíveis, para a realização do mencionado direito, que podem ser superadas com o amparo da Hermenêutica Constitucional.

O caráter programático das normas definidoras de direitos sociais

Historicamente, por força de suas próprias peculiaridades de direitos que reclamam do Poder Público ações positivas, dependentes de recursos não só materiais, mas também jurídicos, essas normas nem sempre ganharam eficácia em vista de cenários de carências e limitações financeiras e legais.

Sem muito esforço, sua juridicidade foi inicialmente posta em xeque e sua normatividade questionada. O próximo passo foi ficarem circunscritos à esfera programática, uma vez que não dispunham das garantias aptas à sua realização fática, como os mecanismos processuais que os direitos da liberdade continham para sua proteção. Até então, era prevalente o conceito de que somente os direitos individuais

eram imediatamente aplicáveis, enquanto aos sociais era indispensável a iniciativa do legislador (BONAVIDES, 2008:564-565).

Proporcionavam aos jurisdicionados uma situação jurídica menos sólida que as típicas normas de conduta, vez que apontam fins a serem perseguidos sem indicarem precisamente os meios, ou seja, não explicitando o comportamento a ser adotado por parte do Estado, apenas indicam diretrizes. Em outras palavras, não investiam os cidadãos na faculdade de exigir judicialmente seus direitos subjetivos (BARROSO, 1996:103).

Imperando o conceito programático sobre as normas mormente associadas à disciplina das relações econômico-sociais, o grande óbice que a doutrina tinha que debelar para viabilizar sua plena concreção fática era a conquista de instrumentos constitucionais e a construção de uma base teórica robusta o bastante para sobrelevar a essência relativamente vaga e incompleta das normas veiculadoras de direitos sociais (SILVA, 1999:140).

Desse modo, o conteúdo das normas programáticas foi se tornando cada vez menos palpável, pois a ausência de dispositivos infraconstitucionais regulamentadores era – e ainda é – constante. O imobilismo legislativo chegou mesmo a ser batizado de “*síndrome da inefetividade das normas constitucionais*” (SILVA JÚNIOR, 2009:106).

Vivenciaram, como seria de supor, um tormentoso ciclo de aplicabilidade, por cujo fim pugnamos, juntamente com nossa lapidar Constituição. O supracitado comando do art. 5º, § 1º, deu importante passo nesses sentido, ao ordenar imediata aplicação aos direitos fundamentais, estando aí compreendidos os direitos sociais, de forma a possuírem tanta justiciabilidade quanto os direitos individuais. Pelo menos o subterfúgio de negar-lhes efetividade com estribo em sua índole programática terá de ser revisto (BONAVIDES, 2008:565).

É com a paulatina substituição da ultrapassada mentalidade de que têm essas normas pouca densidade normativa, pela convicção de que “*podem embasar pretensões a ações fáticas, que se fala em combate à inefetividade à qual foram relegadas*”(SILVA JÚNIOR, 2009:106-107).

Por conseguinte, afastado deve ficar

da doutrina e do Direito Constitucional contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos. [...] Norma que cria direito, que depende do próprio direito e não da economia do País ou de outras circunstâncias estranhas ao direito para ser aplicada, é norma auto-aplicável, porque o direito, ou está previsto em normas positivas, ou está implícito, ou omissivo, cabendo ao Judiciário declará-lo, explicitá-lo ou preencher as lacunas da ordem jurídica, se for o caso. [...] Esse princípio de imediatidade é válido

também para os direitos sociais (direito ao trabalho, direito à saúde e direito à educação), correlatos de um dever do Estado (SALGADO, 1996:34-35).

O Supremo Tribunal Federal também teve a oportunidade de pronunciar-se nessa direção:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁵

Bobbio, com inigualável virtude, já questionou se um “direito” pode ostentar essa denominação quando seu reconhecimento e sua proteção são indefinidamente deixados para depois, sob os cuidados de agentes que procedem como se o dever de realização de seu texto fosse meramente moral ou, quando muito, político (BOBBIO, 1992:78). Obviamente não. Para ser digno desse nome, o direito deve ganhar efetividade, o que significa o desempenho concreto de sua função social, materialização da norma no mundo dos fatos, a simetria mais perfeita possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 1996:83).

A questão da separação de poderes

Não é infrequente deparar-se com situações de inércia do Poder Legislativo, ou mesmo do Executivo, que seria o incumbido de implementar as políticas públicas, de modo que os direitos cuja satisfação depende da atuação desses Poderes saiam prejudicados. São levantadas até hoje fortes objeções contra o fornecimento minimamente digno das prestações públicas sociais.

Intimamente conexo ao problema da índole programática dessas normas está o embaraço causado pelo clássico dogma da separação de poderes.

Uma comumente referida, e intimamente conexa ao problema da índole programática das normas, é o embaraço causado pelo clássico dogma da separação de poderes.

⁵ RE-AgR n.º 271.286. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 24/11/2000.

Ao Judiciário caberia tão-somente a resolução das controvérsias que lhe fossem submetidas. Sempre estar-lhe-ia interdito ingerir-se em atribuições conferidas a outro Poder. O intérprete originário da Constituição seria o legislador, que disporia, por conseguinte, de total juízo de conveniência e oportunidade, outorgado pela própria Lei Fundamental, para determinar a forma e a extensão em que o direito deve ser garantido. Já a execução dos projetos caberia exclusivamente ao Poder Executivo, que determinaria, com absoluta discricionariedade, o quando e o como de sua realização. Referendados pelos votos dos cidadãos, os rumos tomados por esses dois Poderes seriam, *ipso facto*, sempre legítimos.

Em razão desse tradicional princípio, recoberto de índole excludente, negativa, descaberia ao juiz irrogar-se a função de outros Poderes para fixar suas próprias escolhas, menoscabando os dizeres da própria Constituição, que conferiu esse papel aos sufragados pelo povo. De maneira que, lhe sendo essa competência vedada institucionalmente pelo sistema de poderes mutuamente limitados, qualquer atuação nesse sentido traduziria, além de desrespeito à soberania popular, usurpação de atribuições, contumélia imperdoável à separação de poderes.

Obra de grandiosa repercussão do insigne Barão de Montesquieu, a tripartição de poderes não é uma verdade inelutável, mas uma construção já bem antiga com o notório desígnio político-ideológico de garantir a liberdade das pessoas contra as arbitrariedades dos governantes, através do impedimento da concentração dos poderes, que passariam a se limitar reciprocamente (MELLO, 2009:31). Ela chegou ao auge de seu reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem, que em seu art. 16 celebrava que “*Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição*”.

Esse princípio, ao menos em sua obsoleta interpretação, confeccionada para o Estado Liberal burguês dos fins do século XVIII, merece ser mais bem pensado para os nossos dias. Ele

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.

[...]

Desde que o constitucionalismo entrou a evoluir no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de

teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual da organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico. (BONAVIDES, 2007:64-65)

Vindo do nascedouro com o propósito de limitação máxima dos fins do Estado, estava a separação de poderes fadada a entrar em contradições irremissíveis ao ir de encontro às transformações por que passaria a sociedade. Lançado o novo ideário político, econômico e social, com suas conseqüentes aspirações, o anacrônico dogma, em sua concepção clássica, entrou em declínio.

Com a ampliação dos fins estatais saltou aos olhos a premente necessidade de se derrubar as intransponíveis barreiras doutrinárias que mantinham os poderes ilhados, acorrentados tão longe quanto possível uns dos outros.

A direção a que o constitucionalismo contemporâneo aponta é a de colaboração e intercomunicação entre os poderes.

O desafio do Judiciário, atualmente, é extrair da norma constitucional sua máxima eficácia, sem, no entanto, extrapolar seus limites. Ocorre que é inaceitável pensar a sua função como a de singelo boca da lei, autômato aplicador de dispositivos legais, porquanto se a sentença consistisse em um procedimento mecânico, dispensável seria a própria existência do órgão jurisdicional, bastando um agente executivo que interviesse na aplicação das normas (BROCHADO, 2006:221).

O único papel condigno da confiança conferida pela sociedade ao magistrado é aquele que promove uma contribuição justa e racional para a realização dos direitos fundamentais, pois

[O] Estado de Direito, no seu elemento definidor, é o que declara e garante na Constituição os direitos fundamentais. Ora, declaração sem garantia desses direitos é vazia. E a garantia dos direitos fundamentais só é possível se está a cargo do Judiciário [...]. (SALGADO, 1996:38)

Sabe-se que a formulação e implementação de políticas públicas estão a cargo das escolhas políticas feitas por aqueles que se acham investidos de mandato eletivo. A princípio, o próprio Poder Judiciário não foi estruturado para deliberar acerca de políticas públicas ou recursos. Contudo, diante do quadro de catástrofe social, é absurdo defender que a liberdade de atuação do Executivo e do Legislativo são absolutas. Esses poderes vêm dando mostras eloqüentes de incapacidade de cumprimento racional dos ditames constitucionais. Se o gozo dos direitos sociais é aniquilado ou comprometido, mediante um comportamento de injustificável inércia ou arbitrariedade governamental, lícita se faz

ALETHES: Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF • nº 1 • Ano 1

a intervenção do terceiro Poder para assegurar o acesso do povo a um núcleo de condições essenciais à sua existência digna. Tão seguro quanto o dever do Estado de garantir a fruição dessas condições é o direito de se servir do Judiciário para executar essa obrigação. Não foi por razão outra que a Constituição assim declarou em seu art. 5º, XXV.

A constitucionalização do direito à saúde teve como consequência a ampliação material e formal de sua dimensão normativa, na medida em que essas normas constitucionais sempre podem arrimar pedidos e embasar decisões judiciais.

Diante desse cenário, o Judiciário deveria, sem grandes dificuldades, exigir pelo menos um “padrão mínimo” irredutível de execução das tarefas estatais, pois são extensas as possibilidades de aplicação judicial desse direito, ainda mais se tomarmos em consideração o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Desafortunadamente, essa perspectiva mais evoluída e humana do Direito ainda não se constitui na inteligência preponderante da jurisprudência do país, muitas vezes por forças ideológicas e não jurídico-rationais (BARROSO, 1996:155). A interpretação constitucional de grande parte da magistratura ainda se baseia no anacrônico formalismo jurídico, que talvez seja o maior obstáculo para a preservação mais consistente dos direitos fundamentais.

Essa técnica, fruto do juspositivismo, se pauta em uma operação meramente lógica de silogismo, dando preferência às formas em detrimento das finalidades buscadas pela norma, isto é, da realidade social perseguida, que é o que paira acima da exterioridade das formas (BOBBIO, 1995:146;221).

O direito fundamental à saúde, consagrado na Constituição Federal, não pode continuar a ser uma expectativa inatingível para os administrados. Deve abandonar o formato de utopia vazia de qualquer significado real, de proclamação meramente retórica. O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde deve ser garantido.

Para tanto, se faz necessária uma releitura do vetusto dogma da separação de poderes. Pela nova lente da Hermenêutica Constitucional, o intérprete não pode mais se ancorar na ingênua distribuição de poderes, na busca obtusa pela segurança jurídica, na neutralidade e na imparcialidade estritamente legalistas para desviar-se da exigência de construção de um Direito ético, material e comprometido com a transformação social da realidade. Como já assinalou Bonavides:

Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com a metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos como juristas do Estado e só secundariamente da Sociedade; estes, ao contrário, tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma. (BONAVIDES, 2007:19)

Devido a sua grande dimensão simbólica, a separação de poderes ainda é um entrave paralisante – ou um pretexto conveniente – para se denegar as reivindicações sociais. Não pode o princípio se resignar em servir somente a seu primitivo objetivo de garantir os direitos fundamentais individuais contra a arbitrariedade e o despotismo, mas deve investir também contra o descaso e a omissão do Estado na garantia dos direitos sociais.

A doutrina da reserva do possível

A idéia de que a efetivação dos direitos sociais é possível somente na medida da disponibilidade de recursos do Estado influenciou o surgimento, na Alemanha, nos idos de 1970, da doutrina da reserva do possível. Sendo direitos que não dispunham de autonomia frente às possibilidades materiais dos cofres públicos, sua eficácia dependia diretamente da disponibilidade dos recursos, que constituíam verdadeiros entraves fáticos para sua efetivação.

Os direitos da segunda geração impõem, para sua concretização, prestações estatais positivas. Sempre onerosas, essas prestações caracterizam-se por um inarredável laço de dependência com o quadro financeiro do Poder Público. Entretanto, a reserva do possível é, muitas vezes, indiscriminadamente invocada como uma impenetrável barreira para a atuação do Estado na realização dos direitos sociais, como se bastasse o fato de se vincular à situação econômico-financeira para justificar todo e qualquer descumprimento dos encargos conferidos pela Lei Maior.

No polo oposto a esse entendimento está o de que a intangibilidade do direito à saúde tem sempre prevalência frente a interesses meramente financeiros. Diante da dimensão jusfundamental desse direito, previsto na Constituição, seria devido, em qualquer hipótese, reconhecer a insignificância de aspectos orçamentários. Conforme a observação do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na apreciação da Pet. 1246-SC:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Arroubos extremistas, conquanto, devem ser evitados. Primeiramente, cabe notar que os recursos públicos também mereceram cuidadosa atenção do constituinte. É defeso, na Constituição Federal de 1988, o início de programas e projetos não previstos pela lei orçamentária anual (art. 167, inc. I); a realização de despesas superiores aos créditos orçamentários (art. 167, inc. II); a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de um tipo de programação para outro, ou de um órgão para outro, na ausência prévia permissão legislativa (art. 167, inc. VI), entre outros procedimentos. O que deixa evidente a disposição da Lei Fundamental em planejar rigorosamente a realização de gastos do Poder Público.

Nesse ponto de vista se baseia a crítica tecida por Gouvêa, ao aduzir que:

A atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um "problema secundário" ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo "previsto constitucionalmente", correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira.⁶

Há que considerar, ainda, que a possibilidade orçamentária não é o único item a que se deve voltar a atenção. A obrigação pleiteada em juízo deve ser compatível com o que o sujeito pode razoavelmente demandar da sociedade. Caso contrário, não é exigível do Estado prestação que não se atenha às balizas assinaladas pela razoabilidade, mesmo se ele dispõe de recursos e tem poder de disposição.⁷

Nesse diapasão, unicamente quando razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Poder Público afirmarem-se em cumulativa ocorrência é que pode-se falar em missão de realização fática dos direitos econômicos, sociais e culturais. De outro modo, não restará configurado dever estatal algum de concretizar tais direitos.⁸

⁶ GOUVÊA, Marcos Masseli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>> Acessado em: 16 jan. 2010

⁷ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

⁸ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004.

Não obstante, só será admissível ao Estado recorrer à reserva do possível diante de causa legítima, passível de constatação objetiva. Se sua finalidade é furtar-se de incumbências constitucionais, arquitetando meios de frustrar e inviabilizar o acesso ao direito pelos cidadãos, então sua atitude é iníqua e repreensível. Se da ação governamental advier “*nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*”⁹, o óbice artificial engendrado pelo Poder Público restará maculado pelas nódoas da arbitrariedade e da injustiça.

Longe de desconhecer o peso que a realização dos direitos sociais tem na balança orçamentária do Governo, Alexy assevera que os cofres públicos perfazem certas restrições a essas positivas prestações fáticas. Contudo, não podem constituir uma justificativa para sua total ineficácia, pois o princípio da competência orçamentária do legislador não é absoluto, nem sua força é ilimitada (ALEXY, 2008:512-513). Direitos fundamentais podem, sim, pesar mais que argumentos político-financeiros.

Engenhosa saída foi aventada por Ana Paula de Barcelos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2002:245-246)

O que se está a defender é que o condicionamento financeiro é onipresente e não pode ser tratado com descaso. Ao deliberar sobre suas economias, porém, não pode o ente estatal ser indiferente à realização das metas fundamentais da Constituição, que além de se constituírem em motivo determinante do recolhimento de recursos pelo Estado, são também sua razão de ser. O objetivo primário das despesas públicas deve ser a criação de condições materiais de existência minimamente digna. Somente após esse estágio ser

⁹ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004.

atingido pode-se questionar o destino dos gastos remanescentes. Assim, é viável uma coexistência harmoniosa entre mínimo existencial e reserva do possível. Mesmo que de grande valor e de observância obrigatória, não se pode aceitar que a simples menção a restrições orçamentárias seja suficiente para impedir a fruição do direito fundamental à saúde por parte dos cidadãos.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma estatal, que, norteado pelo valor-guia positivado constitucionalmente da dignidade humana, tem como fim supremo a realização dos direitos fundamentais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O fundamento para a interpretação da Constituição de 1988 é, portanto, a dignidade humana, e seu cerne, o “mínimo existencial”. O direito à saúde, embora fundamentalmente vinculado à idéia do mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana, não vem sendo efetivado pelo Poder Público.

Do embate entre sua premente necessidade de efetivação e a privação de recursos, o caráter programático das normas e a separação de poderes surgiu convenientemente um terreno fértil, adequado para justificar a negligência estatal. E lamentavelmente em um campo extremamente frágil e delicado, como é o caso dos direitos sociais, cuja eficácia contribui em tão alto grau para a realização de todos os outros direitos, como os da primeira geração e da própria liberdade.

Tendo em vista a singularidade desse problema, pugna-se que sempre que possível os imperativos éticos e constitucionais conducentes ao direito à saúde devem ser seguidos, porque o único desfecho justo para essa *vexata quaestio* é aquele em que a vida é preservada.

Para isso, se faz imprescindível que o intérprete do Direito, consciente de seu novo papel de agente da transformação social renuncie a seu agir retórico-legalista. Um Judiciário com as faculdades da razão escurecidas, com intransponíveis raízes fixadas na Velha Hermenêutica, permaneceria silente diante das novas demandas da Sociedade.

Mudando sua formal visão do Direito e passando a enxergar sob a perspectiva da Hermenêutica Constitucional, o magistrado passa a ser um compromissário dos anseios da Sociedade e da concretização dos direitos fundamentais.

Com a interpretação mais criativa, flexível, teleológica e valorativa da Lei, coloca-se o humano antes do econômico e do formal, e, sem perder de vista o indeclinável princípio da segurança jurídica, torna-se possível a salvaguarda do mais magnífico bem do ser humano: a vida – sem o qual nenhum outro tem valia.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais, e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008b.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BROCHADO, Mariá. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n. 3, v. 20, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, abr./jun, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. *A nova hermenêutica e a efetivação de direitos sociais*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2009.