

A Obrigação Constitucional à Saúde Pública: Modelo Brasileiro

Margaret de Olivaes Valle dos Santos¹

DIREITO À SAÚDE – INTRODUÇÃO

1.a. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira

O Estado Democrático Brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988, tem como valores supremos: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, entendida como a concretização do justo, do razoável e do proporcional, estendendo-se ao atuar do legislador, do intérprete e do aplicador das Leis a obrigatoriedade de respeito a estes valores.

A dignidade da pessoa humana, eleito como princípio fundamental do Estado Brasileiro, constitui-se paradigma axiológico de todo ordenamento jurídico, e atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais (artigo 5º), entre eles o direito à vida, à integridade física, que têm como corolário natural o direito saúde, e passa a nortear, também, a ordem econômica, social e educacional do Estado.

O Estado Brasileiro, que se autointitula Democrático de Direito, deixou, assim, de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, verdadeiro Estado Social de Direito, adotando uma dogmática que pretende realizar a Justiça Social, estabelecendo para tal direitos públicos subjetivos, entre eles o direito à saúde.

Os objetivos do Estado Brasileiro de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3ª), formam uma base de prestações positivas a

¹ Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública - Capital.

serem implementadas pelo Estado para a concretização do sistema democrático, efetivando, na prática, o princípio da dignidade humana.

Apesar de serem as pessoas responsáveis por conferir ou não dignidade às suas vidas, é tarefa do Estado criar condições para que as pessoas se tornem dignas, na medida em que assegura a todos o exercício pleno dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição e amplia as possibilidades existenciais para o exercício da liberdade.

1.b. A Força Normativa da Constituição

Os princípios formam uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais por sua maior amplitude de campo de incidência, maior força jurídica e permanência em vigor em caso de conflito normativo.

Os princípios fundamentais têm a função de dar unidade ao sistema jurídico, não só direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas, mas também gerando novas regras em caso de lacunas. São, assim, os princípios, normas, e não apenas meras diretrizes programáticas ou ideais ético-políticos, constituindo um “*sistema objetivo de valores*”², formando a base ética da sociedade.

Os direitos fundamentais do homem são hoje princípios que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo concretizados, no âmbito do direito positivo, em prerrogativas e garantias estabelecidas, de forma expressa, nas Constituições dos Estados contemporâneos.

Para que se cumpram a Constituição e seus princípios fundamentais, entre eles o respeito à dignidade humana, é necessário que o paradigma normativista do Estado Liberal individualista seja superado, passando-se entender “*a Constituição como um espaço de mediação ético-política da sociedade*”³, com a aplicação direta dos princípios ali estabelecidos, proceden-

2 COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 30.

3 STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamen-

do-se a uma “constitucionalização” do direito infraconstitucional.

O Estado Democrático de Direito exige uma “*nova postura hermenêutica, que envolve ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito*”.⁴

Isso porque tem o Estado o poder/dever de intervir na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que os mesmos só podem ser exercidos se forem impostos a todos, inclusive ao próprio Estado.⁵

2.a. O Papel do Poder Judiciário na Interpretação e Efetivação dos Princípios Fundamentais

Na medida em que a Constituição põe à disposição de todos os operadores do Direito os mecanismos para a implantação das políticas do Estado Social, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade humana, resta claro que o centro das decisões, antes colocado no Legislativo e no Executivo, foi deslocado para o Judiciário.

A função do juiz na sociedade contemporânea é muito mais difícil e complexo do que sugeriam as doutrinas tradicionais, para as quais as decisões judiciais que correspondiam, em regra, à mera aplicação ao caso concreto da norma legal preestabelecida.

Hoje toda decisão judicial decorre necessariamente da interpretação de princípios e valores constitucionais e envolve escolhas discricionárias, que implicam necessariamente a valoração e o balanceamento dos valores envolvidos no conflito posto em juízo, resultando do que se costuma chamar de criatividade judicial.

tal.” *In*: Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

4 *Ibid.*, p. 328.

5 “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais [...], direitos sociais [...] antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª edição. Rio Janeiro:Campus, 1992, p. 21).

O processo de criatividade judicial na busca da decisão justa implica o reconhecimento de que conflitos, que algumas vezes sequer foram objeto de apreciação do legislador, devem ser resolvidos diretamente à luz dos princípios e valores constitucionais mediante processo interpretativo judicial que envolve sempre discricionariedade, mas não significa liberdade total, uma vez que o interprete juiz é vinculado ao ordenamento e aos próprios precedentes judiciais.⁶

Já se disse que o direito criado pelos juízes, através de suas decisões judiciais, é “sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato(...) os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam sua aplicação às circunstâncias da causa”⁷

Cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais; processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

2.b. O Fenômeno da “Judicialização”

Embora o Estado Brasileiro tenha cunho eminentemente social, o projeto econômico é evidentemente neo-liberal globalizado, sendo patente a ineficiência do sistema público estatal em dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional, como o caso do direito à saúde, em que esta tarefa é transferida ao setor privado, mediante o modelo chamado de saúde suplementar, assumindo o Estado mero papel regulamentador.

6 “Discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos. Na verdade todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” CAPPELLETTI Mauro, **Juízes Legisladores**, 1993, Sérgio Fabris Editora, Porto Alegre, p. 24/25.

7 Do discurso de Lord Radcliffe na convenção anual do “Law Society” de 1964, citado sem referências bibliográficas por P. A. Jones, *Rival Law Reformers? The Solicitors’ J*, 110, 30.09. 1966, p 733.

Esse é o principal problema dos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, vivendo grande parte de sua população em condições de extrema pobreza, sem usufruir os direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde.

Some-se a isso aos altos índices de miséria e exclusão social por conta da pouca distribuição de renda e baixa escolaridade e a ineficiência do sistema público de saúde – SUS – por conta inclusive da corrupção.

Não consegue o Estado, nestes países periféricos, como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão como ocorre no caso do direito à saúde, que é reconhecido como direito de todos e dever do Estado e deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade.

Diante da possibilidade de acesso à justiça, o papel do Poder Judiciário de interpretação dos princípios constitucionais na solução dos casos concretos se faz cada vez mais presente, evidenciando a expansão do direito judiciário ou jurisprudencial, ou no que se convencionou chamar no poder criativo dos juízes.

Neste contexto, sobrepõe a judicialização das demandas envolvendo a efetivação do direito fundamental à saúde, inclusive, a atestar que cada vez mais o cidadão, diante da omissão do poder político em cumprir suas obrigações constitucionais, busca soluções judiciais para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional.

Entretanto não se deve perder de vista que a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional, deslocou a visão da pessoa humana, antes atomizada e individualista, para uma visão humanista, solidária e social. Implica dizer que no Estado Social, como diz Fábio Konder Comparato, a *“solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”*⁸.

8 “Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica. A solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da obligatio in solidum do direito privado romano (D. 45, 2, 11). O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de Justiça distributiva, entendida como necessária compensação de

Os fins sociais contidos na Constituição da República apontam para uma ideia geral de justiça social, e impõem a readequação de institutos criados para a proteção de interesses meramente individuais e patrimoniais, aos princípios e valores sociais que norteiam o ordenamento. Isso porque a necessidade da proteção integral do ser humano, “*não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e fundamento*”, e deve ser entendida “*como instrumentos para construir uma comunidade*”.⁹

Ainda que o princípio da “reserva do possível” cunhado na Suprema Corte Alemã tenha sido utilizado de forma equivocada no Brasil, na maioria das vezes para encobrir a falência do sistema público de saúde, e com toda razão tenha tido sua aplicação afastada, cada vez mais as decisões jurisprudenciais têm que levar em conta que, no que tange aos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde, a garantia do direito individual só pode se concretizar através do que é justo, razoável e proporcional para a sociedade como um todo e, especialmente, para todos aqueles em igual situação, sob pena de violação aos princípios fundamentais de isonomia e de solidariedade social.

Não por outro motivo é que o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave, que não possui condições financeiras para comprá-lo, foi considerado matéria de repercussão geral pelo STF.

Conclusão

Como se infere, atualmente, o problema principal do Estado em relação aos direitos fundamentais não é justificá-los, mas encontrar maneiras de protegê-los.

bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana. É a medida proporcional de que fala Aristóteles.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 34)

9 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil-Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 38.

Com a visível diminuição das funções sociais e políticas do Estado e a ampliação do papel político das empresas na regulação da vida social, assiste-se a um verdadeiro retrocesso na noção de bem público e de solidariedade.

Mesmo porque a minimização do Estado em países capitalistas que vivenciaram o “welfare state”, Estado Providência ou Social, tem consequências totalmente diversas daquelas ocorridas em países periféricos, como o Brasil.

A globalização, sonhada como possibilidade de maior humanização, via desenvolvimento da técnica a serviço do homem, na medida em que erige como valores máximos a competitividade e o lucro, em verdade aniquila a noção de solidariedade, devolve o homem à noção primitiva do “cada um por si”, reduzindo a noção de moralidade pública e particular.

Neste contexto, resta patente que a efetivação de maior proteção dos direitos fundamentais não é só um problema jurídico, mas especialmente um problema de natureza política, diretamente ligado ao desenvolvimento global da civilização humana. ◆

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. São Paulo: Editora Mandarim, 2.000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993

COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo Primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In: 50 Anos da Declaração de Direitos Humanos – Conquistas e Desafios*, Brasília: Editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, p. 29-36, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. “A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas”. *In: Revista Cidadania e Justiça*. AMB, ano 3, n. 7. Rio de Janeiro: 2o. semestre de 1999, p. 84- 92.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

HESSE, Karl, **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekin, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho do Direito Civil Constitucional.” *In: Revista do Direito, Estado e Sociedade*, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, v.1, Rio de Janeiro: julho/dezembro 1991, p. 33 e ss..

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 95/113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. *In* **1988-1998: Uma Década de Constituição**. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 115-127.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo: Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional**. 3. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1997.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2.ed. São Paulo: Editora Record, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **As Constituições Sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. *In* **1988-1998: Uma Década de Constituição**. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 331-368.