

O direito fundamental à saúde e a proteção do mínimo existencial nas demandas judiciais

Leandro da Silva Carneiro

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Unisal-Lorena

Sandro Luiz de Oliveira Rosa

Mestre em Função Social do Direito (FADISP)

Eixo temático: Direitos Humanos na Sociedade Contemporânea

Resumo

A valorização do homem em sua dignidade demanda políticas públicas efetivas que garantam a vida digna. No rol das necessidades básicas a serem supridas pelo Estado estão as ações relativas à saúde, que envolvem os paradigmas de prevenção, de tratamento e de cuidar (cuidados paliativos), como um direito humano fundamental relacionado ao mínimo existencial e, por isso, de relevante valor social. A proposta deste artigo é demonstrar a importância do agir interventivo do Poder Judiciário na política pública para a concretização das normas que regulam o direito à saúde, principalmente as constitucionais, ante sua natureza programática. O ativismo judicial, nessa seara, justifica-se em razão da realidade social, a qual demonstra que o direito fundamental à saúde ainda possui concretude precária, sendo imprescindível agir para que as normas programáticas se tornem pragmáticas.

Palavras-chave: Direitos humanos; Saúde; Ativismo judicial.

Abstract

The appreciation of the man in his dignity demands effective public policies that guarantee a dignified life. In the list of basic needs to be fulfilled by the State are actions related to health, involving the paradigms of prevention, treatment and care (palliative care), as a fundamental human right related to the existential minimum and, therefore, of relevant social value. The purpose of this article is to demonstrate the importance of the intervening act of the Judiciary in public policy to the effectiveness of the legal rules that regulate the right to health, especially the constitutional ones, because of its programmatic nature. The judicial activism, in this field, is justified on grounds of social reality, which demonstrates that the fundamental right to health still precarious own concreteness, being essential to act so that the programmatic rules become pragmatic.

Keywords: Human Rights; health; Judicial activism.

Introdução

As normas que regulam o direito à saúde submetem-se ao pressuposto de validade – a Constituição Federal de 1988 -, a qual atribui expressamente o *status* de direito fundamental à saúde e dispensa uma seção para estabelecer as diretrizes e princípios sobre a temática, cujos dispositivos possuem natureza de normas programáticas, demandando políticas públicas para sua concretização. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos também amparam a assistência à saúde. Esse conjunto normativo exige ações concretas do Poder Público para a realização de tal direito social, envolvendo políticas públicas, verba orçamentária e, ainda, ativismo judicial diante de um caso concreto, compelindo o Estado a

fornecer serviços sanitários (medicamentos, intervenções cirúrgicas, aparelhos etc.), ainda que isso sacrifique outros direitos e o próprio orçamento público. O princípio da proporcionalidade, ao nortear as políticas públicas e, também, as decisões judiciais, fará com que haja o incurso entre o mínimo existencial e a reserva do possível para a concretização do direito social à saúde.

O objeto do presente trabalho é analisar os fundamentos para a superação do direito fundamental à saúde como norma programática e dos limites pessoal, econômico e político. Para tanto, a partir da sistemática constitucional do direito à saúde, serão abordados temas como o neoconstitucionalismo e a democracia deliberativa como fundamento para as ações de concretização dos direitos sociais, além do ativismo judicial no limite da proporcionalidade como instrumento concretizador do direito fundamental à saúde.

1. A sistemática constitucional do direito fundamental à saúde

A saúde é um direito social, cuja fundamentalidade decorre de sua natureza de direito humano¹ positivado no ordenamento jurídico, cuja disciplina orbita o ápice normativo. Expressamente enumerada como um dos direitos sociais (art. 6º, CF), 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 (art. 196, CF) (BRASILa).

As ações relativas à saúde, que envolvem os paradigmas de prevenção, de tratamento (cura) e de cuidar (cuidados paliativos), devem ser prestadas gratuitamente pelo Poder Público (Estado), por todos os Entes da Federação, através do SUS (Sistema Único de Saúde), tendo como destinatários (usuários dos serviços de saúde) todos os membros da sociedade e, conjuntamente, podem ser oferecidas por instituições privadas, com planos de cobertura regulados pela ANS - Agência Nacional de Saúde, cujos destinatários limitam-se aos segurados (contratantes do plano).

Os serviços públicos de saúde devem ser de acesso universal, igualitário e gratuito e visam a manutenção da vida digna, portanto, estão ligados diretamente no que diz respeito à

¹ “Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

proteção do direito à vida². O grande objetivo dos direitos humanos – e a saúde é um direito humano fundamental - é a qualidade de vida de todas as pessoas. É praticamente impossível a dissociação entre qualidade de vida e direitos humanos, na medida em que todas as manifestações destes findam por levar a um único e relevante objetivo, que na linguagem mais antiga se denomina como bem-estar geral, mas, modernamente, corresponde ao que se entende como qualidade de vida (LINHARES, 2002, p. 144). É difícil a tarefa de mensurar objetivamente a qualidade de vida, pois essa noção de bem-estar é individual, logo, subjetiva. Como observa Sérgio Márcio Pacheco Paschoal, “qualidade de Vida é a percepção do indivíduo acerca de sua posição na vida, de acordo com o contexto cultural e o sistema de valores com os quais convive e em relação a seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”. (PASCHOAL, 2006, p. 149). Nesse sentido também sustenta Ronald Dworkin, quando afirma que, para a promoção da vida boa, “parece irresistível que viver bem, signifique, entre outras coisas, viver de maneira apropriada à cultura e outras circunstâncias da pessoa”. (DWORKIN, 2005, p. 360).

[...] o termo qualidade de vida foi mencionado pela primeira vez em 1920, por Pigou, em livro sobre economia e bem-estar material, *The Economic of Welfare*, no qual discutia o suporte governamental para indivíduos das classes sociais menos favorecidas e o impacto sobre suas vidas e sobre o orçamento do Estado. Não foi notado, nem valorizado, e o termo caiu no esquecimento. Após a II Guerra Mundial, a Organização Mundial da Saúde redefiniu saúde, incorporando a noção de bem-estar físico, emocional e social e desencadeando uma discussão considerável a respeito da possibilidade de se medir o bem-estar.” (WOOD-DAUPHINEE apud PASCHOAL, 2006, p. 147-148).

O progresso conduz a proteção básica ao direito à saúde, a cada dia, para o chamado atendimento integral, como já se observa na legislação de proteção da criança e do adolescente (art. 11, ECA). O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a doutrina da proteção integral e possui sustentáculo em documentos internacionais como a Declaração Universal e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que estabelecem, na seara de proteção e cuidados especiais, o direito à saúde. Além disso, a Lei instituidora do SUS, Lei nº 8.080/90, preconiza que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º). Destarte, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde possui proteção abrangente, além de compor o mínimo existencial no respeito à dignidade

² O debate sobre o direito à vida “*compreende, além do tema do direito à vida em sentido estrito (ou seja, do direito de não ser morto), também o direito de nascer ou de ser deixado à luz, o direito de não ser deixado morrer e o direito de ser mantido em vida ou direito à sobrevivência*” (BOBBIO, 2004, p. 170).

humana, sendo amparada por instrumentos normativos pátrios e internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais, em conjunto, buscam efetiva proteção da saúde, consoante o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), subscrita pelo Brasil, que reconhece a saúde como direito fundamental ao asseverar que ela é condição necessária à vida digna. Outros pactos internacionais e legislações pátrias relativos às mais diversas minorias também apresentam a saúde como um direito humano fundamental, em local de destaque.

2. A superação do direito fundamental à saúde como norma programática e dos limites pessoal, econômico e político

A evolução dos direitos sociais possibilita, no atual contexto, classificá-los sob duas perspectivas: direitos sociais individuais e prestacionais. Como exemplo dos direitos sociais individuais podem ser citados o princípio da igualdade, que pode ser observado no *caput* do art. 7º, da CF, entre trabalhadores urbanos e rurais. Nota-se que apesar de o conteúdo da norma ser social, o direito não perde a sua característica de individual. Enquanto a isonomia entre homens e mulheres, prevista no art. 5º, I, da CF tem conteúdo liberal, a igualdade entre os trabalhadores possui conteúdo social, mas ambos com denotação individualista. Já os direitos sociais prestacionais são aqueles que dependem de uma atuação efetiva do Estado, para sua concretização. Daí decorrem as normas constitucionais programáticas³, das quais são exemplos, a saúde (art. 196), a previdência social (art. 201), assistência social (art. 203), educação (art. 205), etc.. A simples existência de previsão constitucional desses direitos já exprime relevância jurídica. Mesmo que tais direitos não admitam realidade subjetiva absoluta, *id est*, ainda não sejam direitos passíveis de se exigir, na totalidade, a sua prestação eficiente e integral (direito subjetivo público), possuem dimensão objetiva, no sentido de impedir que surjam leis que contrariem os direitos sociais constitucionalmente previstos (vício da inconstitucionalidade) e no sentido de impor ao legislador os parâmetros para sua função legisferante sobre o tema, cuja omissão será inconstitucional. Por outro lado, tornam-se direitos subjetivos quando integram o mínimo existencial. Isso porque, como bem elucidada José Tarcízio de Almeida Melo, os direitos sociais são individuais, quanto ao titular, que é o

³ As normas programáticas são aquelas, previstas na Constituição, que estabelecem diretrizes sociais para o Estado. Não são autoaplicáveis, pelo contrário, a eficácia é dependente da própria evolução do Estado. São, pois, verdadeiros programas estabelecidos para que o Estado atinja seus fins sociais. Tais normas não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, haja vista que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, não têm natureza de direitos subjetivos plenos. (MIRANDA, 2011, p. 306/307).

indivíduo, e sociais, quanto ao conteúdo, que é trabalhista, sanitário, educacional, previdenciário, assistencial, etc.. (MELO, 2008, p. 123).

A injuntividade do direito à saúde, na concepção de direito subjetivo, vem sendo construída em prol da coletividade, apesar dos limites inerentes aos direitos sociais.

[...] os *direitos sociais*, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar os *status* de *direitos fundamentais*, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* – até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionalizá-los, dotou as suas normas de *injuntividade*, por menor que seja, com que esses novos direitos iniciaram a luta pela sua efetivação -, pouco importando, sob esse aspecto, que essa concretização fique a depender da disponibilidade de recursos, sobretudo nos países subdesenvolvidos, nos quais impera a perversa *reserva do possível*, apesar de, vez por outra, ver-se confrontada por decisões judiciais proferidas em situações extremas. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 257/258).

Os direitos sociais demandam ações positivas do Poder Público, um agir para concretização de tais direitos. O fazer do Estado, no entanto, exige recurso, pois sem orçamento não há possibilidade de se construir os melhores ambientes. Os limites à exigibilidade dos direitos sociais podem ser classificados em três categorias, ante sua natureza programática. O primeiro limite, denominado *limite pessoal*⁴, pauta-se na tese de que não é possível exigir prestações individuais com base em normas de direito social, isto é, tais direitos não são dotados de uma dimensão subjetiva. A finalidade é o interesse público e não os anseios individualizados. Para essa corrente, o pleito de um usuário do Sistema Único de Saúde, para a obtenção de determinado medicamento que não integra a lista normativa do Estado, não deve ser deferido. O segundo limite orbita o campo das vontades públicas. Trata-se do *limite político*, que demanda a discussão e decisão em se fazer políticas públicas (agenda política) nas áreas sociais. Isso porque é imprescindível que o Poder Executivo preveja as ações no projeto de lei orçamentária e o Legislativo aprove as iniciativas sociais propostas. O terceiro limite, por sua vez, refere-se à capacidade financeira para realização das demandas. O *limite financeiro*⁵, também chamado de “reserva do possível” é sério empecilho às realizações de amparo social.

⁴ Já afirmava Meirelles Teixeira ao comentar a Constituição brasileira de 1946 que a liberdade não pode ser argumento que se oponha aos direitos sociais. Segundo o autor, “*Não pode haver contradição entre a igualdade e a liberdade no seu sentido integral [...] direito de viver e de desenvolver e exprimir a nossa personalidade da maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesse do Bem Comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado*”. (TEIXEIRA, 2011, p. 653).

⁵ O avanço da proteção dos direitos sociais amplia as diretrizes prestacionais. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 141/12, regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, a tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*⁶ é a que possui mais adeptos atualmente. Advoga essa corrente que os direitos sociais devem ser entendidos dessa forma, em virtude de sua natureza principiológica, sujeitando-se, por isso, a um processo de ponderação à luz de um caso concreto que precede o reconhecimento desses direitos sociais como definitivos. “Portanto, esse direito social seria um direito subjetivo exigível sempre *prima facie* que poderia se tornar um direito definitivo no caso concreto”. (FERNANDES, 2011, p. 465). Portanto, técnica e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde estão umbilicalmente concatenadas, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos, que pressupõe logicamente ações de saúde, pois a Constituição de 1998 possui características tais que a filiam ao Estado Democrático de Direito. Assim, possuem os direitos fundamentais – dentre eles a saúde – evidente caráter vinculativo em relação ao legislador, ao poder público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos Juízes, aos Tribunais, e, também, no âmbito das relações jurídico-privadas. (SARLET, 1998, p. 386).

Quando se está diante do direito social à saúde, o cenário contemporâneo solidifica o entendimento de que tal direito é, sim, subjetivo. Isso pode ser observado pelo constructo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quando pontua que “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”. (BRASILb). Todavia, muitos embates ainda permanecem acirrados. De um lado estão os que patrocinam a efetivação de direitos sociais e, de outro, como justificativa pela impossibilidade de se fazer, permanecem os que utilizam o argumento da reserva do possível, ou seja, a ausência de recursos, para fundamentar a não realização (impossibilidade) do empreendimento estatal.

A controvérsia pertinente à reserva do possível e a intangibilidade do mínimo existencial, para o STF, é exemplo das chamadas “escolhas trágicas”, pois os recursos públicos são escassos para a integral e eficiente execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, no que tange à implementação de direitos sociais. Cabe ao Estado, todavia, o encargo de superar o conflito, proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, optando por determinados valores em detrimento de outros igualmente relevantes. O direito do Poder

públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

⁶ Na principiologia, o caráter *prima facie* “significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, ‘potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima’” (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 319).

Público em alegar a reserva do possível para justificar a inexecução de seus fins encontra limite quando o fim é explicitamente um direito fundamental. A regra é a concretização das políticas públicas e a exceção é a alegação da reserva do possível, restrição à possibilidade de fazer. Essa restrição, por sua vez, conforme preceitua a jurisprudência da Suprema Corte, também possui restrição, a qual ocorre diante de um direito humano fundamental, essencial, pertencente ao rol do mínimo existencial. O mínimo existencial é, portanto, a relativização dos chamados limites pessoal (pelo caráter individualizado das necessidades pessoais mínimas) e financeiro dos direitos sociais. Para o STF, no embate entre o direito à saúde e políticas públicas, a reserva do possível não pode desprover o mínimo existencial.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso. Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), 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, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASILc).

Em que pese os limites aos direitos sociais, a evolução dos anseios sociais, da legislação, da doutrina e da jurisprudência conduz à conclusão de que o Sistema Único de Saúde tem por objetivo garantir a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva. Deve, portanto, atender aos que dela necessitam em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de procedimento cirúrgico para debelá-la, esse deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior que é a garantia à vida digna e que tem como direito-meio o direito à saúde. (SÃO PAULO, 2010). A responsabilidade é de todos os Entes

Federados de forma solidária. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. O direito à saúde é responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, portanto, o usuário dos serviços de saúde possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. (BRASILd)

3. O neoconstitucionalismo e a democracia deliberativa como fundamento para as ações de concretização dos direitos sociais

Até as grandes Revoluções (francesa e americana), dominava o modelo de Estado absolutista, os quais, a partir daquela época, começam a ser substituídos pelo Estado de Direito, impondo-se aos governantes os limites estabelecidos na lei (expressão da vontade geral). Esse movimento social, marcado pelo anseio do povo em impor limites ao governante e a garantir direitos fundamentais dos indivíduos recebe o nome de Constitucionalismo⁷ (na acepção moderna), tendo por consequência a mudança de paradigma na forma de se organizar o Estado; o surgimento das constituições escritas; a previsão, nas constituições, dos limites às ações dos governantes e de direitos humanos; e a criação do novo modelo: Estado de Direito.

Com o passar do tempo, novos insurgimentos sociais, com o propósito de se alcançar direitos sociais, lastrearam-se pelo mundo, e as Constituições passaram, então, a prever a proteção, também, desses direitos humanos de segunda dimensão. Mas, a simples previsão constitucional não garantia (como não garante) a efetividade dos direitos. Por isso, é necessária uma reanálise da Constituição com o objetivo de aumentar sua eficácia (dar sentido à Constituição), fazendo com que a *Lex Mater* substitua seu caráter retórico por uma realidade social. Esse novo movimento é denominado de neoconstitucionalismo, que tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais e a criação do novo modelo: o Estado Social de Direito.

⁷ “Desde os gregos, com a *politeia*, na *polis*, e os romanos, com a *constitutio*, na *civitas*, representa um paradigma de distribuição de funções, e inclusive de normatização de competências no exercício do poder político. No entanto, é somente na Idade Média que se inicia a gestação do conceito moderno de Constituição, quando aparece pela primeira vez a ideia de *Lex fundamentalis*, que se consolida somente no século XVIII. É quando, efetivamente, se torna necessário e indispensável que a estrutura política do Estado seja regulada por uma Constituição” (DIAS, 2013, p. 225).

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Democrático e Social de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 29).

A concretização dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, demanda um conjunto de fatores: vontade política, possibilidade financeira, controle realizado pelo Poder Judiciário e concordância da comunidade. É importante que os anseios populares sejam levados a sério no neoconstitucionalismo, para realização de uma democracia deliberativa.

Habermas coloca em posição de relevo o agir comunicativo, para se alcançar o acordo entre os envolvidos, tendo em vista que a ação comunicativa corresponde à linguagem como mecanismo de entendimento motivador de convicção. As ações comunicativas estão na base da interação social, do desenvolvimento da cultura e mesmo da prosperidade da sociedade (HABERMAS, 2003). Somente pelo agir comunicativo que os valores e o próprio direito poderão conduzir a afirmação das ações sociais na sociedade. Como afirma Habermas, no mundo da vida há uma exigência prática de um sistema de regras universalmente obrigatório para se dispensar a imposição e possibilitar a reconstrução das convicções axiológicas. Isso significa que os cidadãos, para se evitar a imposição – reinante na história do Estado teocrático e até mesmo no nacional fundamentalista – devem apropriar-se do discurso racional para a estabilidade da validade moral, seja com a manutenção de valores já reinantes ou na sua reconstrução. O discernimento vincula nossa vontade e provoca uma condução consciente da vida (HABERMAS, 2002, p. 39). Discernimento significa aqui que uma decisão pode ser justificada com a ajuda de razões epistêmicas, as quais sustentam a verdade das declarações assertivas (HABERMAS, 2002, p. 37). A fundamentação para se estabelecer a universalidade dos valores aceitos pela sociedade pode ser identificada no que Habermas denomina de princípio do discurso (D): “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2003, 142). Esse princípio mais abstrato é o fundamento para a legitimidade da moral (valores na acepção do que é bom para nós) e do direito na sociedade moderna. Com base no agir comunicativo, Habermas analisa a tensão entre facticidade e validade e sustenta a necessária dimensão cidadã da pessoa, para a boa convivência humana, isto é, para que as tomadas de decisões sejam agradáveis e aceitas por todos os envolvidos, sem que haja imposição ou coerção.

Na atualidade, principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil, observam-se grandes embates e tensões entre sociedade e os Poderes constituídos. Movimentos populares como manifestos, passeatas, mensagens pela Internet, etc. demonstram o que a população entende como prioritário e integrante do núcleo essencial, no que tange aos direitos sociais. As omissões dos Poderes Legislativo e Executivo e a previsibilidade constitucional dos direitos sociais fazem aumentar a busca individualizada pela satisfação de tais direitos via Poder Judiciário, naquilo que se denomina ativismo judicial.

[...] diante desse quadro de limitação de recursos e de agravamento das desigualdades sociais, no Brasil como noutros países periféricos, vão se tornando cada vez mais tensas as relações entre a sociedade e os Poderes do Estado. Com o Executivo, desde a elaboração da proposta orçamentária até a efetiva liberação das verbas alocadas pelo Congresso Nacional, cronicamente insuficientes para custear as políticas sociais e, ainda assim, sistematicamente sujeitas a contingenciamentos aleatórios ou de viés político-partidário; com o Legislativo, para que este amplie as dotações previstas pelo Governo; com o Judiciário, finalmente, cobrando-lhe decisões que, a rigor, escapam à sua competência, na medida em que, frequentemente, impõem às autoridades administrativas a satisfação de necessidades individuais, quase sempre em circunstâncias aflitivas, como internações hospitalares, independentemente da disponibilidade de leitos, ou o “simples” fornecimento de remédio, muitas vezes inexistentes ou de altíssimo custo e dependentes de importação, sem que haja recursos *legalmente* destinados ao custeio das despesas decorrentes do cumprimento dessas determinações judiciais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 261).

Urge, outrossim, estabelecer um conteúdo àquilo que se compreende por mínimo existencial⁸, para superar os limites dos direitos sociais e impedir o retrocesso das ações sociais. Walber de Moura Agra aponta o *entrenchment* ou entrincheiramento dos direitos sociais – princípio da vedação ao retrocesso – como justificativa para a marcha progressiva e a busca da efetividade dos direitos humanos. Trata-se da tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada numa legitimação social, que impede a supressão normativa ou a diminuição dos serviços prestados à coletividade e amplia a legitimidade da jurisdição constitucional (AGRA, 2012). Tanto em seu aspecto negativo (impedir o retrocesso) como no prospectivo (garantir o mínimo existencial), é de suma importância que as políticas públicas na esfera dos direitos sociais sejam legitimadas, conforme os anseios da

⁸ “A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”. (BRASILE).

sociedade (democracia deliberativa), cujas decisões decorram dos discursos racionais que tomem por base a dignidade humana.

No debate doutrinário europeu sobre o princípio do não retrocesso, a defesa dos direitos fundamentais ocorre no espaço público, em que as decisões são obtidas através de um consenso realizado por critérios racionais, balanceados no interesse coletivo devido ao diminuto nível de desigualdade existente. A realidade dos países periféricos é bem diferente, devido as desigualdades sociais que pululam na sociedade, o entrenchamento auferido no espaço público é bem mais difícil; a própria democracia apresenta sérias deficiências. O *entrenchment* dos direitos fundamentais tem que se alicerçar também nas decisões judiciais, buscando amparo, simultaneamente, na sociedade para o desenvolvimento dos seus preceitos. (AGRA, 2012, p. 305/306).

4. Ativismo judicial e o limite da proporcionalidade como instrumento concretizador do direito fundamental à saúde

A corrente do direito subjetivo *prima facie* vem consolidando-se em relação à natureza jurídica dos direitos sociais, que além dos limites já apresentados, possui racionalidade não apenas política, mas, sobretudo jurídico-normativa, no contexto neoconstitucional.

Não há dúvida que as políticas públicas devem ser debatidas e priorizadas nos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, não raras as vezes, a realidade depara-se com omissões no que tange à concretude dos direitos sociais mínimos. É nesse momento, tendo por base as diretrizes constitucionais, que o Poder Judiciário é chamado a intervir na ausência ou insuficiência de ações em favor dos desses direitos. Destarte, quando o Poder Judiciário adentra a esfera política ocorre a chamada judicialização da política ou ativismo judicial. Essa atuação ativista do Judiciário apesar de crescente não é eleita, para alguns, como a melhor opção, tendo em vista a finitude de recursos públicos⁹.

Ronald Dworkin, ao invocar a noção de direitos concorrentes, pontua a necessidade de o Poder Público escolher e proteger o direito mais importante, em conflito.

Os cidadãos têm direitos pessoais à proteção do Estado, assim como direitos pessoais a estar livres da interferência estatal, e pode ser que o governo tenha de escolher entre esses dois tipos de direitos. A lei sobre a difamação, por exemplo, restringe o direito pessoal de dizer o que pensa, pois exige que as informações de um homem sejam bem fundamentadas. Mas esta lei justifica-se, mesmo para aqueles que consideram que ela viola um direito pessoal, pelo fato de proteger o direito de outros a não terem a reputação arruinada por uma afirmação descuidada.

É dessa maneira que os direitos individuais reconhecidos por nossa sociedade entram freqüentemente em conflito, e, quando isso acontece, compete ao governo distingui-los. Se o governo fizer a escolha certa e proteger o mais importante em

⁹ Nesse sentido: FERNANDES, 2011, p. 473.

detrimento do que tem menos importância, o governo não terá enfraquecido ou aviltado a noção de direito; isso aconteceria caso ele tivesse fracassado na proteção do mais importante dos dois. Assim, devemos reconhecer que o governo tem uma razão para restringir direitos se, com plausibilidade, acreditar que um dos direitos concorrentes é o mais importante (DWORKIN, 2011, p. 297).

Os conflitos hodiernos subsistem no campo axiológico. Como interpretar valores e integrá-los, quando a norma que os regulamenta não dispuser o suficiente sobre a sua aplicação? Sheila Stolz, ao apresentar crítica à teoria do positivismo ético ou normativo de Tom Campbell, insiste que o positivismo defende, mais que a simples distinção entre direito e moral, mas que deve haver uma clara separação entre direito e moral, na prática do direito, devendo este ser resultado de deliberação institucional, e que os legisladores tenham precisão lexicográfica das normas, inclusive de direitos humanos e fundamentais, como forma de se evitar que juízes e tribunais (cujo papel é aplicar e fazer cumprir as normas) sejam quem definitivamente confirmam significado e precisão às normas, pelo precedente judicial (STOLZ, 2009, p. 221). Os argumentos pautados no princípio da legalidade muitas vezes protegem os juristas do dever de enfrentar as questões morais. Todavia, Campbell

[...] entiende que es deber de los intérpretes (jueces, tribunales) identificar de acuerdo con la regla de reconocimiento políticamente autoritativa las normas jurídicas adecuadas al caso concreto y, consecuentemente, cabe aplicarlas como legítimas fuentes del Derecho. Pueden también los intérpretes resolver el caso en cuestión apelando a la fuerza presuntiva de las normas vigentes y a la continuidad, seguimiento e aplicación – siempre y cuando sea posible – de los precedentes judiciales existentes. Se añaden a estos criterios la técnica propuesta a través del ideal del significado textual claro y la de decidir de modo paliativo a la espera de que se efectúe un cambio en la legislación. Caso todos estos criterios de interpretación no resuelvan el caso en cuestión, recomienda Campbell que los intérpretes atiendan a la moral social vigente y, caso eso también no sea posible que, en última instancia, ellos actúen como se fueran legisladores, eso es, tomando en consideración razones utilitaristas y de directrices políticas y no sólo de principios (STOLZ, 2009, p. 223).

A crítica de Sheila Stolz recai sobre o pensamento de Campbell que admite a possibilidade de os intérpretes valorarem a norma ou exercerem função legislativa ao julgarem o caso *sub judice*, o que não representa coerência com a proposta do pensamento positivista ético, o qual é defendido pelo autor. Por outro lado, Dworkin defende a importância da interpretação do direito, considerando-se as práticas sociais. Propõe a fusão do direito constitucional com a teoria moral, para proteger o indivíduo contra o Estado, na consagração de direitos fundamentais.

Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida. É

perfeitamente compreensível que os juristas temam a contaminação pela filosofia moral, particularmente pelos filósofos que falam sobre direitos, porque as nuances fantasmagóricas desse conceito assombram o cemitério da razão. Mas hoje dispomos de uma filosofia melhor do que aquelas que estão na lembrança dos juristas. [...] Não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim como não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que dessas outras disciplinas (DWORKIN, 2011, p. 233/234).

Para Dworkin, é perigoso afirmar sobre uma realidade jurídica objetiva cujas condições de verdade são independentes das convenções humanas – tese defendida por juristas que seguem a corrente do direito natural. Propondo a prevalência da melhor teoria para solução do caso concreto, Dworkin demonstra a dificuldade em se estabelecer uma resposta correta para os casos difíceis (*hard cases*).

É certamente *impossível* que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito (DWORKIN, 2011, p. 446).

Para solução dessa dificuldade, Dworkin avalia a importância da integração direito, moral e política e propõe uma análise pragmática dos princípios à luz de um caso concreto e singular. A única decisão correta ocorre em face de um caso determinado, marcado por um contexto histórico-social.

A concepção dworkiniana pode ser melhor entendida a partir da sua tese da fusão, ou quase uma relação de indiferenciação, entre Direito, moral e política. Seu pensamento é marcado por uma concepção objetivista da moral, um modelo de objetivismo axiológico capaz de garantir a completude do Direito, com base em uma idéia de integridade. Para aqueles casos não alcançados pelas normas institucionalizadas explícitas ou que não há claramente uma única solução justa, a moral surge como elemento garantidor da completude do ordenamento jurídico, estipulando um conjunto de princípios implícitos capazes de conduzir a decisão no caminho da única resposta correta. Portanto, mesmo nos casos mais difíceis, quando parece faltar qualquer resposta jurídica, o juiz está submetido ao ordenamento jurídico e deve encontrar a decisão a partir dos princípios explícitos ou implícitos (CRISTÓVAM, 2013, p. 2).

A oposição de Dworkin quanto à possibilidade discricionária dos magistrados em criar o direito com efeito retroativo, defende que os juízes apenas descobrem e aplicam ao caso concreto um direito pré-existente. Para justificar a decisão, os juízes não se limitam ao

conjunto de normas jurídicas, apropriando-se, também, de razões da política e da moral (DWORKIN, 2011). Na prática, tanto a teoria de Dworkin como a dos positivistas, como Hart e Campbell, são utilizadas nos processos de decisão da Justiça brasileira. Em muitos conflitos caracterizados pela colisão de princípios, ora se observa uma decisão de prevalência *in casu* (melhor escolha), ora de evidente criação normativa (ativismo judicial). Em ambas as situações, vem sobressaindo o constante argumento do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de valores ou interesses, como os meios mais adequados para a solução dos casos concretos.

5. Conclusão

Com a evolução dos direitos humanos, que a cada momento vai corporificando-se e ampliando o rol de proteção, as políticas públicas que devem atender aos direitos sociais são vistas, cada vez menos, como meras normas programáticas, com eficácia limitada e omissão tolerada. O olhar público das instituições e dos sujeitos que dependem dos serviços de saúde, principalmente quando este não é oferecido de maneira suficiente a atender o mínimo das necessidades dos usuários, faz eclodir a sensação de que o direito até então conquistado não passa de retórica e, por isso, pautados nos anseios legítimos da sociedade, os Tribunais passam a compelir o Poder Público a dar concretude a diversas ações de saúde, inclusive de natureza individual.

Nesse aspecto, o mínimo existencial não pode ser preterido pela alegação da reserva do possível, momento em que a ponderação de interesses, sob as diretrizes da proporcionalidade, deve dar solução às necessidades relativas à saúde pública. Essa evolução aponta o sentido humanístico de que se os recursos para prover o mínimo existencial não são suficientes, conforme planejado inicialmente, devem ser realocados ou apropriado de outras áreas não tão essenciais, para fins de concretude dos direitos essenciais à manutenção da vida digna.

A ordem judicial fará com que o Poder Público incursione no mínimo existencial, compelindo-o a fornecer serviços de saúde essenciais aos desamparados da política pública inicial, para tornarem subjetivos, na análise do caso concreto o direito social à saúde e que a reserva do possível, ou o limite financeiro, para a concretização desse direito social não é fundamento condizente – por si só – com a dignidade da pessoa humana.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. (trad: Carlos Nelson Coutinho) 9. impressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento nº 764969 / RS. Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, D. J. 17/06/2013, D. P. 21/06/2013b.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo STF nº 210, de 22/11/2000, p. 3c.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 799316 / PE. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, decisão monocrática, D. J. 14/03/2014, D. P. 19/03/2014d.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo no Recurso Extraordinário nº 639337 / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, D. J. 23/08/2011, D. P. 15/09/2011e.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O problema da discricionariedade judicial: Existe uma única resposta correta para os casos difíceis? **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20582/o-problema-da-discricionariedade-judicial/2#ixzz21EXyp26N>>. Acesso em: 20 set. 2013.

DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana** – a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tirag. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. (Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. (Trad. Flávio Beno Siebeneichler). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. 1.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos Fundamentais e Qualidade de Vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. **Qualidade de Vida na Velhice**. In FREITAS, Elizabete Viana de et al. **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível n° 994.09.312390-5 (910.702.5/2), Comarca de São José dos Rio Preto/SP, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Hábice, D. J. 12/04/2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STOLZ, Sheila. Derecho, derechos y democracia: un análisis crítico al positivismo ético. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 212-230, jan./jun. 2009.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. (Org. e atual. Maria Garcia) 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 653).