

# DIREITO À SAÚDE: DE NORMA PROGRAMÁTICA A DIREITO INDIVIDUAL EXIGÍVEL\*

Luiz Antonio Ribeiro da Cruz\*\*

RESUMO: Nos primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, o direito à saúde nela previsto era considerado uma norma programática, destinada a orientar o Estado, apontando um fim social a ser atingido. O Supremo Tribunal Federal alterou esta interpretação inicial, fixando o direito à saúde como um direito individual imediatamente exigível. No entanto, as consequências desta mutação da interpretação constitucional são ainda controversas, e podem estar na raiz da chamada “judicialização da saúde”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Saúde. Programático. Exigível. Limites.

## Introdução

Nosso trabalho tem por objetivo demonstrar que, a partir do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286 (BRASIL, 2000), o Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo formalmente o artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) como norma programática, passou a tratar o direito à saúde nela prevista como comando veiculador de direito subjetivo individual e imediatamente exigível em relação ao Estado.

Procuraremos demonstrar que este processo, conhecido como mutação constitucional, se deu pela interpretação do artigo 196 da Constituição, de acordo com a metodologia positivista mais estritamente clássica (não aplicada pelo Supremo Tribunal Federal a nenhum outro direito social previsto na mesma Carta), tendo por substrato o utilitarismo individualista como fundamento filosófico de justiça.

Por fim, buscaremos divisar os limites desta opção do Supremo Tribunal Federal, propondo alternativas que possibilitem a redução da tensão entre facticidade e validade, no que se refere à interpretação do direito à saúde previsto constitucionalmente.

## 1 A ideia de norma constitucional programática

É pouco mais que um truismo lembrar que as constituições são inevitavelmente condicionadas pela realidade de seu tempo (BARROSO, 2009, p. 219). Diz José Afonso da Silva que “as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo” (SILVA, 2001, p. 135).

Este era o embate político-jurídico em grande voga ao tempo em que foi escrita a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), tida, inicialmente, como uma “Constituição-Dirigente”

\* Enviado em 25/4, aprovado em 6/6, aceito em 3/8/2012.

\*\* Professor do Curso de Direito - Faculdade Cenecista de Varginha; Mestrando em Justiça Administrativa - Universidade Federal Fluminense; Especialista em Direito Processual Público - Universidade Federal Fluminense; juiz federal substituto. Faculdade de Direito, Graduação. Varginha, Minas Gerais, Brasil. E-mail: l.ribeiro.cruz@gmail.com.

(SILVA, 2001, p. 136), na qual as normas veiculadoras de direitos fundamentais sociais foram formuladas, em sua maior parte, por meio de enunciados:

De grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. (SILVA, 2001, p. 137)

Em suma, seriam normas constitucionais programáticas, pelas quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente os direitos sociais fundamentais, teria se limitado a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos como programas destinados à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2001, p. 138). Realisticamente, admite-se que, naquele momento histórico, esta era a única forma possível de se incluir na Constituição os direitos fundamentais sociais (BONAVIDES, 1996, p. 219).

A ideia de que determinadas normas constitucionais, principalmente aquelas veiculadoras de direitos sociais, não traduziriam direitos subjetivos imediatamente exigíveis, mas apenas linhas programáticas dirigidas ao legislador (SILVA, 2001, p. 151), não é estranha ao Direito Constitucional brasileiro, não sendo mesmo repudiada integralmente até os dias de hoje por nossos principais doutrinadores (SARLET, 2006, p. 309; BARROSO, 2009, p. 202; BONAVIDES, 1996, p. 220; PEREIRA, 2006, p. 51).

Mesmo em países de constitucionalização mais madura, como a Alemanha, tal ideia em nada é considerada extravagante ou ultrapassada:

A problemática de tais direitos se explica por terem estrutura distinta dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade. Direitos sociais fundamentais, por exemplo, o direito ao trabalho ou o direito à moradia adequada ou à seguridade social não se tornam efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem, de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles. Não só exige isso regularmente uma atuação do legislador, mas também da Administração, o que pode afetar os direitos de liberdade alheios. Por isso, os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais. (HESSE, 2009, p. 46)

É certo que nenhum desses doutrinadores entende a ideia de norma programática como despida de qualquer efetividade. Em seu mínimo denominador, essa norma impõe um fim a ser atingido pelo Estado (SILVA, 2001, p. 155), impede que se legisle ordinariamente em sentido contrário (SARLET, 2006, p. 315), sendo executável até onde seja suscetível de execução em sua formulação genérica e vaga (SILVA, 2001, p. 76 e 220).

Contudo, pode se afirmar que, entre 1988 e 2000, havia um forte consenso em nossa doutrina e jurisprudência no sentido de que as normas programáticas veiculadoras de direitos sociais não seriam aptas a gerar situações objetivas de vantagem individual (SILVA, 2001, p. 155). Em outras palavras, trariam direito apenas a uma ação normativa do Estado a favor da comunidade, e não a uma ação fática dele em favor de um indivíduo específico (ALEXY, 2008, p. 201).

## 2 Crise da ideia de normas programáticas e conseqüente mutação constitucional

Como visto no item anterior, a concepção de norma programática é um tributo à ideia de que não existe um “reino ideal do direito” (SILVA, 2001, p. 57), onde as normas jurídicas e decisões nela baseadas estariam isoladas do conjunto de circunstâncias sociais e motivos axiológicos que cercam quem deve decidir. É o desenvolvimento teórico da ideia de que há normas constitucionais das quais não se poderia deduzir direta e imediatamente direitos subjetivos individuais, dependendo sua efetivação da atuação do legislador ordinário.

Não se trata, por óbvio, de voltarmos à ideia de que a Constituição seria apenas a soma dos fatores reais que regem um país (LASSALE, 1933); mas também não se pode olvidar que, principalmente em relação aos direitos fundamentais sociais, há uma multiplicidade de opções possíveis de sua prestação pelo Estado, impossível de ser estabelecida e definida de forma geral e abstrata numa norma constitucional (SARLET, 2006, p. 297).

Daí a lógica dos constituintes de 1987-1988 de deixar em aberto um espaço de conformação (PEREIRA, 2006, p. 50), a demandar uma integração normativa ulterior para desencadear todos os seus efeitos potenciais.

No entanto, historicamente, a grande frustração do constitucionalismo brasileiro foi exatamente a falta de efetividade das sucessivas constituições que antecederam a Constituição de 1988, deficiência esta originada do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política do legislador ordinário de integrá-los de modo a lhes dar aplicabilidade direta e imediata (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 5).

Daí que, em um momento de estabilidade política ineditamente prolongada em nosso país, tomaram vulto ideias centradas na efetividade plena de todas as normas constitucionais, da qual é o principal exemplo o anúncio da “morte” das normas programáticas (CANOTILHO, 2003, p. 1.176).

Além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as “normas programáticas” vinculam também os tribunais, pois os juizes “têm acesso à constituição”, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (cfr. CRP, art. 204º) dos atos normativos contrários às mesmas normas. (CANOTILHO, 2003, p. 1.180)

Essa severa alteração de como são compreendidas as normas programáticas será a base doutrinária que permitirá profundas mudanças na interpretação dos direitos fundamentais sociais, sem que tenha ocorrido a substituição de qualquer norma constitucional (BONAVIDES, 1996, p. 417; HESSE, 2009, p. 151), e elevará o Direito Constitucional brasileiro, em menos de uma geração, da desimportância ao centro formal, material e axiológico do nosso sistema jurídico (BARROSO, 2009, p. 275).

Konrad Hesse retrata momento similar da história do Direito Constitucional alemão, ao descrever a centralidade que a ideia da força normativa da Constituição ganhou

no sistema político em seu país, bem como ainda as suas consequências, que também encontrarão estreito paralelo no Brasil, como veremos.

Pode-se imaginar que o status dominante repudia, de forma clara, todo e qualquer questionamento da Constituição jurídica. Em verdade, existem elementos que ressaltam o peculiar significado atribuído à Constituição jurídica na vida do Estado Moderno. A política interna afigura-se, em grande medida, “juridicizada”. A argumentação e discussão constitucional assumem particular significado tanto na relação entre União e Estados quanto na relação entre diversos órgãos estatais e suas diferentes funções. Embora elas pareçam, por natureza, refratárias a uma regulamentação jurídica, até mesmo as forças que imprimem movimento e direção à vida política – os partidos políticos – estão submetidas à ordem constitucional. Os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo proeminência ao princípio da Constituição Jurídica sobre o postulado da soberania popular. O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido – que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. (HESSE, 2009, p. 140-141)

### 3 O julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286 pelo Supremo Tribunal Federal

O Recurso Extraordinário nº 271.286 (BRASIL, 2000) tratou de demanda individual formulada por Diná Rosa Vieira contra o município de Porto Alegre (RS), no qual ela pleiteava o recebimento imediato e gratuito de medicamento para o combate ao HIV/AIDS.

O Município de Porto Alegre recorreu ao Supremo Tribunal Federal por entender que as decisões judiciais de instâncias inferiores teriam violado o disposto no artigo 167, I, da Constituição (BRASIL, 1988), que exige a prévia inclusão de programas ou projetos em lei orçamentária anual antes do início de qualquer dispêndio. Invocou ainda em sua defesa o artigo 165, III, § 5º, III, também da Constituição (BRASIL, 1988), para sustentar a sua autonomia no estabelecimento de lei orçamentária.

Escolhemos este caso para análise porque representa o marco da mutação constitucional, que, a partir da alteração do entendimento do que seja uma norma constitucional programática, conferiu a interpretação hoje predominante naquele Supremo Tribunal Federal e na jurisdição ordinária sobre o artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988), que trata do direito à saúde.

Inicialmente, o relator Ministro Celso de Mello indica um entendimento aparentemente conservador do que seria uma norma programática (dirigida ao Estado, cumprimento pelo estabelecimento de políticas pública em favor da comunidade), bem como compreende que o artigo 196 da Constituição estaria incluído no rol deste tipo de dispositivo constitucional.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários a

Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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.

Neste contexto, incide sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade, viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu artigo 196, a Constituição da República. (BRASIL, 2000)

No entanto, o texto transcrito diz pouco sobre o teor final da decisão, e menos ainda sobre como o tema direito constitucional à saúde passaria a ser abordado daí em diante pelo Poder Judiciário, a começar pelo próprio Supremo Tribunal Federal: em franca contradição com a tradicional definição doutrinária de norma programática de que há pouco se valera, houve por bem o julgador, ao final, deduzir que a norma do artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) atribui à requerente o direito individual de receber um determinado medicamento específico, não obstante já contasse o réu, Estado do Rio Grande do Sul, com uma política pública de distribuição de medicamentos excepcionais, consubstanciada na Lei Estadual nº 9.908 (RIO GRANDE DO SUL, 1993). Para se compreender a extensão do decidido, é indispensável ainda destacar que, em nenhuma passagem do julgado, o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo desta lei estadual ou aponta em que momento o serviço nela previsto teria falhado especificamente.

#### 4 A única interpretação possível?

O artigo 5º, § 1º, da Constituição (BRASIL, 1988) diz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Dando por superada a longa discussão que se seguiu à promulgação da Carta – para admitir que o dispositivo em questão aplica-se não só aos direitos previstos no próprio artigo 5º, mas a todos aqueles previstos em seu Título II, inclusive os direitos sociais –, avança-se ainda muito pouco na pergunta que releva no confronto entre essa norma constitucional e a realidade: qual é a extensão dessa garantia de efetividade, em especial no que se refere ao direito à saúde, objeto deste estudo?

Em relação às demandas de efetivação dos direitos sociais no Brasil, podemos partir de uma premissa consensual, para não dizer unânime, que o leque das necessidades é muitíssimo amplo. Daí, perguntamos: é possível compreendê-lo, em toda sua extensão, em uma normatização constitucional? Em que padrão estas necessidades devem ser atendidas, em um mínimo suficiente ou no melhor existente (SARLET, 2006, p. 342)? Qual o critério material para se determinar o conteúdo de um direito fundamental social previsto abstratamente (ALEXY, 2008, p. 508)?

No caso examinado, ainda que mantido o propósito do Supremo Tribunal Federal de transformar o direito à saúde em mais do que “promessa inconsequente”

(expressão utilizada pelo ministro relator da decisão), havia uma ampla gama de possibilidades interpretativas à vista destas perguntas, e que dependiam, a nosso ver, da resposta a duas outras questões: a) qual seria a metodologia de interpretação constitucional a ser utilizada?; b) qual seria o paradigma de justiça a ser aplicado na interpretação dos direitos fundamentais?

No entanto, ao examinar a decisão, não nos parece que nenhuma destas dúvidas tenha assomado a corte. Ao contrário, a decisão é apresentada como inevitável, a única possível:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-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 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, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (BRASIL, 2000)

Não há neste trecho transcrito ou em qualquer outro da decisão a explicação sobre o porquê de a metodologia utilizada para a mutação constitucional realizada ser aquela mais rigidamente positivista, lógico-dedutiva (ANDRADE, 2006, p.163), que pode ser assim sintetizada em clássico silogismo: a) premissa maior: o direito à saúde está previsto na Constituição; b) premissa menor: o interessado tem um problema de saúde; c) conclusão: o Estado deve ao interessado a prestação medicamentosa que ele exige para tratar seu problema de saúde.

Note-se que a menção ao argumento do estado do Rio Grande do Sul sobre a questão financeira sequer é mostrada como tendo status constitucional, muito embora o tivesse (artigo 167, I da Constituição - prévia inclusão em orçamento das despesas do ente federativo), sendo tratada como um "interesse secundário", não submetida a nenhum tipo de ponderação ante o interesse da cidadã requerente da prestação. Descarta-se, pois, qualquer velo pós-positivista, mantendo-se a simples inferência lógico-formal, em silogismo estrito e aplicação mecânica de suas consequências jurídicas (ATIENZA, 2010, p. 10).

Em outros termos, em nome da efetividade o caso foi tratado como um problema exclusivamente cognitivo, um processo de dedução lógica e conclusão silogística (MÜLLER, 2009, p. 31).

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material da norma. (BARROSO, 2009, p. 225)

Tampouco há uma explicação sobre a opção de realizar o direito à saúde como um direito fundamental individual a uma determinada prestação medicamentosa específica. Como visto acima, dispunha o estado do Rio Grande do Sul de um programa de distribuição de medicamentos; e não está explícito na decisão porque a falta daquele preciso buscada pela interessada implicaria desrespeito, ainda que por omissão, ao artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988). Ao cabo, não obstante dá-se a condenação do requerido a entregar àquela única interessada o exato medicamento requerido, sem a imposição ao Estado da obrigação de apresentar esta mesma alternativa de tratamento da doença a mais nenhum outro potencial interessado. Inferimos deste silêncio que, salvo anuência espontânea do Estado, cada um dos outros potenciais favorecidos terá que tornar a acioná-lo em juízo, com todas as dificuldades daí decorrentes.

## 5 Limites do positivismo como metodologia de interpretação constitucional utilizada pelo STF no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286

Ainda que se admita a possibilidade de se chegar, com os meios específicos do Direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente - o que está longe de ser consensual (ALEXY, 2008, p. 508) -, é francamente minoritária a corrente que acredita que normas constitucionais possam ser interpretadas por mera operação lógica de subsunção (BONAVIDES, 1966, p. 149), unívoca e essencialista (ANDRADE, 2006, p. 164).

Embora seja evidente que todas as disposições constitucionais tenham a estrutura lógica e o sentido de normas jurídicas (SILVA, 2001, p. 51), é quase impossível encontrar quem sustente que o Direito Constitucional seja mera ciência normativa, como imaginado pelo positivismo formalista.

Aplicar o Direito Constitucional por mera operação de subsunção, ainda que imbuído dos mais nobres objetivos de justiça, é desconhecer completamente a influência na aplicação e interpretação das normas constitucionais da realidade social, da política e da ideologia, elementos cujo reconhecimento é indispensável para concretização da sua pretensão de eficácia (HESSE, 2009, p. 128).

Além disso, a amplitude de temas abrangidos pela Constituição torna comum que a mesma situação chame à incidência mais de uma norma constitucional, normas estas sem hierarquia entre si, que deverão ser harmonizadas (BARROSO, 2009, p. 303) com a promoção da concordância prática entre os bens da vida tutelados (HESSE, 2009, p. 169).

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito, e, sobretudo, a Constituição têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição.

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 2009, p. 136)

Voltando à decisão do Supremo Tribunal Federal que analisamos neste trabalho, acreditamos que ela expõe de modo muito evidente os limites da metodologia positivista em situações de mutação constitucional por interpretação judicial, situação já antevista por Konrad Hesse (2009, p.157).

Isso, porque: a) a decisão é lacunosa, permanecendo irresoluta para a Fazenda Pública o que deve fazer a título de prestação medicamentosa aos cidadãos para evitar novos processos judiciais; b) admitindo-se que a decisão não seja lacunosa, clara em indicar que o cidadão tem direito a qualquer prestação medicamentosa específica de que necessitar, ela dificilmente poderá ser considerada universalizável, ante a impossibilidade lógica de se suprir a infinita demanda por saúde com os recursos finitos do Estado; c) admitindo-se que ela não seja lacunosa e que seja universalizável, ela não é coerente com nenhuma outra decisão do próprio Supremo Tribunal Federal sobre qualquer outro direito social previsto na Constituição - especialmente educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, que integram, junto com o direito à saúde, o artigo 6º, sempre discutidos da perspectiva de políticas públicas coletivas - sem que haja precedente de condenação do Estado a fornecer prestação específica requerida por um demandante individual, mesmo na falta de previsão legal e/ou orçamentária. Por conseguinte, das características usualmente associadas ao positivismo (GOMES, 2004, p. 163) a única de que a decisão é efetivamente dotada é a imperatividade, ante a inequívoca obrigatoriedade de seu cumprimento pelo destinatário por ela condenado.

## 6 Limites do utilitarismo individualista como substrato filosófico da STF no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286

Os direitos fundamentais sociais podem ter sua eficácia valorada de um ângulo individualista, ou seja, pela posição individual de um requerente, que tem uma posição perante o Estado e a possibilidade de impô-la pela via judicial. Mas existe também a possibilidade de serem considerados sob o ponto de vista da sociedade onde vive este indivíduo, de sua comunidade em totalidade (SARLET, 2006, p. 170 e 177).

Como visto acima, embora na decisão examinada até se faça menção aos aspectos coletivos do direito à saúde, a decisão final que tornou o precedente mais relevante para a questão, no patamar de discussão em que ela se encontra hoje (LEIVAS, 2011, p. 636), é pelo direito individualizado à proteção da saúde, mediante um tratamento específico requerido pelo interessado.

No desenvolvimento da fundamentação da decisão, é especialmente notável que o Estado-réu seja apresentado não como o representante de todos os demais cidadãos do Rio Grande do Sul, mas como um ente autônomo, detentor de interesses

(também individuais) próprios, que devem sucumbir perante as necessidades (reais e sérias, mas singulares) de um único indivíduo demandante.

Trata-se da consagração de uma concepção liberal e individualista de Estado de Direito:

[...] os direitos-liberdades do indivíduo são oponíveis às decisões do Estado. Para que o Estado de Direito fique realizado, é indispensável que os cidadãos estejam armados de uma ação em justiça, que lhes permita atacar os atos estatais viciosos que lesariam seu direito individual. A ideia é incisiva: é preciso proteger as liberdades (e eu acrescentaria também os direitos a prestações positivas) individuais contra qualquer forma de arbitrariedade estatal e represar todo apelo à Razão de Estado. Em outros termos, o princípio básico do Estado de Direito é a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 321)

O caráter absoluto e transcendental (CIARLINI, 2008) que o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao direito a uma prestação medicamentosa requerida individual e especificamente vem enfrentando uma severa crítica: por ser uma decisão lacunosa e não universalizável, como visto acima, ela deu origem a um movimento descontrolado de infundáveis reivindicações individuais. Segundo esses mesmos críticos, o fenômeno nem seria peculiar do Brasil nem restrito ao direito à saúde.

O discurso dos direitos do homem induziu uma política na qual o liberalismo exacerbado, de liberal, tornou-se libertário. Ora, esse fenômeno com manifestações múltiplas é um desvio do Estado de Direito. Assiste-se nele não somente a revolta dos fatos contra a regra ou à invasão do direito pelo fato, mas ao conflito da liberdade (ou do que se acredita como tal) contra a ordem.

Há nisso um gigantesco mal-entendido, que encerra um duplo erro. O primeiro erro é a perversão da ordem legal do Estado pelo princípio da subjetividade: o direito público é gangrenado pela consideração dos casos particulares e das situações singulares: o rigor do direito objetivo e a generalidade da lei são gravemente ocultados. A lógica empírica do pragmatismo jurídico-político vem rebater a lógica racional do aparelho legislativo. Nessa nebulosa, em que um estranho confucionismo embaralha as categorias e os conceitos, “os direitos” adquirem mais importância que “o direito”. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 353)

A antítese da crítica é representada pela posição de que a afirmação do direito individual é a solução para se afastar o que há de mais nocivo no direito quando se enfatiza seu aspecto coletivista: o utilitarismo, que desconhece que cada membro da sociedade tem uma inviolabilidade própria fundada na justiça (RAWLS, 2000, p. 30) para prestigiar a atual organização da sociedade e conseguir o maior saldo líquido de satisfação a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros (RAWLS, 2000, p. 25).

O conceito de justo e os direitos derivados deste conceito, prossegue o argumento, devem se sobrepor a esse cálculo de soma de vantagens (RAWLS, 2000, p. 36) que o Estado-Executivo pratica quando faz suas escolhas orçamentárias.

[...] impõe ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (BRASIL, 2000)

No entanto, mesmo em todo o seu esforço retórico, a decisão não consegue afastar uma conclusão incômoda: se, de acordo com o próprio relator, não há quem represente legitimamente no processo os interesses de todos aqueles outros cidadãos que não sejam o próprio requerente da medida e não há nenhuma ponderação dos possíveis propósitos deles com o bem individual demandado, é forçoso reconhecer que apenas se está substituindo o utilitarismo estatal pelo individual do demandante, resolvendo-se a questão pela mera exposição de sua necessidade, a qual não é aposta qualquer possibilidade de restrição.

### Considerações finais e alternativa proposta

Sob o pretexto de atuar na implementação dos direitos sociais (no caso, o direito à saúde), aplicando hermenêutica inovadora destinada a valorizá-los (BONAVIDES, 1996, p. 443), encontramos um Poder Judiciário a combinar uma metodologia positivista lógico-formal, apoiada em um fundamento filosófico utilitarista, de corte individualista.

Acreditamos que este procedimento está a dissolver o direito constitucional à saúde em casuística (MÜLLER, 2009, p. 46), impossível de ser antecipada pelos órgãos da administração responsáveis pela política de saúde, o que a torna inequivocamente arbitrária, dada a falta de regras prévias (ANDRADE, 2006, p. 185).

No caso examinado, vemos como erro fundamental, indutor de severo déficit de fundamentação da decisão (BOTELHO, 2010, p. 212), o fechamento do curso que a antecede à participação de todos os demais possíveis interessados, que não a própria requerente (BOTELHO, 2010, p. 177): como visto acima, o estado do Rio Grande do Sul não é reconhecido pelo relator do acórdão como representante dos demais cidadãos, mas sim como ente dotado de vontade própria, portador de suas próprias pretensões individuais. Quando essa representatividade é descartada, ninguém é chamado a representar os demais possíveis concernidos pela decisão, ou seja, todos aqueles interessados na política de saúde de seu ente político e/ou na distribuição dos recursos públicos entre as diversas atividades estatais.

A sumária desconsideração de pretensões controversas, como na decisão examinada, encolhe o campo de convicções compartilhadas, fazendo com que se passe a discursos mais pretensiosos, cujo término é imprevisível e cujos efeitos de problematização são perturbadores, com a quebra de comunicação e o incentivo ao agir estratégico voltado para o sucesso de cada um (HABERMAS, 2003, p. 40). Daí, com certeza, a explosão de demandas similares, que deu origem ao fenômeno da “judicialização da saúde” no Brasil, onde cada indivíduo tenta resolver por si seu problema perante o Poder Judiciário, sem qualquer discussão sobre a política pública de saúde em nosso país.

Na decisão examinada, vemos ainda com muita restrição a sobrevalorização do componente moral dos direitos fundamentais positivados, a permear toda a fundamentação.

É certo que “o direito firmado politicamente, caso se pretenda legítimo, precisa ao menos estar em consonância com princípios morais que reivindicuem validação geral,

para além de uma comunidade jurídica concreta” (HABERMAS, 2004, p. 285) e que os direitos fundamentais são exatamente o ponto de transição entre o direito e a moral, com função de instrumentos de plena legitimação moral do direito (PINZANI, 2009, p. 140), a institucionalização das condições de comunicação para formação da vontade política racional (BOTELHO, 2010, p. 170). Em virtude disso, na efetivação desses direitos fundamentais a qual o Supremo Tribunal Federal busca com a mutação do conceito de norma programática, abre-se espaço para que a argumentação jurídica ingresse no terreno da moral e dos fins políticos, passando a ocupar o Poder Judiciário, especialmente seu órgão de cúpula, um espaço político de maior envergadura (SILVA; MENDES, 2008, p. 208). A pergunta que fica é: e no caso concreto, ora estudado, o que o Supremo Tribunal fez com este espaço?

Em nosso parecer, a decisão no Supremo caminhou para o extremo - ao julgador, uma só possível opção, fazendo com que todos os contextos fáticos se retraíssem (HABERMAS, 2003, p. 205) -, submetendo completamente a possibilidade de realização do conteúdo normativo à idealidade. Esse radicalismo rompeu com a ideia de um direito como espaço de mediação entre a facticidade e a validade (SILVA; MENDES, 2008, p. 208) e tornou impossível a sua admissão factual pelo Estado responsável pelo cumprimento (HABERMAS, 2003, p. 34).

O resultado é a perda do caráter deontológico do direito em favor de um código teleológico, por meio do qual o Poder Judiciário substitui a escolha moral do legislador por uma outra sua, que não consegue manter o sistema normativo como um sistema coerente (SILVA; MENDES, 2008, p. 208; HABERMAS, 2003, p. 302). Assim, chega-se ao acirramento da questão pelos destinatários desta decisão e de todas as outras similares subsequentes nas diversas instâncias judiciais, que não as aceitam pacificamente e mantêm o tema candente.

Não ignoramos o sofrimento e as dificuldades de um julgador em atuar em processos como este, cuja decisão é examinada, no qual uma pessoa doente vem requerer individualmente uma prestação medicamentosa que entende capaz de salvar-lhe a vida ou minorar seu sofrimento.

No entanto, acreditamos que o Poder Judiciário, à frente o Supremo Tribunal Federal, optou por uma solução para esses casos que apresenta limitações muito evidentes, não tendo qualquer efeito sobre a sociedade além de estimular *ad infinitum* a explosão de demais individuais similares, destinadas a fazer valer este “pediu, levou”, sem qualquer possibilidade de avaliação crítica das pretensões de validade deduzidas (PINZANI, 2009, p. 101).

Em seu lugar, é preciso formular um método racional e controlável de busca e construção de valores de moralidade e justiça (BARROSO, 2009, p. 249), sob pena de a tensão entre as pretensões de normatividade e a realidade agravar-se (HESSE, 2009, p. 125), com risco à própria força normativa da Constituição, em última instância.

Deve ser retomada a ideia de que, em uma sociedade pluralista, os discursos teóricos não podem ser libertados completamente da pressão dos conflitos sociais, e, muito menos, isolados os concernidos do processo argumentativo (PINZANI, 2009, p. 101) que leva à fundamentação das normas.

Os cidadãos devem ser, ao mesmo tempo, destinatários e criadores da ordem jurídica, nascendo a observância aos direitos fundamentais não da concessão de uma corte suprema (MENDES, 2008, p. 100), instância privilegiada e arbitrária de dicção de *standards* (LEAL, 2007, p. 61), soberana e paternalista (HABERMAS, 2004, p. 301), que avoca para si a promoção das condições éticas da comunidade (SILVA; MENDES, 2008, p. 209), mas exclusivamente da participação popular.

Constatamos que esta acima descrita é a realidade atual, e que ela somente poderá ser superada a partir de uma fundamentação intersubjetiva dos direitos fundamentais, com a compreensão recíproca dos sujeitos que cooperam e reconhecem que tais direitos não são inatos, mas sim reconhecidos mutuamente e finalmente positivados no direito como regulamentação da convivência (PINZANI, 2009, p. 149).

Ao Poder Judiciário caberá um papel mais modesto do que vem exercendo hoje, mas ainda sim relevante: o de tutor (ao invés de regente) do procedimento político, assegurando a todos os interessados os canais adequados para participação na tomada de decisões (SILVA; MENDES, 2008, p. 209) que serão alcançadas a partir de uma práxis argumentativa que defenda os direitos fundamentais sem olvidar da soberania popular (BOTELHO, 2010, p. 210).

## RIGHT TO HEALTH: FROM PROGRAMMATIC PRINCIPLE TO ENFORCEABLE INDIVIDUAL RIGHT

**ABSTRACT:** The right to health was considered as a programmatic principle in the early years after the promulgation of the Brazilian's 1988 Constitution, intended just to guide the State, pointing a social goal to be pursued. Brazilian's Supreme Court changed this interpretation, setting the right to health as an individual right immediately enforceable. However, the consequences of this change in the constitutional interpretation are still controversial, and they maybe the source of the so called "health's judicialization".

**KEYWORDS:** Right. Health. Programmatic. Enforceable. Limits.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP, 2006.

ATIENZA, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista do Direito*. Rio de Janeiro, 2003. p. 91-134. Disponível: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS. Município de Porto Alegre *versus* Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, Acórdão de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 SP. Município de São Paulo *vs.* Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 28 out. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: Para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. Orientador: Miroslav Milovic. 2008. 348 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde\\_arquivos/44/TDE-2008-08-13T164844Z-3036/Publico/2008\\_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf](http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_arquivos/44/TDE-2008-08-13T164844Z-3036/Publico/2008_AlvoroLuisAraujoCiarlini.pdf)>. Acesso em 28 out. 2011.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito*: Kant e Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: Entre facticidade e validade. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: Estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123-146.

\_\_\_\_\_. Limites da mutação constitucional. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147-171.

\_\_\_\_\_. Significado dos direitos fundamentais. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-72.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* São Paulo: Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>>. Acesso em 21 out. 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: Uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel, SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINZANI, Alessandro. *Habermas: introdução*. São Paulo: Artmed, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1993*. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mail-archive.com/ibap@pegasus.com.br/msg00683.html>>. Acesso em: 21 out. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da, MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos, TERRA, Ricardo (Org). *Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 199-222.