

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE NORMA, SOCIEDADE E INTÉRPRETE

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH: THE NECESSARY DIALOGUE BETWEEN NORM, SOCIETY AND INTERPRETER

Vanessa Gomes Leite

Advogada. Mestre em Direito e Ordem Constitucional (UFC). Pós-graduada em Direito e Processo Constitucionais (UNIFOR). Professora da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza (FAMETRO)

RESUMO

O propósito do presente trabalho revela-se analisar a efetividade do direito à saúde, sob os aspectos normativo, social e axiológico inerente a este bem jurídico protegido constitucionalmente e, tantas vezes, demandado perante o Judiciário. A metodologia utilizada foi bibliográfica e descritiva, com natureza jurídica qualitativa. De início, defende-se que a norma que consagra o direito social da saúde deve ser compreendida como princípio, sendo analisados os pressupostos e condições de exigência a partir de sua estrutura. Nesse contexto, distinguem-se o plano de eficácia e o de efetividade da norma prestacional, demonstrando sua não vinculação necessária ao conceito de constitucionalização simbólica. Em busca de uma delimitação do conteúdo do direito à saúde, são analisados também sua viabilidade orçamentária em conjunto com seu caráter inter-setorial e multidimensional. Por outro lado, são explanadas as relações de interferência entre direito e sociedade, com o fim de demonstrar como os valores e as reivindicações sociais podem influenciar na garantia de um direito. Por fim, analisa-se a atuação do jurista e seus reflexos no grau de efetividade do direito à saúde. Percebeu-se como resultado a relevância e a necessidade de um maior diálogo entre instituições e entre estas e a sociedade.

Palavras-chave: Efetividade. Direito à saúde. Princípio. Dimensão social. Papel do intérprete.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the effectiveness of the right to health, under the normative, social and axiological aspects inherent to this juridically protected asset and so many times needed in legal system. The methodology used was bibliographic and descriptive, with a qualitative legal nature. At the beginning, it is defended that the norm that enshrines the social right to health must be understood as a principle, analyzing the assumptions and conditions of exigency from its structure. In this context, the terms efficiency and effectiveness of the benefit standard are distinguished, demonstrating its lack of necessary link to the concept of symbolic constitutionalization. In search of a delimitation of the content of the right to health, its budget viability is analyzed along with its intersectoral and multidimensional character. On the other hand, the relations of interference between law and society are explained, in order to demonstrate how values and social demands can influence the guarantee of a right. Finally, the jurist's work and its reflections on the degree of effectiveness of the right to health are analyzed. As a result, the relevance and need for greater dialogue between institutions and society has been perceived.

Keywords: Effectiveness. Right to health. Principle. Social dimension. Function of the interpreter.

1 INTRODUÇÃO

Tendo proteção constitucional, o direito à saúde permanece no patamar hierárquico dos direitos fundamentais, pertencendo à categoria dos direitos sociais. Diante de sua relevância, torna-se necessário analisar sua estrutura e condições de exigência, em especial, frente ao Judiciário. Sua natureza normativa de princípio traduz-se em diversas consequências para sua interpretação e aplicabilidade pelo intérprete, trazendo reflexos para sua eficácia e efetividade.

Para analisar a efetividade do direito à saúde, revela-se necessário compreender as consequências jurídicas emanadas de acordo com a natureza da norma. Nesse contexto, a distinção entre regras e princípios revela-se a base para a fundamentação e para a solução da dogmática dos direitos fundamentais. Ela contribui para explicar a função desses direitos no sistema jurídico, bem como suas eventuais restrições e colisões. Nas palavras de Alexy (2006, p. 83) “nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”. Ademais, há, tanto em âmbito constitucional como em infraconstitucional, regras e outros princípios, porém de finalidade mais específica, que contribuem para a realização prática do referido direito.

Em que pese a sutil diferença entre eficácia e efetividade da norma, aquelas que apresentarem cunho programático e prestacional não podem estar fadadas a uma constitucionalização simbólica. Norma constitucional alguma é destituída de eficácia, o que irá variar são os graus alcançados por ela, haja vista as condições fáticas e jurídicas que ela exige e que estão à disposição no contexto em que se encontra inserida.

Em busca de delimitar seu conteúdo, são observadas a realidade financeira problemática e as eventuais colisões com outros direitos fundamentais, sem olvidar as diretrizes de normas internacionais homologadas pelo País. Ademais, há vários determinantes sociais que promovem a realização do estado ideal de saúde, a qual não pode ser analisada e planejada

apenas sob a esfera biológica.

A legitimidade e a consequente efetividade do direito dependem de sua aproximação com as necessidades e os correspondentes valores sociais. As normas postas pelo Estado devem ser fruto da história, cultura e realidade do povo destinatário. As conquistas sociais no que tange à saúde muito contribuíram para a constitucionalização desse direito.

Contudo, os valores e os fins a serem atingidos necessitam de muitos meios e condições propícias, que devem ser ponderadas pelo intérprete no momento da decisão judicial. Por conta disso, emerge a necessidade de um diálogo entre a norma posta, o valor que ela representa, os problemas sociais, suas possibilidades fáticas e os limites de atuação do jurista, para que as consequências de sua conduta sejam para trazer maior efetividade ao direito constitucional fundamental da saúde, e não o contrário.

Ademais, a metodologia utilizada caracterizou-se como um estudo descritivo-analítico dos fatos sociais, tendo por alicerce pesquisa bibliográfica com natureza qualitativa, fundamentada na literatura jurídica, como doutrinas, revistas, publicações, trabalhos monográficos, artigos científicos, publicações especializadas e dados oficiais publicados na internet que exploraram o tema em análise.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DA NORMA DE DIREITO À SAÚDE A SUAS CONDIÇÕES DE EXIGÊNCIA

Sob a perspectiva de ser um direito fundamental, a saúde é um direito inerente à condição humana que, de tão relevante, o seu reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário, além de ser considerado cláusula pétrea, passando a compor o material intangível da Constituição (art. 60 §4º). Por conta disso, quanto à sua natureza jurídica, as normas de direitos fundamentais são caracterizadas eminentemente como princípios, que detêm condições de exigência e estrutura normativa diferentes das regras.

A teoria dos direitos fundamentais encontra-se vinculada à teoria dos princípios,

cujos principais precursores são Robert Alexy e Ronald Dworkin. Nesse sentido, Alexy (2006, p. 90-91) esclarece que os princípios enunciam de maneira genérica um valor a ser realizado na medida do jurídico e do faticamente possível. Expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo é definido por meio de sopesamento com demais princípios colidentes. Trata-se de mandamentos de otimização.

Diferentemente das regras, que equivalem a determinações (ou são integralmente satisfeitas ou não) os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende tanto das possibilidades jurídicas como das fáticas. Alexy (2006, p. 104) explica essa divergência:

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Assim como Alexy, Dworkin (2002, p. 39) parte de uma distinção qualitativa entre regras e princípios, e não de grau. Segundo o doutrinador americano, as regras são aplicáveis à maneira do 'tudo ou nada'. Em caso de conflito, uma delas não pode ser válida. Para isso, adotam-se critérios, como o cronológico, o hierárquico e o específico. Alexy ainda adverte acerca da possibilidade da introdução de uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de uma circunstância, o que relativiza seu caráter definitivo. Sobre o critério de distinção utilizado por Dworkin, Bonavides (2014, p.288) esclarece:

A dimensão de peso, ou importância ou valor (obviamente valor numa acepção particular ou especial) só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas. A escolha ou a hierarquia dos princípios é a de sua relevância. Das reflexões de Dworkin, infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De

tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso.

Por outro lado, Ávila (2014, p. 95-102) propõe diversos critérios de dissociação entre princípios e regras, são eles: critério da natureza do comportamento prescrito; critério da natureza da justificação exigida e, por fim, critério da medida de contribuição para a decisão. Após a análise sob todos esses aspectos, o autor apresenta o seguinte conceito de princípio:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2014, p. 102).

Nesse sentido, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, atuando também sobre a compreensão dos próprios fatos e provas. Ao aplicar-se uma norma, é preciso selecionar dentre os fatos ocorridos, quais os pertinentes e, dentre as opiniões valorativas, quais são as mais adequadas para interpretar os fatos. Nas palavras do autor:

Neste ponto, entra em cena a noção de eficácia externa: as normas jurídicas são decisivas para interpretação dos próprios fatos. **Não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.** O mais importante aqui é salientar a eficácia externa que os princípios têm: como eles estabelecem indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado, indiretamente eles fornecem um parâmetro para o exame de pertinência e de valoração (grifo nosso) (ÁVILA, 2014, p. 125)

Quanto às regras, Ávila (2014, p. 102) as define como normas precipuamente descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a análise da correspondência, a qual é centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Ocorre que, para o autor, a sua peculiar característica se revela na implemen-

tação de consequências pré-determinadas, as quais somente podem ser confirmadas após a sua interpretação; logo, para sua aplicação, necessitam, assim como os princípios, de um processo prévio interpretativo.

Por conta disso, diferentemente da distinção qualitativa adotada por Alexy e por Dworkin, Ávila sustenta que a diferença entre regras e princípios é meramente de grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. O autor parte do pressuposto de que a estrutura da norma difere da aplicação desta. No ato da aplicação, regras e princípios se aproximam, já que ambos podem envolver a consideração de aspectos específicos abstratamente desconsiderados.

No caso das regras, estas podem conter expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, como os conceitos jurídicos indeterminados. Há casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas (configurada a hipótese de incidência): quando a razão justificadora da regra é superada no caso concreto. Por fim, há também casos em que as regras podem ser aplicadas sem a ocorrência da hipótese de incidência, como no caso das analogias (casos não regulados que se assemelham a casos regulados).

Assim, a vagueza não é traço peculiar dos princípios, mas elemento comum de qualquer texto normativo. Estruturalmente são distintos, na medida em que os princípios possuem um grau de abstração maior em relação a norma de comportamento a ser aplicada, pois não se vinculam a uma situação específica. Quanto às regras, possuem consequências já determinadas.

Tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais no momento de sua interpretação e de sua aplicação. Nesse sentido, Ávila (2014, p. 71) explica: “É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa”.

Dessa maneira, o direito fundamental à saúde, por possuir estrutura de princípio, constitui norma finalística, devendo resultar da análise do intérprete partindo da realidade para o

fim desejado, bem como do fim desejado para a realidade. No momento da interpretação, fato e norma se relacionam construindo as possibilidades de efetividade do direito almejado.

Por fim, para promover a realização de condutas necessárias à concretização do direito, nada obsta a utilização de regras para um cumprimento mais específico e delimitado de certos objetivos para alcançar o estado ideal de saúde. Cite-se as regras de divisão de competências entre os entes federativos observadas na lei nº 8080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, dentre outras providências.

3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE EM FACE DE UMA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

No que tange a análise da norma sob o plano de sua eficácia, José Afonso da Silva (1999, p. 66), entende estar vinculada à observância de sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. Trata-se do grau de exigência ou alcance de efeitos no âmbito de concreção jurídica, admitindo graduação.

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 56), contudo, chama atenção à uma sutil distinção entre aplicabilidade e eficácia. Para ele, uma norma aplicável estaria dotada de eficácia, isto é, capacidade de produzir efeitos, e, além disso, o seu suporte fático deve estar conectado com os fatos de um determinado caso concreto.

Ao diferenciar as normas constitucionais, quanto à sua eficácia em plena, contida e limitada, o próprio José Afonso da Silva (2003, p.86) oferece margem à essa distinção, embora insista em não concordar com ela¹. As normas

¹ Para José Afonso da Silva (2003, p. 60): “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”. Assim, embora abra margem para a distinção entre eficácia e aplicabilidade, o autor não a admite.

de eficácia plena e as de eficácia contida, por exemplo, distanciam-se quanto ao grau de eficácia (as últimas detêm a possibilidade de ter sua eficácia contida em face de ulterior legislação, enquanto que as primeiras não), mas assemelham-se quanto à aplicabilidade (imediata). Destaque-se que o autor é enfático ao defender que: “[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia” (SILVA, 2003, p. 81).

Assim, o que pode ocorrer é a eficácia de algumas normas constitucionais não manifestarem todos os efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, necessitando da emissão de uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. Por conta disso, a referida distinção pautada por José Afonso da Silva (2003, p. 82) fundamenta-se quanto ao grau dos efeitos jurídicos da norma, isto é, o nível de aptidão ou qualidade de produzir efeitos.

Por outro lado, acerca da relação entre validade e eficácia, Hans Kelsen explica que, embora o fundamento de validade da norma (motivo pelo qual as normas desta ordem jurídica devem ser observadas e aplicadas) seja a norma fundamental pressuposta, a eficácia revela-se condição de validade. Nas palavras do positivista:

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como validade, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz (KELSEN, 2012, p. 237).

O autor, porém, adverte que o fato de uma norma singular não ser aplicada, em casos gerais ou peculiares, não reflete na perda da eficácia da ordem jurídica, pois esta somente é assim configurada quando observada de maneira global, o que confirma a distinção alertada por Virgílio Afonso da Silva (2011, p.56). Também uma norma jurídica singular não perde a validade por não ser aplicada apenas em casos particulares (KELSEN, 2012, p. 237).

Na mesma esteira de raciocínio, partindo do pressuposto de que a eficácia se refere à aplicação ou execução da norma jurídica, Miguel Reale (2010, p. 122-113) declara que a

sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo, de modo que este seja incorporado à maneira de agir e de ser da coletividade destinatária. Assim, o direito legislado deve ser não apenas formalmente válido, mas também socialmente eficaz.

O objetivo é evitar que a criação de normas que contrariem as tendências e inclinações sociais dominantes ao ponto de ou caírem em desuso ou somente lograrem obediência de maneira compulsória, seguidas de sanções. Cite-se as regras de distribuição de competências estabelecidas pela lei 8080/90 que constantemente são descumpridas sob o argumento de responsabilidade solidária entre os entes. Corroborando esse entendimento o Supremo Tribunal federal (STF) ao realizar a interpretação conjunta do artigo 196 com as normas constitucionais sobre competências legislativas e executivas: art. 23, II; art 30, I, II e VII; art 24, XII e §§ 1º a 4º, todos da CF/88.

Embora represente uma posição contramajoritária na política, o Judiciário, a partir de constantes reclamações oriundas da sociedade e do desempenho de sua função como guardião e último intérprete da Lei Maior, possui o condão de exercer forte influência no grau de eficácia das normas. Dessa maneira, a pouca ou nenhuma eficácia das normas infraconstitucionais que regulamentam a distribuição de competências dos entes na esfera da saúde pública decorre da atuação dos representantes estatais no âmbito político e jurídico, tento em vista tantos os entes não cumprirem seus deveres dando ensejo às demandas judiciais, quanto o Judiciário ignorar a função específica de cada ente, exigindo a solução do problema por um órgão que não possui competência para tanto.

Por outro lado, Marcelo Neves (2007, p. 43) distingue a eficácia no sentido jurídico dogmático da eficácia em sentido sociológico. A primeira diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, à exigibilidade ou à executoriedade. Já a segunda refere-se à conformidade das condutas do destinatário à norma, ou seja, se a norma é realmente executada, observada pelos destinatários. Ao explanar os conceitos de eficácia e de vigência, Hugo de Brito Ma-

chado (2004, p.99) trabalha com o sentido sociológico de eficácia apontado por Neves:

Saber se uma lei é vigente, quando tem início e quando termina sua vigência são questões pertinentes à Ciência do Direito, que podem ser esclarecidas com o simples conhecimento do sistema de normas. Saber se uma lei é eficaz, ou não, ou por que é mais, ou menos eficaz, são questões pertinentes à Sociologia Jurídica, cujo esclarecimento depende da observação dos fatos, depende da observação daquilo que, no mundo fenomênico, pode ser considerado como efeito da norma.

Partindo-se da concepção estritamente jurídica de eficácia do sociólogo brasileiro, esta pode decorrer da observância ou norma primária da lei ou de sua imposição ou norma secundária. A observância ocorre quando a norma legal é obedecida sem a necessidade de vinculação a uma sanção impositiva. Já a imposição (execução) surge, ao haver uma violação dos preceitos normativos, com o fim de restabelecer a ordem que fora contrariada. A ineficácia, contudo, somente se configura na circunstância de não ocorrer nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal.

Para Luís Roberto Barroso (2006, p. 82-83), contudo, a eficácia em sentido sociológico equivale à efetividade da norma. Para o atual Ministro da Suprema Corte, a efetividade, também denominada de eficácia social, revela-se a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (grifo do autor).

Ao ser executado, o Direito legislado já estaria desempenhando sua função social. Marcelo Neves (2007, p. 48), contudo, discorda dessa conclusão. Interessante registrar que o sociólogo não corrobora a identidade entre eficácia social da norma e sua efetividade:

Formulando com outras palavras, pode-se afirmar que a eficácia diz respeito à realização do 'programa condicional', ou seja, à concreção do vínculo 'se-então' abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do 'programa finalis-

tico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal.

A partir disso, o autor apresenta o conceito de legislação simbólica, a qual se caracteriza por ser normativamente ineficaz. O fato de ser inefetiva, mas eficaz, não torna a legislação como simbólica (NEVES, 2007, p. 51). Uma norma pode ser obedecida pelos seus destinatários, mas ainda assim não atingir a finalidade proposta pelo legislador.

Quando uma nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, estar-se diante de uma legislação simbólica. Em um sentido positivo, esse tipo de legislação pode produzir efeitos relevantes para o sistema político de maneira até mesmo não especificamente jurídico, no sentido de servir, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (NEVES, 2007, p. 34 e 53).

De maneira semelhante, pode haver uma constitucionalização simbólica: circunstância em que não se segue uma normatividade bem como uma concretização normativa generalizada do texto constitucional. O elemento característico é também o exagerado crescimento da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais. Neves (2007, p. 92), porém, pormenoriza as peculiaridades:

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica, esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico (ver item 1.3.3 desse Cap.), apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais, representa o processo mais abrangente de normatização no interior do Direito positivo.

No caso da saúde, é possível perceber a

função primordialmente simbólica do artigo 196 da Constituição Federal vigente ao proclamar que aquela é “direito de todos”. Registre-se que não se alega que a Lei Maior, como um todo, revela-se simbólica, mas apenas alguns de seus dispositivos, logo não se trata de uma constitucionalização simbólica propriamente dita.

Com efeito, embora toda norma constitucional detenha eficácia, independentemente do grau, tal norma surgiu com o prioritário fim de reconhecer o valor da igualdade entre todos no exercício e na garantia estatal desse direito, deixando de ser exclusividade daquelas que contribuíam financeiramente para a Previdência Social.

Ocorre que se revela impossível garantir de maneira integral todas as necessidades da população no que tange à saúde pública, principalmente diante da crise econômica que o País está enfrentando. Trata-se de uma afirmação simbólica de pretensões normativas, mas não da imposição efetiva dessas. Não se deve olvidar as conquistas alcançadas pela atividade do SUS, contudo, ainda assim, a saúde não se revela direito de todos em qualquer circunstância. As possibilidades fáticas influenciam nas condições de exigência da eficácia de uma norma.

Ademais, o fato de o direito fundamental à saúde apresentar cunho programático não justifica ações governamentais inócuas ou mesmo omissas no que diz respeito ao cumprimento do programa finalístico da norma. Normas programáticas não se confundem com uma constitucionalização simbólica. Por conta disso, cabe o controle de constitucionalidade da respectiva conduta comissiva ou omissiva do órgão estatal contrário ao que a norma constitucional impera.

4 A INTERCESSÃO ENTRE O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE E OS DETERMINANTES SOCIAIS

Quanto ao conteúdo do direito fundamental à saúde, equivale ao fim prático pretendido pela norma principiológica. Como o fim é a ideia que exprime uma orientação prática, o elemento constitutivo dele consiste na fixa-

ção de um conteúdo como pretendido. Ávila (2014, p. 70-71) cita como exemplos de conteúdos desejados o alcance de uma situação terminal; a realização de uma situação ou estado; a perseguição de uma situação contínua ou a persecução de um processo demorado. Trazendo isso para o tema da saúde, o conteúdo desejado por esse direito é justamente a perseguição de uma situação contínua, qual seja, manter-se saudável, tendo qualidade de vida.

Nesse sentido, não se pode olvidar o caráter social do direito fundamental da saúde, haja vista seu objeto e conteúdo estarem diretamente vinculados às prestações de determinados bens e serviços do Estado. Para alcançar a almejada justiça social, torna-se necessária a compensação das desigualdades fáticas recaídas em boa parte da população socialmente vulnerável.

O problema da escassez de recursos reflete a complexa tarefa de definir o conteúdo do direito constitucional à saúde. Nesse sentido, Ferraz e Vieira (2009, p. 235) resumem três fatores principais que integram o contexto fundamental do referido direito:

Em primeiro lugar, deve-se compreender que a saúde não se resume à mera ausência de doença, mas se trata de um conceito multidimensional que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural importantes. Em segundo lugar, essa multidimensionalidade do conceito de saúde implica necessariamente complexidades na elaboração e na implementação das medidas que visam à sua proteção, promoção e recuperação, isto é, na chamada política de saúde, ou, mais propriamente, nas chamadas políticas de saúde. Por fim, deve-se lembrar que as necessidades de saúde da população vão sempre muito além dos recursos disponíveis para atendê-las, obrigando-nos a realizar escolhas difíceis sobre como e onde aplicar esses recursos.

Dessa maneira, a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais com os quais apresenta zonas de convergência. Essa noção de intersetorialidade está prevista na Declaração de Alma-Ata de 1978, o que ratifica o entendimento de que a efetivação do direito à saúde não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direciona-

das à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, sem olvidar o compromisso com as futuras gerações (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 129). A saúde, portanto, não necessita apenas de fatores biológicos para seu alcance, mas também de determinantes sociais favoráveis.

Por ter natureza de princípio, exige a realização ou preservação de um estado de coisas, o qual é exteriorizado por um ambiente ecologicamente sustentável, uma alimentação regular e completa, um acesso à água potável, além dos cuidados de recuperação da saúde. Para a realização desse estado de coisas são necessários determinados comportamentos: saneamento básico, coleta do lixo, campanhas de vacinação, consultas médicas, dispensação de medicamentos genéricos, procedimentos cirúrgicos, dentre outros.

Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio. Assim conclui Ávila (2014, p. 103):

O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma Weinberger, a relação meio/fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para os dois meios. Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), realizado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o dever do Estado de implementar progressivamente o mais elevado nível de saúde física e mental. O instrumento preceitua normas que propõem assegurar a dignidade da pessoa humana, que devem ser concretizadas de forma progressiva, em função de seu caráter prestacional.

Com o fim de estabelecer sintonia entre o texto constitucional brasileiro e o dever

de progressividade na efetivação do direito à saúde, bem como seu maior nível de garantia, a CF/88 adotou a concepção mais abrangente do direito à saúde, incluindo uma noção não apenas eminentemente curativa, mas também preventiva e promocional na tutela jusfundamental. Dessa maneira, o termo promoção está ligado à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivam melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas.

Ademais, por ser direito social, a prestação em sentido estrito, conforme classificação de Alexy (2006, p. 499), já detém uma vagueza de conteúdo, funcionando como, na verdade, um direito à implementação e gozo de políticas públicas globais destinadas à melhoria da saúde da população e não necessariamente a determinado serviço ou bem específico.

Tendo em vista sua generalidade acentuada, surge a necessidade de delimitar e especificar os fins do princípio, sempre observando sua correlação com as demais normas constitucionais. No caso da promoção da saúde pública diretamente ligada à atividade da Administração Pública, é preciso delimitar o seu significado em cada contexto em análise e de acordo com determinados dispositivos da CF/88. O objetivo é substituir o fim vago pelo fim específico em prol de sua eficácia e efetividade.

O direito à saúde pertence à conjuntura socioeconômica, a qual apresenta natureza essencialmente dinâmica. A realidade financeira, tecnológica, científica e gerencial de um país sofre variações. Assim, se a norma constitucional dispusesse de forma precisa o conteúdo das prestações materiais, haveria grande risco de tornar-se defasada, o que prejudicaria a estabilidade da ordem constitucional.

Nesse sentido, o conteúdo do direito fundamental à saúde, permanece sujeito à ponderação em circunstâncias de eventuais colisões. Ao definirem deveres *prima facie*, é possível uma variação de grau de substância na autoridade da norma, já que, não se pode olvidar a unidade axiológica da Constituição, imperativo que permite a sobreposição de determinados direitos fundamentais em face de outros a partir das exigências e condições contextuais da realidade pautada, sem a exclusão

da vigência de nenhum princípio; todos participam do corpo estrutural da Lei Maior. Trata-se da teoria externa do direito fundamentais proposta por Alexy (2006, p. 277).

Conforme a teoria externa, não há nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrições. Tal relação surge apenas a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos². O filósofo alemão entende que, quando se parte do modelo de princípios, o que é restringido não é apenas um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. Portanto, ao se trabalhar com princípios, revela-se admissível falar em restrição a direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 280).

Além disso, saindo do âmbito abstrato para o concreto, para dar mais visibilidade ao turvo conteúdo do direito fundamental à saúde, é necessário também a sua vinculação ao planejamento à instituição de políticas públicas. O trabalho do legislador, a ponderação do intérprete, bem como a execução de políticas públicas são atuações essenciais para atingir o estado ideal de coisas proferido pelo direito fundamental à saúde.

5 DIMENSÃO SOCIAL E AXIOLÓGICA DO DIREITO À SAÚDE: INFLUÊNCIA MÚTUA ENTRE DIREITO E SOCIEDADE

Partindo-se de uma tridimensionalidade do direito, como fato, valor e norma (REALE, 2010), não se resumindo a nenhuma das esferas de forma isolada, passa-se a analisar a dimensão social do direito. Segundo Miranda Rosa (2004, p. 56), o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, mas também atua como elemento condicio-

² Por outro lado, a teoria interna sustenta que não há restrições ao direito, mas um direito com conteúdo já previamente limitado. Não há dúvidas quanto ao grau de restrições, mas quanto ao seu conteúdo. Pressupõe que os direitos fundamentais são posições definitivas, não podendo, portanto, serem restringidas, mas os bens constitucionalmente protegidos podem. (ALEXY, 2008, p. 277-278). Não de corrobora essa teoria no presente trabalho.

nante, já que todo o processo educacional em uma sociedade se desenvolve conforme princípios jurídicos que a moldam. O direito é, portanto, produto e fato de mudança social. Disso decorre a relação de interdependência entre direito e política.

A norma jurídica deve ser resultado da realidade social, de modo que seja reflexo de suas expectativas, objetivos, valores e conceitos éticos e finalísticos. Caso contrário, haverá certamente prejuízo à eficácia e à efetividade daquela. Não obstante, o evidente motivo do fracasso de institutos e padrões jurídicos importados de nações, em que estes são respeitados e bem-sucedidos, revela-se a inadequação das normas editadas à realidade concreta do meio em que se pretende emprega-las.

A partir de uma avaliação entre sistema e ambiente, Niklas Luhmann (1983) observou o direito como uma estrutura cujas formas de seleção são definidas pelo sistema social. Embora não seja a única estrutura social, o direito revela-se imprescindível, na medida em que os homens não conseguem orientar-se entre si sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. Enquanto estrutura, o direito tem que ser institucionalizado ao nível da própria sociedade, já que apenas ela possui capacidade de criar instâncias competentes para outros sistemas sociais. O direito, portanto, deve modificar-se em consonância com respectiva sociedade, a qual ele regula.

Interessante destacar que o referido sociólogo defende que a legalidade procede muito mais dos problemas de complexidade e de contingência que necessitam ser resolvidos do que da natureza e da condição de vida dos indivíduos como parte da sociedade³, estabele-

³ Registre-se que Luhmann não pretendeu negar a importância da sociedade para a sobrevivência do indivíduo, mas apenas afastar a ideia deste se observar e agir sempre como parte da sociedade. Para ele, homem e sociedade são reciprocamente ambiente: “Cada um é para outro demasiadamente complexo e contingente. E ambos estão estruturados de tal forma que apesar disso possam sobreviver. A estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas. Eles representam principalmente limites com respeito ao próprio homem. Asseguram assim que as possibilidades dos homens sejam reciprocamente expectáveis” (LUHMANN, 1983, p. 169).

cendo uma ligação entre a teoria do direito e a teoria da evolução social.

A saúde como direito fundamental, portanto, universal, é produto da Constituição Cidadã. Antes desta, as políticas de saúde eram centralizadas e garantidas apenas aos trabalhadores que contribuíam para a Previdência Social. A garantia desse direito resumia-se apenas à ausência de doenças por meio de mera assistência médico-hospitalar. Nesse contexto pretérito, a preocupação do Estado brasileiro limitava-se à saúde do trabalhador, e não do indivíduo propriamente dito, demonstrando um interesse voltado à ordem econômica em detrimento da condição do ser humano.

A partir de discussões acadêmicas sobre as políticas de saúde em conjunto com movimentos sociais emergiu a Reforma Sanitária, que alinhou as reivindicações de mudanças no setor da saúde à pauta mais ampla da luta pela redemocratização do País, idealizando a saúde como um direito de cidadania.

Outrossim, as principais características do regime jurídico constitucional do direito à saúde também são reflexo das discussões travadas durante a VIII Conferência Nacional da Saúde e de uma constante abertura ao direito internacional, cujas normas passaram a dialogar com o sistema constitucional pátrio. Cite-se, como exemplo, a conformação do conceito de saúde à concepção estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

As bases constitucionais para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) não decorreram de uma simples imposição normativa estatal, mas de uma luta contínua da população pelo gozo de políticas econômicas e sociais que assegurassem a fruição do referido direito de maneira igualitária. Assim, a opinião pública pode também condicionar o fenômeno jurídico.

Não obstante, a Constituição vigente trouxe uma maior dimensão valorativa ao direito à saúde quando o caracterizou como direito fundamental, tornando-o, portanto, cláusula pétrea e baliza obrigatória para a conduta de todas as três funções estatais, as quais devem atuar de maneira a trazer-lhe maior eficácia e efetividade possível. Faria (1984, p. 21) expli-

ca que o valor não deve ser entendido como algo abstrato ou lógico, mas como algo necessariamente vinculado à realidade concreta da experiência humana. Nas palavras do autor:

Vale dizer, pois, que não existe nem o fato puro nem o valor puro, mas que ambos, na realidade, se implicam e se complementam num processo dialético de polaridade. Em outras palavras, os valores não possuem uma experiência ontológica, mas existem nas coisas valiosas, revelando-se na experiência humana, através da História.

Assim, o grau de valor que é atribuído a um bem protegido juridicamente possui vinculação direta com as circunstâncias de equilíbrio e de conflito emanadas do seio social. Tendo a saúde uma estreita ligação com o direito à vida, sua exigência pela sociedade em face do Estado foi crescente, deixando de ser observada apenas como um valor, mas também como um direito. Não poderia ser diferente, já que qualquer outro valor pressupõe que os indivíduos estejam aptos para gozar o próprio bem-estar corporal e mental. Quando não há saúde, os demais valores se tornam inexecutáveis.

A enfermidade tem o condão de prejudicar as possibilidades de liberdade e de igualdade do indivíduo, podendo ainda pôr em discussão a própria dignidade. Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde encontra fundamento na dignidade da pessoa humana, princípio responsável pela unidade axiológica de toda a Constituição. Com efeito, Sarlet (2010, p. 70) propõe o seguinte conceito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma **vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (grifo nosso).

Ademais, o conteúdo da dignidade da pessoa humana constitui núcleo essencial dos direitos fundamentais, permanecendo imune

a restrições. Uma eventual violação do núcleo essencial, em qualquer circunstância, será desproporcional, o que configura a dignidade humana como 'limite dos limites' dos direitos fundamentais, inclusive o da saúde (SARLET, 2010, p. 136-137). O grande e velho problema, porém, persistente acerca da escassez de recursos para a sua garantia.

A saúde necessita de viabilização orçamentária que possibilite o estabelecimento de condições para que esse direito seja garantido. A dúvida reside em onde e como pontuar os critérios de administração e de estrutura do sistema de saúde para a efetivação do direito. Nesse ponto, percebe-se a fundamental interseção da política na esfera do direito, haja vista que esta busca o bem comum. Uma política democrática deve emanar decisões visando a todos.

Ocorre que uma inclusão generalizada extraída do texto normativo "[...] saúde é direito de todos [...]" (BRASIL, 1988) possui limites não apenas normativos e financeiros, mas também técnicos e científicos, haja vista o grande número de enfermidades que nem sempre é acompanhada por uma evolução da ciência competente.

Assim, embora o alcance social e valorativo do direito à saúde tenha demonstrado um grande avanço no decorrer dos anos, sua efetividade não se revela plena. Ainda que haja prévia regulamentação e planejamento de execução de políticas públicas, as carências sociais são inúmeras no que tange à saúde, o que embarreira a concretização desse direito. Por conta disso, para aqueles que a garantia estatal não se revela suficiente, o Judiciário emerge como última ou única opção em socorro, o que, muitas vezes, pode trazer consequências desastrosas sob uma ótica global, quando a judicialização da saúde ocorre em demasia.

6 A ATUAÇÃO DO JURISTA E SEUS RE-FLEXOS NO GRAU DE EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A importância do trabalho do jurista na efetividade de um direito decorre, primeiramente, da corriqueira distinção entre norma

e texto normativo. Conforme afirma Friedrich Müller (2000, p. 53), "[...] o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ponta do *ice-berg*". Com base em sua teoria estruturante, é preciso, portanto, a conduta do intérprete de adequar o programa normativo e o âmbito da norma para se chegar à definição do conteúdo e alcance dela.

A prática de interpretar do jurista revela-se um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto. O significado depende necessariamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Assim, a atividade do intérprete não consiste em mera prática de subsunção entre conceitos prontos anteriores ao processo de aplicação. Como o dispositivo é o ponto da interpretação, interpretar significa reconstruir o sentido (ÁVILA, 2014, p. 51).

Relembre-se que é a partir do modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento da norma como regra ou como princípio, o que, conforme já exposto, reflete distintos graus e formas de exigência.

Cite-se, como exemplo, a importância da adequada interpretação do dispositivo constitucional que prevê atendimento integral por parte do Estado em relação às ações e serviços de saúde. Como resolver, por exemplo, a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS, ou a necessidade de um tratamento vital a uma pessoa que exija custos exorbitantes, fora do planejamento estatal? Sob o fulcro do art. 198, II c/c 7º, II da lei 8080/90, revela-se diretriz constitucional do SUS o atendimento integral, entendido como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Para tanto, a integralidade, abrange ações preventivas (as quais devem ser prioridade, sem prejuízo dos serviços assistenciais), ações corretivas; vigilância sanitária e epide-

miológica. Esse princípio, contudo, não deve significar a totalidade, já que o dever do Estado em garantir o direito fundamental da saúde é realizado por meio de políticas sociais e econômicas previamente estabelecidas.

Por conta disso, são realizados estudos para cada região do País, tendo em vista as enfermidades e as carências populacionais variarem por diversos fatores, como o climático, o financeiro, a densidade demográfica, e o nível de saneamento básico. A partir dessa análise, são planejadas as políticas públicas e suas respectivas receitas orçamentárias. O texto normativo é um só para todas as regiões do País, mas os meios para sua concretização e exigência diferem, detalhe que não pode ser considerado pelo jurista intérprete.

Diante de lides concernentes à saúde, o Judiciário, ao decidir e ao fundamentar suas conclusões, deve levar em consideração os princípios, a regras e os valores do ordenamento jurídico em conjunto com as possibilidades de execução por parte da esfera executiva estatal, com o fim de evitar soluções para uma parcela mínima e consequências desastrosas para a maioria. O direito, para ser concretizado, não pode ser analisado apenas sob o aspecto normativo e valorativo, mas também sob o fático.

Cabe mencionar o pensamento do austríaco Eugen Erlich (1999, p. 113) que propôs, sob a ótica da sociologia jurídica, o estudo do 'direito vivo', ou seja, deve-se partir da observação do concreto para se chegar ao abstrato, e não o contrário:

O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais.

O método sociológico que Erlich (1986, p. 378-379) propõe que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pela observação direta da vida, dos fatos do direito. O direito deixa de ser apenas 'vigente' para se tornar 'vivo' na proporção que a sociedade o observa e o vivencia. Por conta disso, o direito não se resume a có-

digos, na medida em que estes não possuem a capacidade de expressar toda a complexidade daquele. Para ele, a principal fonte para o conhecimento do direito vivo é o moderno documento legal da sentença judiciária, na qual é possível analisar muito mais do que o dispositivo, mas os fatos que conduziram a decisão.

Nesse contexto, Lima (2003, p.46), defende a importância da fundamentação da decisão judicial extrapolar os limites da seara jurídica, com a participação dos Conselhos de Saúde, dos Conselhos Regionais de Medicina, das Organizações Não-Governamentais, dos médicos, além de outros participantes importantes no processo de interpretação, o que permite uma efetiva democratização da atividade jurisdicional, bem como maior consistência de suas decisões.

Em razão da própria função jurisdicional os juízes estão constrangidos a serem criadores do direito, na medida em que são chamados a interpretar, esclarecer, integrar, transformar, bem como inovar o direito, o que não significa agirem como legisladores. Na verdade, tanto a legislação quanto o processo judiciário contribuem para a corporificação do direito, diferindo no procedimento que isso se dá⁴. (CAPELLETTI, 1999, p. 73-74). Dessa maneira, o Judiciário, como contribuinte para a criação do direito, não pode ser alheio à realidade. A participação dos referidos órgãos permite uma melhor avaliação da circunstância em que a lide está inserida.

Na esfera da saúde, a atuação de um Judiciário restrito a uma análise lógico-formal de leis pode prejudicar ainda mais a efetividade desse direito. Em que pese a impossibilidade da legislação e da administração supri-

⁴ Sob o ponto de vista substancial, não são diversos os dois processos, mas, sob o ângulo processual, legislação e jurisdição encontram sua diferença: "Trata-se da regra segundo a qual 'ubi non est actio, ibi non est jurisdictio', vale dizer, com palavras diversas, mas com igual significado, 'nemo iudex sine actore'. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional" (CAPELLETTI, 1999, p. 76, grifo original).

rem toda e qualquer enfermidade de todos os membros de uma sociedade, o aumento da demanda referente à saúde aliado ao deferimento desenfreado e sem uma análise de dados reais acerca da administração pública e financeira do Estado, prejudica ainda mais o provimento do Estado a uma assistência digna e em maior extensão possível à população.

É verdade que o Judiciário, quando defere pedidos de produtos ou tratamentos de saúde sem observar os limites orçamentários, as leis e sem ponderar as implicações de sua decisão, encontra-se diante do sofrimento extremo das partes e não recebe informações pormenorizadas sobre uma possível lesão à economia e à saúde pública dos entes federativos. Por conta disso, eleva o art. 196 da CF/88 como triunfo invencível e ‘isento de sopesamento’.

Dworkin (2013, p. 434) denomina essa postura como “princípio do resgate”, o qual preleciona que a vida e a saúde são os bens mais importantes, devendo todo o resto ser sacrificado em favor desses dois. Apesar de serem ideais compreensíveis e nobres, tendo como base o conhecimento humano geral dos horrores da dor, e do fato de serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo o que se pretende perfazer, Dworkin (2013, p. 434-435), contudo, discorda com veemência:

De fato, porém, o princípio do resgate é quase totalmente inútil para esse fim, e a hipótese de que define um modelo adequado para a reforma do sistema de saúde tem sido mais prejudicial do que benéfico. O princípio oferece uma resposta à pergunta de quanto o país deve gastar com a assistência médica em geral: diz que devemos gastar tudo que pudemos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio. Nos últimos séculos, contudo, não houve uma lacuna tão grande entre a retórica do princípio do resgate e o que era medicamente possível para a comunidade fazer. Agora, porém, que a ciência criou tantas formas caríssimas de assistência médica, é absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo – mesmo que tornasse praticamente inútil a vida mais longa das pessoas.

Nesse sentido, o que o juiz ou tribunal, por vezes, deixa de refletir é acerca das con-

sequências da realocação não planejada de recursos públicos decorrentes de suas decisões. A angústia das partes é compartilhada, mas e a do resto da população carente que não recorreu ao Judiciário? Não é observado o sofrimento de inúmeros indivíduos que, por falta de recurso público, deixam de ser atendidos em postos de saúde ou em hospitais por falta de recursos humanos, mediante a ausência de concursos ou cursos de capacitação de profissionais; ou deixam de realizar exames de ressonância magnética ou de mamografia por insuficiência de aparelhos.

Os custos não planejados pelo Estado decorrente de demandas judiciais são crescentes. Em âmbito federal, nos últimos cinco anos, esse tipo de gasto aumentou 500%: em 2010, foram destinados R\$ 139 milhões para o cumprimento de determinações judiciais; em 2014, o Ministério da Saúde dispendeu R\$ 843 milhões para o pagamento de medicamentos, tratamentos, cirurgias e equipamentos garantidos judicialmente (POMPEO, 2015).

Outro problema encontra-se nas filas de espera por cirurgias. No Estado do Ceará, por exemplo, o tamanho da fila de espera das cirurgias ortopédicas no Hospital Geral de Fortaleza (HGF) incentiva a população a recorrer ao Judiciário em busca de liminares (PETRUCCI, 2010). Ocorre que estas ganham prioridade em face de outras demandas, cujos pacientes não recorreram ao Judiciário. Pode ocorrer de um enfermo demandante passar na frente, na fila de espera, de um indivíduo sob condições de saúde piores e mais urgentes do que o primeiro.

Dessa maneira, a intervenção do Judiciário está prejudicando a efetividade do acesso universal e igualitário do direito à saúde. Não se está afirmando que a culpa da saúde pública recai integralmente sob os ombros do Judiciário, busca-se, no entanto, alertar seus membros acerca dessa problemática para que esta seja analisada no momento de efetivar suas decisões.

Apesar de ser de extrema importância, o direito fundamental à saúde pode ser relativizado de acordo com as condições fáticas e jurídicas apresentadas em cada caso concreto. No momento de emitir sua decisão, é necessário um diálogo entre os clamores sociais, as previ-

sões normativas, e as possibilidades de execução por parte da esfera executiva estatal, com o fim de evitar soluções para uma parcela mínima e consequências desastrosas para a maioria.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se obter uma análise adequada acerca da efetividade do direito à saúde deve-se observar seus aspectos normativos, valorativos e fáticos. No que tange à dimensão normativa, tendo como base a teoria dos direitos fundamentais, o direito à saúde detém natureza normativa de princípio. O critério de diferenciação entre princípios e regras não se apresenta unânime na doutrina. Em que pese a diferenciação qualitativa de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, adotou-se a diferenciação de grau de abstração defendida por Humberto Ávila.

Conforme a definição de princípio em Ávila (2014), pode-se afirmar que o direito fundamental à saúde equivale a uma norma finalística e, em primeiro plano, prospectiva, na medida em que busca um estado de coisas a ser promovido, dependendo das condições fáticas e jurídicas e das consequências da conduta necessária à sua promoção. Não se deve olvidar, contudo, a possibilidade do auxílio de regras para o cumprimento do estado ideal de saúde, como as de distribuição de competências entre os entes federativos, além de outros princípios com fins mais específicos, como a integralidade e a universalidade.

Por ser princípio, referido direito permanece em constante tensão, uma vez que cada princípio constitucional pode limitar a possibilidade jurídica do outro a depender do contexto real em que estão inseridos. Diante disso, seu conteúdo finalístico decorre de prévia ponderação realizada pelo intérprete, a qual se revela essencial para o reconhecimento e para a aplicação desse direito fundamental, juntamente com o trabalho do legislador e com a execução de políticas públicas.

Registre-se que as políticas públicas não devem cercar apenas o setor específico da saúde, tendo em vista seu conceito multidimensional e caráter intersetorial que exige

outros determinantes sociais, além do biológico, como meio ambiente sustentável, moradia digna, trabalho, dentre outros. Dessa maneira, a viabilização orçamentária que possibilite o estabelecimento de condições que garantam esse direito é necessária e evidente.

No que tange à dimensão social, o direito é condicionado pelas realidades sociais do meio em que se manifesta, devendo ser reflexo de respectivas expectativas, objetivos, valores e conceitos éticos e finalísticos. Caso contrário, haverá certamente prejuízo à eficácia e à efetividade da norma. Além disso, atua como elemento condicionante, já que todo o processo educacional em uma sociedade se desenvolve conforme princípios jurídicos que a moldam. O direito é, portanto, produto e fato de mudança social. Nesse sentido, firmou-se de maneira progressiva o alargamento da abrangência da definição do direito à saúde, tanto em relação ao conceito, quanto à titularidade, revelando-se resultado das reivindicações sociais.

O grau de valor que é atribuído a um bem protegido juridicamente possui vinculação direta com as circunstâncias de equilíbrio e de conflito emanadas do seio social. Tendo a saúde uma estreita ligação com o direito à vida, sua exigência e luta pela sociedade em face do Estado foi crescente, deixando de ser observada apenas como um valor, mas também como um direito. Não poderia ser diferente, já que quando não há saúde, os demais valores se tornam inexecutáveis.

Assim, embora o alcance social e valorativo do direito à saúde tenha demonstrado um grande avanço no decorrer dos anos, sua eficácia e efetividade não se revelam plena. Entenda-se eficácia como o cumprimento da norma pela sociedade, ao passo que a efetividade encachar-se-ia como o alcance da finalidade que deu origem à norma.

Ainda que haja prévia regulamentação e planejamento de execução de políticas públicas, as carências sociais são inúmeras no que tange à saúde, o que embarreira a concretização desse direito. Por conta disso, para aqueles que a garantia estatal não se revela suficiente, o Judiciário emerge como última ou única opção em socorro, o que, muitas vezes, pode

trazer consequências desastrosas quando a judicialização da saúde ocorre em demasia.

A atuação do intérprete jurídico no momento de emitir decisões deve buscar o diálogo com os clamores sociais, as previsões normativas, e as possibilidades de execução por parte da esfera executiva estatal, com o fim de evitar soluções para uma parcela mínima e consequências desastrosas para a maioria. Uma decisão restrita a uma análise lógico-formal de leis não é suficiente para trazer efetividade ao direito à saúde, é necessário o máximo de informações acerca da realidade em que as demandas estão inseridas. Para tanto, informações emanadas de órgãos extrajurídicos, como ministérios e conselhos da saúde podem contribuir para a construção de decisões judiciais que auxiliem, de fato, uma maior efetividade a esse tão fundamental direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.
- CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ERLICH, E. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- FARIA, J. E. **Sociologia do direito: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, 2009, p. 223-251.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LIMA, G. M. **Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário**. Brasília: [s.n.], 2003. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2016.
- MACHADO, H. B. **Uma introdução ao estudo do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Max limonad, 2000.
- NEVES, M. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POMPEO, C. Gastos da União com demandas judiciais de saúde crescem 500%. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 15 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandas-judiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gq0wwarfocypkl5tl>> Acesso em: 10 ago. 2016.
- PETRUCCI, J. Mais de três mil na fila de espera por cirurgia. **Diário do Nordeste**. Fortaleza, 26 nov. 2010. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/mais-de-tres-mil-na-fila-de-espera-por-cirurgia-1.696523>> Acesso em: 10 de ago. 2016.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição federal de 1988. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 125-172, jul./set., 2008.
- SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.