

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

**PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

**JURISDICTION OF THE RIGHT TO HEALTH THROUGH CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION**

**Henrique Ribeiro Cardoso
Kid Lenier Rezende
Yago De Santana Silva ¹**

Resumo

Diante da evolução da vida em sociedade, bem como as inúmeras mutações do poder do Estado, surge a necessidade de se estudar as transformações que vem ocorrendo ao direito constitucional a fim de que sua aplicação aos fatos, conflitos de direitos e princípios seja máxima. Para tanto, serão enumerados dispositivos da Constituição Federal de 1988 que servem como base para que o Poder Judiciário exercite sua jurisdição constitucional a fim de conformar o fato a norma constitucional, e, ainda, conformar ou rejeitar todo e qualquer ato normativo e administrativo exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo que confrontados a Constituição Federal se demonstrem inconstitucionais. No exercício da jurisdição constitucional, uma das principais ferramentas é a interpretação constitucional, a qual possui métodos, processos e critérios imprescindíveis a melhor aplicação e máxima efetividade das normas e princípios contidos na Constituição. O desafio do Poder Judiciário se encontra na interpretação constitucional envolvendo o direito à saúde, uma vez que objeto de processo judicial, muitas vezes, traveste do direito à vida. Quando o Estado não cumpre com sua responsabilidade de prestar serviços à saúde, o Judiciário se vê obrigado a julgar matéria inerente a vida do cidadão, onde uma decisão negativa pode lhe custar seu direito mais precioso: a vida. Portanto, a fim de corroborar a referida discussão, serão utilizadas obras doutrinárias e artigos científicos de estudiosos do direito Constitucional, especificamente no âmbito do direito administrativo envolvendo a saúde. Serão analisados julgamentos de repercussão geral e de alta relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Constituição federal, Direito à saúde, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

Faced with the evolution of life in society, as well as the numerous mutations of state power, there is a need to study the changes that have been occurring to constitutional law so that its application to concrete facts, conflicts of rights and principles is maximum. To this end, provisions of the Federal Constitution of 1988 will be enumerated that serve as a basis for the Judiciary to exercise its constitutional jurisdiction to conform the fact to the constitutional

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Bolsista CAPES.

norm, and also to conform or reject any normative and administrative act exercised by the Executive and Legislative Powers that, when confronted with the Federal Constitution, prove to be unconstitutional. In the exercise of constitutional jurisdiction, one of the main tools is the constitutional interpretation, which has methods, processes and essential criteria for the best application and maximum effectiveness of the norms and principles contained in the Constitution. When the State does not fulfill its responsibility to provide health services, the Judiciary is forced to judge a matter inherent to the life of the citizen, where a negative decision can cost him his most precious right: his life. Therefore, to corroborate this discussion, doctrinal Works and scientific articles by scholars of Constitutional law will be used, specifically in the context of administrative law involving health. In addition, judgments of general repercussion and high relevance in the Brazilian legal system will be analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional interpretation, Federal constitution, Right to health, Judicial power

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vem passando por diversas transformações em sua estrutura econômica e social devendo a parcela jurídica se atualizar a fim de que possa corresponder sua responsabilidade constitucional de julgar os conflitos decorrentes da vida em sociedade, em todas as relações jurídicas. Nesta seara, o neoconstitucionalismo identifica esse conjunto de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional; como o Estado constitucional e a centralidade da Constituição Federal no ordenamento jurídico atestando sua força normativa, a expansão da jurisdição constitucional e a nova modalidade de interpretação constitucional.

O direito à saúde reconhecido como direito fundamental encontra-se dentro da gama de responsabilidades e deveres do Estado, o qual é responsável pela promoção das providências necessárias ao seu exercício pleno, conforme previsto na Carta Magna em seu art. 196. E, no advento da falha ou omissão na prestação constitucional do Estado, a sociedade encontra no Poder Judiciário a oportunidade de resguardar ou buscar seu direito à saúde, seja na obtenção de um medicamento ou na realização de um procedimento cirúrgico, dentre outros.

O constituinte ao tutelar o direito à saúde como bem jurídico compete aos entes federados a responsabilidade de promover, fiscalizar e zelar pela manutenção das políticas públicas, sociais e econômicas idôneas, as quais devem garantir um amplo acesso a este direito de forma isonômica. Por isso, a Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos concernentes ao direito à saúde, desde a sua constituição como direito fundamental social, até a sua regulamentação e pertinência em outras áreas do direito como a trabalhista e seguridade social.

Além das indicações expressas, as normas constitucionais que dizem respeito a direitos fundamentais também se aplicam ao direito à saúde, principalmente o previsto no art. 5º, §1º da Constituição Federal: “a todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. E para aplicação de um direito é necessário enquadrar um caso concreto a uma norma jurídica, o que é possível através da interpretação das normas jurídicas”.

Para Kelsen, a interpretação do Direito é realizada dentro de uma gama de significados, desta forma, a interpretação da norma jurídica não deve ser afunilada a apenas um único resultado, mas várias resoluções possíveis. Kelsen (1984, p. 247) conclui:

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta,

mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Através da teoria de Kelsen, a interpretação jurídica pode ser influenciada por outros fatores que não só a norma, evidenciando a multidisciplinaridade necessária a uma melhor aplicação do direito. Contudo, na perspectiva do neoconstitucionalismo, o filtro axiológico para toda interpretação jurídica deve ser a Constituição federal, através das suas normas e princípios constitucionais – interpretação constitucional.

São aplicados a interpretação constitucional elementos tradicionais a interpretação do direito, bem como critérios para dirimir conflitos que serão aprofundados no decorrer deste trabalho. No mais, também será demonstrado a aplicação concreta desta interpretação constitucional pelos tribunais superiores do Brasil ao analisar o direito à saúde, além das suas consequências irradiadas aos atores sociais e entes públicos a partir do método dedutivo.

O artigo será composto por dois tópicos, sendo o primeiro referente a análise de diversos dispositivos constitucionais que se referem ao direito à saúde, bem como sua influência em outros âmbitos do direito; como trabalhista – salário mínimo suficiente a custear saúde do trabalhador, ambiente do trabalho garantidor de condições mínimas a proteção da saúde -; e no direito administrativo – o Estado é responsável pela promoção, regulamentação e fiscalização de políticas públicas do proteção à saúde.

E, por último, como a interpretação constitucional vem auxiliar o Poder Judiciário na aplicação das diretrizes contidas na Constituição Federal de 1988, uma vez que o constituinte deu grande importância aos direitos e garantias fundamentais, principalmente em mecanismos para sua proteção, sendo um deles o controle de constitucionalidade. Foi utilizada uma revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial para corroborar o presente artigo.

2 O DIREITO À SAÚDE EM SUA DIMENSÃO PRESTACIONAL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde, com o advento da Constituição Federal de 1988, tomou um lugar de destaque dentre os direitos fundamentais sociais, previsto no art. 6º e no art. 196 da Constituição. Além da sua determinação, também se tornou uma ferramenta importante nas questões políticas e jurídicas do país, onde as decisões judiciais que contém este direito apresentam uma

representatividade grande dos interesses políticos representados pelos Poderes Executivo e Legislativo, os quais necessitam da atuação do Judiciário para suprir suas lacunas e limitações (BARROSO, 2005 p. 51).

A fim de maximizar os efeitos da referida atuação é necessária uma hermenêutica constitucional, sendo o estudo dos métodos de interpretação constitucional aliados aos princípios interpretativos que serão objeto do capítulo seguinte (GARCIA, 2017). Neste momento, faz-se necessário a determinação das participações do direito à saúde dentro da Constituição Federal, sendo estes os mecanismos que servem de fundamento para a interpretação constitucional e aplicação nos casos concretos.

Schwartz (2001, p. 43-48) afirma que embora as Constituições Federais anteriores abordassem normas referentes a matéria da saúde, o objetivo principal era apenas estabelecer competências legislativas e administrativas. Contudo, na Constituição de 1988, o direito a saúde se torna um direito fundamental do cidadão, de eficácia direta e imediata (BARROSO, 2005, p. 34), na forma do artigo 5º, §1º do próprio texto constitucional, constituindo-se em direito prestacional oponível ao Estado que deveria prover com o máximo de amplitude e eficiência.

Contudo, a omissão e/ou negligência da Administração Pública impede que haja a prestação deste direito de forma imediata e eficiente, apesar de sua competência estar vinculada diretamente ao texto da Constituição. A Constituição Federal de 1988 possui diversos dispositivos que tratam expressamente do direito fundamental à saúde, os quais são bases para a interpretação constitucional.

No título da Ordem Social contido na Constituição, tem uma seção específica sobre a saúde dentro do Capítulo da Seguridade Social, qual seja o artigo 196, *ipsis litteris*:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O presente dispositivo traz a competência do Estado provedor, o qual deve promover políticas públicas sociais capazes de assegurar o acesso universal e eficaz à saúde, desde a prevenção até a sua recuperação em caso de enfermidade, entrega de medicação e até realização de procedimento cirúrgico.

Assim, a Constituição além de proteger o direito fundamental a saúde, também determina que sejam adotadas políticas públicas aptas a realizar esta proteção, além de determinar que os investimentos e a responsabilidade para destinação dos recursos são dos Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2005, pp. 47/48).

Ademais, o artigo 6º da Constituição Federal classifica a saúde como um direito social e no artigo seguinte traz suas relações para com o direito dos trabalhadores urbanos e rurais consistindo na proteção da saúde dos trabalhadores no seu ambiente de trabalho, além de que o salário mínimo deve ser capaz de atender as necessidades sociais do trabalhador e de sua família, inclusive a saúde.

Já no artigo 23, II prevê a competência comum entre os entes da Federação – União, os Estados e os Municípios – para cuidar da matéria envolvendo a saúde. Inclusive, este dispositivo constitucional foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal pela análise o Tema 793 em que foi dada a interpretação constitucional que os entes são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, ficando a cargo do Poder Judiciário direcionar o cumprimento da prestação ou seu posterior ressarcimento do ente que suportou este ônus.

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (STF, EDcl no RE 855.178/SE, Rel. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, pleno, DJe de 16/04/2020)

No âmbito legislativo, a competência entre os entes é concorrente, podendo qualquer um legislar sobre a defesa da saúde, conforme artigo 24, XII da Carta Magna. Schwartz e Bortolloto (2008, p. 258) acrescentam que “os Municípios, por força do art. 30, inciso I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde está, em grande parte, municipalizada”.

Os municípios estão na linha de frente quando se trata da prestação de serviços a saúde, justificando a autonomia constitucional para legislar a matéria de modo a estabelecer normas que regulamentem essa atividade a fim de aferir maior amplitude, eficiência e celeridade. Assim, os Poderes devem atuar em concomitância para que o direito à saúde seja assegurado e não de forma conflituosa.

O constituinte aferiu tamanha importância ao referido direito que em seu art. 197 prevê a capacidade discricionária do Poder Público em dispor da regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços atinentes à saúde, nos termos da Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde, vejamos:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação,

fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O referido artigo confere a atuação complementar entre a Administração Público e Parceiros privados, viabilizando constitucionalmente o instituto das Parcerias Público-Privadas, o que se pretende suavizar a responsabilidade do Estado auferindo contrapartida ao empreendedor que concorda em dividir o risco para com o Poder Público.

Adiante, cumpre enumerar os artigos 198 e 200 da Constituição Federal de 1988, nos quais o constituinte prevê a estrutura geral do Sistema Único de Saúde (SUS) e suas atribuições, considerada uma rede regionalizada e hierarquizada, sob as diretrizes apresentadas por Schwartz e Bortolloto (2008, p. 259): descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízos dos serviços assistenciais e participação da comunidade.

Através do estudo de alguns dos dispositivos que tratam do tema saúde no texto constitucional denota a preocupação do poder constituinte com a matéria, a qual pode ser comparada ao próprio direito à vida quando em situação de extrema gravidade e, até mesmo, na preservação da saúde em sua essência. Os dispositivos vão desde a constituição do direito, como associação do mesmo a outros ramos do direito, bem como regulamentação das ações e programas destinados ao seu fomento.

Com o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição começou a vigorar no centro do nosso ordenamento jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Não é apenas parâmetro de validade para legislação infraconstitucional, mas também atua como vetor de interpretação de todas as normas do sistema (BARROSO, 2005, p. 28).

A Constituição deixa de ser apenas uma carta política de manifestação de interesse para vigorar como conjunto de normas, direitos e princípios dotados de aplicação imediata e eficácia direta. Desta forma, encontra-se o direito à saúde como direito positivo em que demanda o Poder Público uma atuação a fim de garantir sua prestação e efetividade, fundamento no artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 44) traz que essa constitucionalização do direito é difundida pelo ordenamento jurídico através da jurisdição constitucional, abrangendo a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais; e a interpretação constitucional – a qual será aprofundada no capítulo seguinte. Acrescenta que o Brasil possui uma qualidade que é o exercício amplo desta

jurisdição, seja para recusar aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional, sempre resguardado o duplo grau de jurisdição.

E, como já destacado, o direito fundamental à saúde deve ser demandado pelo povo em face do Estado que possui o dever constitucional de prestar ações e serviços que viabilizem a sua aplicação e eficiência. Sendo este conhecimento, esta busca pelo direito um dos fatos que merecem ser destacados, pois são facilitadores do direito fundamental estudado, como bem concatena Barroso (2005, p. 44):

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.

O poder Judiciário se demonstra como a alternativa para que o cidadão detentor do direito fundamental seja capaz de demandar sua proteção, fazendo valer o enunciado no texto constitucional. Inclusive, se opõe a argumentos como a não abrangência dos direitos sociais no que preleciona o art. 5º, §1º da Constituição Federal, como argumenta Ingo Sarlet (2012, pp. 236/237):

A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no artigo 5º, § 1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal.

Assim, por não se tratar de norma restritiva, tampouco permitir a interpretação restritiva de norma garantidora de direito, convém interpretar constitucionalmente que todos os direitos fundamentais possuem aplicação e eficácia direta e imediata, não podendo ser realizada apenas uma mera interpretação gramatical.

Mireille Delmas-Marty (2003 *apud* CARDOSO, 2010, pp. 97/98) traz “o desafio conceber um direito que se esquivasse da antinomia entre o formalismo com sua lógica subsuntiva, e as considerações de justiça ética, política e social. “Assim, o direito mais suave permite sua flexibilidade ampliando sua abrangência e eficácia; enquanto sua vagueza viabilizar uma margem para a interpretação judiciária o que corrobora a extensão do artigo constitucional que confere aplicabilidade direta e imediata aos direitos sociais: a saúde.

Percebe-se que apesar de possuir aplicação imediata, a efetividade do direito fundamental a saúde depende de múltiplos fatores, seja de iniciativa livre do Estado, parcerias com pessoas jurídicas de direito privado ou demandado judicialmente.

E, assim como a Constituição Federal, trata-se de um direito que deve ser abrangido em diversas frentes como a política, economia, tecnologia, trabalho, meio ambiente, dentre outros.

Assim, diante da inércia ou falha na prestação constitucional do Estado, deve-se reconhecer o direito à saúde como direito público subjetivo oponível contra a Administração Pública (SCHWARTZ e BORTOLLOTO, 2008, p. 261).

Contudo, a interpretação constitucional do Poder judiciário deve abranger múltiplas áreas do conhecimento, uma vez que esta interpretação não pode estar adstrita apenas ao caráter legal, principalmente quando tratamos de matéria de saúde em que uma decisão judicial pode levar a consequências sociais e financeiras irremediáveis.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO A SAÚDE EM DEFESA DA VIDA

O que seria a interpretação constitucional que não uma das modalidades de interpretação jurídica? Mas não somente, uma vez que se trata de um movimento que busca centralizar a Constituição no cerne da sociedade e de suas relações. Esta irradiação das normas, direitos e princípios contidos na Constituição Federal é estudado através da Hermenêutica Constitucional, a qual vai analisar os métodos de interpretação constitucional.

Estes métodos de interpretação constitucional, combinados com os princípios interpretativos, buscam a máxima efetividade e melhor aplicação da Constituição e de seus dispositivos, de modo a preservar a sua natureza unitária (TIBÚRCIO, 2021).

A ideia de constitucionalização do direito e sua efetivação através da interpretação constitucional está, intrinsecamente, associada a expansão das normas constitucionais e de sua força normativa pelo ordenamento jurídico, materialmente e axiologicamente (BARROSO, 2005, p. 16).

Em meio ao neoconstitucionalismo, também figura a sustentabilidade como qualificação constitucional imprescindível já que não se pode discutir a prestação de direitos fundamentais de forma momentânea e isolada. A construção de políticas públicas e ações sociais pelo Estado é uma obrigação com a prestação e manutenção destes direitos e sobre isso sustenta Henrique Ribeiro Cardoso (2010, p. 65) que:

Nesse sentido, é pertinente afirmar que a correta interpretação da Constituição requer que este referencial axiológico e normativo estimule a sindicabilidade aprofundada das políticas macroeconômicas e administrativas, em especial no que tange às políticas de saúde, objeto da presente tese. Mais do que uma eficiência isoladamente considerada, imediatista, o que se identifica é a necessidade de uma prolongada atuação tendente à preservação do direito ao futuro.

Desta maneira, a busca pelo direito à saúde é essencial, bem como os métodos para sua implementação e o papel desempenhado pelos intérpretes deste direito seja nas relações público-privadas, judiciais ou privadas. Assim, serão abordados os métodos de interpretação constitucional na aplicação das normas e princípios constitucionais, bem como enumerados alguns desdobramentos desta ação.

Robert Alexy (1993) diz que os princípios não se igualam as normas que submetem a uma subsunção através do intérprete que a está utilizando, os princípios devem ser utilizados ao máximo da sua efetividade e aplicação desde que respeitados os limites fáticos do caso concreto e dos outros princípios que porventura venham a colidir. Ademais, experimentar a Constituição é o mesmo que interpretá-la e dar valor ao que está previsto.

Os estudos da hermenêutica constitucional se desdobram na doutrina, sendo Luís Roberto Barroso um dos seus debatedores. Barroso (2005, p. 10) traz que “aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico”. Acresce que, em caso de conflitos, os critérios para solução são o hierárquico, temporal e o especial; distintamente do conflito de princípios em que se aplica a ponderação.

Barroso (2005, p. 12) segue apresentando as premissas ideológicas que fundamentaram a mutação da interpretação:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Verifica-se que a solução para o problema, bem como a melhor aplicação dos preceitos constitucionais estão para além da letra fria do texto normativo, cabendo ao juiz a responsabilidade de buscar a máxima efetividade do valor normativo ao dispositivo objeto da lide processual. Por isso, não há que se falar em interpretação singular, mas em interdisciplinaridade das matérias jurídicas e não jurídicas, uma vez que o que não está nos

autos faz parte do mundo da vida, em que o ponto cego do processo é infinitamente maior do que o visível (CARDOSO, 2010, p. 84).

Os processos para a interpretação destas normas são divididos em quatro possibilidades (TIBÚRCIO, 2021):

1. Interpretação gramatical (filológico/semântico/literal): considera os enunciados linguísticos para esclarecer o significado das palavras e o seu valor semântico a fim de extrair o significado das leis;
2. Interpretação histórica (genética): considera os antecedentes históricos para extrair o significado das leis;
3. Interpretação sistemática (lógica): considera todo o sistema normativo para extrair o significado das leis;
4. Interpretação teleológica (finalística): considera a finalidade da norma, a razão de sua criação para extrair o seu significado.

As consequências de uma interpretação constitucional dentro de uma lide processual podem incidir em outras matérias da Administração Pública, seja em questões orçamentárias ou até mesmo no rol taxativo de medicamentos elencado pelo Sistema Único de Saúde. Neste toar, o Tema 793 do STF determina que diante da competência comum na prestação do direito a saúde, fica o Ente elencado no polo passivo do ônus de cumprir com a determinação judicial, cabendo-lhe direito regressivo contra o ente hierárquico.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF, EDcl no RE 855.178/SE, Rel. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, pleno, DJe de 16/04/2020)

Os desdobramentos dessa decisão vão além da simples concessão do direito pretendido, incide no orçamento financeiro de quem suportou o ônus, a preferência dentro de uma fila de espera para realização de procedimento cirúrgico, *déficit* no abastecimento dos postos de saúde que atendem a população que, em regra, desconhecem seu direito de postular em juízo. Logo, uma interpretação multidisciplinar está apta a reduzir ou minimizar os efeitos colaterais desta decisão – zetética jurídica.

Deve-se considerar também que todas as atividades estatais relacionadas à implementação de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais dependem

da alocação de recursos públicos, que, além de limitados, são cercados por muitas normas constitucionais para sua liberação. Além disso, a administração pública deve priorizar as linhas de ação e a aplicação dos recursos públicos (SCHWARTZ e BORTOLLOTO, 2008, p. 261).

E, no advento da omissão ou falha na atuação da Administração Pública, a sociedade tem no Poder Judiciário a sua instância decisória final decorrente de uma judicialização de questões políticas e sociais. Desta forma, o Judiciário afasta a visão de apenas um departamento técnico especializado e passa a desempenhar papel político em consonância com os Poderes Executivo e Legislativo (BARROSO, 2005, p. 45).

Pode se dizer que não importa como o Estado se organiza para realizar o direito à saúde, seja por conta própria ou por ordem judicial, o que importa é que o direito à saúde dos cidadãos seja efetivamente garantido. Primeiro, em caso de aceitação do poder absoluto do judiciário, denota um retrocesso aos tempos pré-constitucionais, a diferença é que o direito absoluto de dizer saúde pertencia ao poder executivo, e hoje parece pertencer ao poder judiciário. Em segundo lugar, o direito a saúde é um direito democrático a saúde, que se refere a participação democrática dos participantes da sociedade na construção de um sistema de saúde integral relacionado às necessidades individuais e coletivas, imediatas e questões programáticas (GARCIA, 2017).

Outrossim, os tribunais pátrios através de jurisdição constitucional têm conseguido determinar muitas obrigações – negativas ou positivas, onerosas ou não onerosas – do Poder Público decorrente da norma constitucional que define o direito a saúde, a exemplo dos dispositivos já estudados. No mais, ao interpretarem a Constituição, podem também recusar aplicação de lei ou outro ato normativo/administrativo que vá de encontro a prestação do direito a saúde, ou seja, uma norma eminentemente inconstitucional.

Esta atuação pela corte constitucional é denominada contra majoritária, definido por Barroso (2005, p. 47) como “órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular”. Contudo, o Poder Judiciário também é um ator da democracia representativa – em que o poder político da população eleitoral é exercido de maneira indireta através dos seus representantes eleitos – quando busca a proteção da Constituição que é a expressão maior da vontade do povo, além de fiscalizar o bom funcionamento do Estado democrático, onde suas instituições atuem de forma eficaz, aplicando as normas e princípios constitucionais permitindo uma sociedade participativa.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 51) conclui:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Em suma, todos os princípios de interpretação da Constituição estudados por Canotilho (1993) estão contidos no trecho, uma vez que a estabilidade institucional e a superação do *déficit* dos demais poderes pelo Judiciário é o princípio da unidade da Constituição, da harmonização e justeza. Assim, além de promover segurança jurídica, viabiliza que possíveis contradições aparentes no texto normativo sejam sanadas sem necessidade de emenda constitucional, mantendo o texto *uno* e coeso.

O princípio da unidade associado ao princípio do efeito integrador serve para dirimir possíveis espaços de tensões entre as normas constitucionais conflitantes em um processo, bem como ponderar possíveis colisões de princípios. Restando apenas os princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, em que o intérprete deve apresentar resolução aos problemas jurídico-constitucionais garantindo a maior eficácia, aplicabilidade e manutenção das normas constitucionais.

Além destes princípios trazidos por Canotilho, a doutrina também aponta outros que também merecem destaque: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade e razoabilidade/proporcionalidade. Diante do nosso ordenamento jurídico estar pautado na Constituição Federal desenha-se uma pirâmide hierárquica das normas, sendo as infraconstitucionais subordinadas àquela.

Já o princípio da presunção constitucional prevê que todos os entes públicos devem pautar seus atos administrativos e normativos em conformidade com a Constituição, a qual é a representação do interesse maior pelo bem comum. O que se denota como um avanço na constitucionalização do direito administrativo, uma vez que o administrador não estaria apenas vinculado à lei ordinária, devendo atuar tendo por fundamento direto a Constituição (BARROSO, 2005, p. 39).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal se utiliza do princípio da razoabilidade e proporcionalidade constantemente em seus julgados. Sua utilização decorre da necessidade em

se contrapor direitos e princípios, momento que se faz necessário uma ponderação a fim de que o direito a ser restrito em proveito de outro, não seja demasiadamente prejudicado.

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valor direcionado à ação do poder público para avaliar se ela é suficiente para o valor maior inerente a qualquer ordenamento jurídico – a justiça. Logo, o princípio da razoabilidade, nas palavras de Barroso (2003):

É mais fácil de ser sentido do que conceituado; o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Nesse toar, o direito a saúde se reveste de caráter fundamental conferido ao direito a vida, quando a não concessão do objeto pretendido no cerne do processo judicial pode custar a vida do requerente. Assim, a denegação do direito à saúde pode retirar-lhe o bem mais precioso do cidadão que é a sua própria vida, devendo o julgador/intérprete agir levando em conta a natureza e a gravidade da falta do direito (CARDOSO, 2010). Em atenção aos princípios norteadores da interpretação constitucional a fim de aplicar máxima eficiência ao texto normativo, os julgadores vêm realizando audiências públicas sobre os processos de direito a saúde com a finalidade de entender melhor o assunto.

Novamente o Poder Judiciário se responsabiliza pela obrigação que deveria ser ao Poder Legislativo, mas como este é investido pela supremacia da vontade popular – voto –, convém não debater matérias de grande repercussão a fim de evitar contrariar sua parcela de eleitores prejudicando uma melhor prestação do referido direito.

Em 08 de junho de 2022, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por entender ser taxativo o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde (ANS), o que permitiria as operadoras de saúde não realizarem tratamentos e procedimentos que não estivessem contidos na lista. O intuito da presente decisão seria a proteção dos próprios beneficiários dos planos de saúde, principalmente contra aumentos excessivos diante do alto número de concessões judiciais a terceiros, além de que reconhecer o rol como taxativo garantiria o funcionamento adequado do sistema de saúde (STJ, Edcl no EREsp 1886929/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda seção, DJe de 09/09/2022).

Apesar da aparente restrição ao direito constitucional a saúde, o STJ dentro da decisão exarada definiu teses que serviriam como parâmetro para que as demais instâncias judiciais fundamentassem suas decisões sem que prejudicassem o direito a saúde do demandante. A exemplo que a operadora de plano ou seguro de saúde não seria obrigada a arcar com o

tratamento caso já possuísse outro eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol; não havendo substituto e exaurido os procedimentos contidos no rol, poderia – excepcionalmente – a cobertura do tratamento indicado por médico desde que observadas as condicionantes.

Portanto, resta demonstrado a imprescindibilidade da interpretação constitucional para a máxima efetividade aplicada aos direitos constitucionais, principalmente o direito a saúde, uma vez que por se tratar de direito social programático oponível em face do Estado, esbarra por vezes em outros direitos e princípios.

4 CONCLUSÃO

Ao final desta exposição, é possível compreender a importância que o movimento do neoconstitucionalismo trouxe para a máxima efetividade da aplicação do texto normativo da Constituição Federal, tanto no âmbito dos direitos, quanto dos princípios constitucionais. Através do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional, bem como a implementação de diferentes categorias da interpretação constitucional e novas ações para demandar direitos.

Um dos pontos mais importantes desse processo é a irradiação dos valores constitucionais para todo o ordenamento jurídico, em específico no âmbito do direito a saúde, viabilizando a discussão da matéria por via da jurisdição constitucional em todas as instâncias, com base no texto constitucional quando prevê ser matéria comum aos entes públicos, *vide* art. 23, II da Constituição Federal de 1988.

O Poder Judiciário tem na Constituição Federal uma vasta gama de dispositivos que preveem a constituição do direito à saúde, bem como as regras para sua regulamentação, implementação, fomento através de ações positivas do Estado, seja por meio de políticas públicas ou atos normativos. E, ainda, possui nesta mesma Constituição, a justificativa judicial doutrinária para assumir um papel contra majoritário na sociedade democrática, uma vez que é o Poder responsável por conformar ou invalidar atos normativos e administrativos que forem de encontro aos princípios da constituição.

Desta forma, a condição de agentes e órgãos públicos não eleitos, auferem qualidade suficiente a imparcialidade na tomada de decisões. Contudo, como visto neste trabalho, a luz de Luís Roberto Barroso, a ascensão institucional do Poder Judiciário vem consolidando sua atuação representativa dentro da democracia do Brasil, representando à vontade maior da sociedade – a Constituição. Pois, caberá a esse poder a responsabilidade de julgar em favor de da máxima efetividade de direitos em prol do bem comum, inclusive em defesa daqueles que busquem atentar contra o próprio direito.

No mais, diante das jurisprudências trabalhadas, a interdisciplinaridade das matérias denota uma maior segurança jurídica nos julgamentos de matérias envolvendo direitos constitucionais, ainda mais no âmbito do direito à saúde em que é matéria especializada que envolve ciências médicas, financeiras e sociais. Por isso, audiências públicas como a realizada por Gilmar Mendes em 2009, até então presidente do Supremo Tribunal Federal, tem a finalidade de entender melhor o assunto. Através dos instrumentos da ponderação e dos critérios hierárquicos estudados, a construção jurisprudencial sobre a matéria vem avançando a fim de consolidar a centralidade da Constituição tanto no ordenamento jurídico, como na sociedade para que sirva de fundamento também nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Embargos de declaração em recurso extraordinário nº 855.178/SE. Constitucional e administrativo. Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Desenvolvimento do precedente. Possibilidade. Responsabilidade de solidária nas demandas prestacionais na área da saúde. Desprovimento dos embargos de declaração. Embargante: União. Embargado: Maria Augusta da Cruz Santos. 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2º seção). Embargos de declaração nos embargos de divergência em recurso especial nº 1886929/SP. Embargos de declaração. Apreciação de temas constitucionais. Inviabilidade. Ausência dos requisitos do art. 1.022 do cpc de 2015. Embargos de declaração rejeitados. Embargantes: Ministério Público Federal, UNIMED campinas cooperativa de trabalho médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. 09 de setembro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201886929>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego no direito?** 1 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GARCIA, Regiane. **Nós precisamos falar sobre métodos de interpretação constitucional e o papel do direito democrático à saúde para a construção social do SUS que queremos.** Ensaios & Diálogos em Saúde Coletiva nº 5. Revista Digital da Abrasco. 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redeaps.org.br/2017/11/23/ensaios-dialogos-em-saude-coletiva-numero-5/>. Acesso em: 15 de jun. 2022.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. **A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias.** Revista de informação legislativa, v. 45, n. 177, p. 257-264, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160191>. Acesso em: 18 de jun. 2022.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIBÚRCIO, Ana Luiza. **Hermenêutica Constitucional: Teoria da Constituição.** Estrategiaconcursos, 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/hermeneutica-constitucional/#:~:text=Como%20j%C3%A1%20foi%20falado%2C%20a,preservar%20a%20sua%20natureza%20unit%C3%A1ria>. Acesso em: 15 de jun. 2022.