

NÓS PRECISAMOS FALAR SOBRE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO DIREITO DEMOCRÁTICO À SAÚDE PARA A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO SUS QUE QUEREMOS

POR REGIANE GARCIA*

Diante do kafkiano impeachment da Presidente eleita Dilma Rousseff, ficou claro que as instituições do governo não honraram a Constituição de 1988 ou como Pedro Barbosa Pereira Neto disse: ‘houve pedalada constitucional do início ao fim. Mais uma vez o jeitinho brasileiro se impôs.’ Os constitucionalistas Bercovici e Fontoura falam em: ‘morte matada da Constituição de 1988’ e chamam o ‘Poder Constituinte do Povo!’

Este ensaio foca no direito à saúde, e defende que o direito constitucional à saúde não morreu, mas os métodos tradicionais de dizer o direito estão presos à uma metodologia e cultura jurídica arcaica, incondizentes com a linguagem abstrata de direitos e princípios. Reconheço, entretanto, que a crise político-constitucional vai muito além de interpretação constitucional desvirtuada, e que métodos rigorosos de interpretação são importantes, mas insuficientes para evitar orgias interpretativas. Mas se deixarmos os métodos de interpretação exclusivamente nas mãos de atores políticos e/ou do judiciário, mesmo que com uma nova constituição, correríamos o risco do mesmo casuísmo e conveniência jurídica que testemunhamos no processo de impeachment. Na realidade, se métodos rigorosos de interpretação constitucional são imperativos mas não suficientes para assegurar neutralidade do intérprete, a falta de métodos muito menos.

Reconheço também que o mar não está para peixe neste governo. Mas se é que isso serve de atenuante, mesmo quando o mar estava – mais - para peixe, ou seja, quando a ‘Constituição Cidadã’ de 1988 não tinha sido escancaradamente violentada como no impeachment, implementação e sustentabilidade de direitos sempre foram lutas constantes, diárias; está aí a luta pelo financiamento do SUS universal e de qualidade que não me deixa mentir. Direito no papel não é hoje - e nem nunca foi - sinônimo de direito na vida real. E a luta pela implementação do direito à saúde nunca foi simples, nem tampouco sem pedras e coices no caminho.

A letra da lei não fala por si só nem tampouco se auto aplica. Debater valores como o direito à saúde e busca de equidade é essencial, tanto quanto deba-

ter métodos e papel dos diferentes intérpretes para traduzir esses valores para a vida real. Em particular, este ensaio convida à um amplo debate sobre métodos de interpretação constitucional para implementação de preceitos constitucionais, bem como sobre os papéis dos diversos atores que participam da construção do direito social à saúde, incluindo o papel dos operadores do direito, judiciário, conselhos e conferências de saúde. Um debate crítico sobre visões engessadas de guardiões formalistas de métodos clássicos, mas também sobre visões progressistas que se julgam detentores da verdade sobre a complexidade histórica e social de hoje.

Verdade seja dita, interpretação constitucional não é – e nem desejável que seja - uma operação matemática como $2 + 2 = 4$. A Constituição de 1988, no capítulo da saúde, por exemplo, usou termos do dia-a-dia, de relativamente fácil compreensão, que a princípio levaria a um significado óbvio. Por exemplo, o artigo 196 determina que a saúde é direito de todo(a)s e dever do Estado, portanto, é claro que ‘todo(a)s’, incluindo eu, você, nosso(a) vizinho(a), ou seja, todo(a)s têm direito à saúde. Também é incontestado que o governo em geral é responsável pelo direito à saúde.

Mas para o Direito, ‘obviedades’ nem sempre são óbvias. Geralmente, operadores do direito usam jargão jurídico que reza a lenda serve para dar um recorte específico para palavras vagas ou ambíguas, facilitando a comunicação entre operadores do direito. Mas o caso da linguagem da Constituição é diferente. A Constituição usa termos abertos e ideias gerais para alcançar situações futuras e diversas. Por exemplo, o direito à saúde, bem como direitos fundamentais em geral e princípios constitucionais tais como dignidade e igualdade precisam de uma construção social feita por diferentes atores sociais, políticos e/ou jurídicos.

Tendo em vista que é o Judiciário quem tem a palavra final sobre o que é - ou não é - o direito à saúde, é crucial que entendamos os métodos – ou falta deles - pelos quais juízes chegam às suas decisões, bem como a cultura legal por trás desses métodos, no juridiquês: paradigma neo-constitucional



ESTE ENSAIO FOCA NO DIREITO À SAÚDE, E DEFENDE QUE O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NÃO MORREU, MAS OS MÉTODOS TRADICIONAIS DE DIZER O DIREITO ESTÃO PRESOS À UMA METODOLOGIA E CULTURA JURÍDICA ARCAICA, INCONDIZENTES COM A LINGUAGEM ABSTRATA DE DIREITOS E PRINCÍPIOS.

e hermenêutica jurídica, ou seja, formulações teóricas e os caminhos para revelar ou atribuir sentido a textos constitucionais. Por exemplo, qual o conteúdo jurídico do meu direito à saúde e quais são as responsabilidades do Estado em relação ao meu direito à saúde? O governo tem ou não tem a obrigação de fornecer todo e qualquer remédio e tratamento, independentemente do custo, mesmo que não sejam oferecidos pelo SUS? Segundo a maioria do STF, deixando de lado peculiaridades de diferentes decisões, a resposta é sim: o Estado tem que fornecer medicamentos necessários à vida mesmo que não cobertos pelo SUS, independentemente de custo do medicamento. Segundo gestores do SUS, a resposta é ‘depende’ de necessidade, mas também do custo, e tem que levar em conta o planejamento do SUS, inclusive discutido em protocolos clínicos.

Por mais que o legislativo e o executivo lapidem a responsabilidade do Estado em relação às obrigações específicas através de leis ou protocolos clínicos, que inclusive passam pelo Conselho Nacional de Saúde, tanto leis quanto protocolos clínicos admitem contestação pela via judicial, o que é desejável para que nenhum dos níveis de governo se torne autoritário. Inclusive, decisões judiciais podem puxar os limites do SUS em benefício de uma população, como por exemplo ocorreu com a judicialização do AZT que contribuiu para a criação de um programa de Estado.

Podemos esperar, então, que caso vingue a ameaça do atual governo de que ‘nem todos direitos serão honrados’ porque ‘o SUS não cabe no orçamento’, o judiciário manterá o entendimento de que o governo é obrigado a honrar com todos os direitos que já foram reconhecidos? Mas e se uma visão progressista entender que a complexidade sócio-econômica de hoje permite a diminuição das obrigações do governo em relação ao direito à saúde, teremos ‘menos’ direito à saúde?

Por certo vivemos uma situação dramática onde ‘interpretação constitucional criativa’ virou regra, aprofundando a discrepância entre, de um lado, da letra e objetivo da Constituição e métodos de

interpretação constitucional, de outro, conjunturas e soluções de compromisso para governabilidade, vulgo ‘camaradagem’. De duas uma: 1) aceitamos que o caldo entornou, a Constituição morreu, ponto final. Ou - minha proposta -: 2) debatemos implementação de preceito constitucional, inclusive métodos de interpretação constitucional que reflitam contextos e necessidades atuais, mas que também a letra e o objetivo da lei, bem como os papéis dos diferentes atores políticos e sociais para construção do direito à saúde. Por exemplo, qual o papel do judiciário na construção do direito à saúde e qual o papel das conferências e conselhos na construção de políticas e estratégias de saúde? Se o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional da Saúde debateram e aprovaram uma lista de medicamentos essenciais cobertos pelo SUS, prazo de revisão da lista Rename, juízes podem desconsiderar a decisão desses atores com base em interpretação diferenciada da Constituição? Se sim, com base em quais critérios racionais? Se não, como incluir a decisão dos gestores, dos conselhos e das conferências, e ainda garantir o direito individual de acesso imediato à um medicamento fora do SUS?

Essas perguntas convidam a um debate sobre neo-constitucionalismo e métodos de interpretação constitucional segundo o neo-constitucionalismo. Neo-constitucionalismo é um paradigma e uma orientação para se pensar e aplicar constituições que se pautam em regras, mas também em direitos e princípios como é o caso da CF de 1988.

Mesmo em países como o Brasil, de tradição jurídico romano-germânico onde se predomina a codificação do direito e positivismo jurídico - ou seja, lei para tudo e seguir à risca o texto da lei - a constitucionalização de direitos, princípios e fins políticos, que são inerentemente abertos e carregados de juízos de valor e conteúdo político, métodos tradicionais de interpretação não dão mais conta do recado. Portanto, podemos dizer que junto com a constitucionalização de direitos, ‘constitucionaliza-se’ também interpretações construtivistas de direitos, onde juízos de valores, opções políticas, e evidências externas ao texto legal passam a ter papéis importantes.



O DIREITO À SAÚDE É UM DIREITO DEMOCRÁTICO À SAÚDE QUE TEM A VER COM INCLUSÃO DEMOCRÁTICA DE ATORES SOCIAIS NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA COMPREENSIVO DE SAÚDE, TEM A VER COM O INDIVIDUAL E COM O COLETIVO, COM NECESSIDADES IMEDIATAS E QUESTÕES PROGRAMÁTICAS. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DESSE SUS COMPREENSIVO É DIRETIVA CONSTITUCIONAL QUE NEM LEGISLATIVO NEM JUDICIÁRIO PODEM MAIS FAZER VISTAS GROSSAS.

Por exemplo, a audiência pública sobre os processos de direito à saúde convocada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em 2009 com a finalidade de entender melhor o assunto, bem como o state of art da literature. O que poderia ser celebrado como entrada de evidência de prática social, já que Mendes ouviu dezenas de pontos de vistas, uma prática inusitada na tradição introspectiva de interpretação constitucional com base na letra da lei, deixou a desejar com relação a uma discussão lógica e racional de como os diferentes métodos de interpretação constitucional dialogaram uns com os outros. No final das contas, o relatório só incluiu a 'prática social' que interessou.

Via de regra, interpretações de direitos e princípios, seguem – ou deveriam seguir – métodos tradicionais de interpretação constitucional como o gramatical e sistemático, mas também métodos como o histórico e teleológico. Enquanto os métodos gramatical e sistemático são considerados – relativamente – objetivos porque seguem regras de interpretação gramatical, sentido léxico do texto, hierárquica entre leis, etc., os métodos histórico e teleológico são considerados subjetivos por força da margem de discricionariedade do intérprete para selecionar a narrativa histórica e contexto atual relevantes. Esta postura proativa na interpretação de direitos para expandir o seu sentido e alcance é característica fundamental para viabilização de direitos na vida real. Entretanto, a mesma discricionariedade, sem freios, pode levar

o interpretar ao autoritarismo. Além disso, muitos autores descrevem os métodos, e decisões judiciais mencionam métodos, mas não detalham a aplicação dos métodos (por exemplo, uma narrativa da audiência pública e por que não outra?).

Alguém pode dizer que é indiferente como o Estado se organiza para implementar o direito à saúde, se por conta própria ou se por conta de ordem judicial, o que importa é que efetivamente se assegure o direito à saúde dos cidadãos. Primeiro que se aceitarmos o poder incondicional do judiciário, estamos regredindo à era pré-constitucional, a diferença era que o poder incondicional sobre dizer a saúde era do executivo e hoje parece ser do judiciário. Segundo que o direito à saúde é um direito democrático à saúde que tem a ver com inclusão democrática de atores sociais na construção de um sistema compreensivo de saúde, tem a ver com o individual e com o coletivo, com necessidades imediatas e questões programáticas. Participação social na construção desse SUS compreensivo é diretiva constitucional que nem legislativo nem judiciário podem mais fazer vistas grossas.

Concluo este ensaio com uma visão otimista e esperançosa pela volta de horizontes democráticos, e com um convite para um debate amplo e crítico interpretação constitucional, métodos de interpretação constitucional, direito democrático à saúde para a construção social do SUS que queremos.



DE DUAS UMA: 1) ACEITAMOS QUE O CALDO ENTORNOU, A CONSTITUIÇÃO MORREU, PONTO FINAL. OU - MINHA PROPOSTA. 2) DEBATEMOS IMPLEMENTAÇÃO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, INCLUSIVE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE REFLITAM CONTEXTOS E NECESSIDADES ATUAIS, MAS QUE TAMBÉM A LETRA E O OBJETIVO DA LEI, BEM COMO OS PAÍSES DOS DIFERENTES ATORES POLÍTICOS E SOCIAIS PARA CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

BIBLIOGRAFIA

Pereira Neto, Pedro Barbosa, 'Mais uma jabuticaba constitucional'. *Jornal GGN – O Jornal de todos os Brasis*: <http://jornalgggn.com.br/noticia/mais-uma-jabuticaba-constitucional-por-pedro-barbosa-pereira-neto> (Acesso em 06/09/2016).

Bercovici, Gilberto e Costa, e José Augusto Fontoura, 'Costurando para o Futuro'. *Blog Conversa Afiada com Paulo Henrique Amorim*: <http://www.conversaafiada.com.br/brasil/a-constituicao-morreu-chama-o-povo-para-fazer-outra> (Acesso em 06/09/2016).

Via de regra, a preocupação dos operadores do direito tem sido o problema da separação de poderes ou esmiuçar conteúdos, obrigações e problemas da judicialização do direito à saúde. Por exemplo, Conrado Hübner Mendes traz uma linha interessante de debate baseada na 'teorias do diálogo institucional' que propõe que uma interação de caráter deliberativo, e não somente adversarial, entre os três poderes. Mendes, Conrado Hübner. "Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação." São Paulo: Saraiva (2011): 82. Outra linha de debate é a proposta de Ana Paula de Barcellos com relação aos cinco eixos de controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: i) afixação de metas e prioridades; ii) o resultado final esperado; iii) a quantidade de recursos a ser investida; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Entretanto, Barcellos não entra no assunto dos métodos e evidências externas para aplicação desses eixos. Barcellos, Ana Paula de, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"* (2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010). Uma outra linha de debate foca nos problemas de judicialização do direito à saúde, equidade da saúde e efeitos para o SUS. Por exemplo, Oliveira, Maria dos Remédios Mendes, Delduque, Maria Célia, Sousa, Maria Fátima de, Mendonça, Ana Valéria Machado, *Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas?* *Saúde Debate* 39(105):525-535; Wang, Daniel Wei L., Vasconcelos, Natália Pires de, Oliveira, Vanessa Elias de, & Terrazas, Fernanda Vargas. (2014). Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, 48(5), 1191-1206. <https://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.

Entretanto, não é segredo pra ninguém que o jurídiques tal como o medicalês, o polítiques, o economês ou qualquer outra linguagem compreensível somente entre determinado grupo profissional ou socio-cultural serve, também, pra (re)produzir a distância entre grupos dos que sabem e dos que não sabem, dos que mandam e dos que obedecem

Usando o exemplo do impeachment, uma construção elástica da Constituição, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirmou que na realidade atual, embora a lei fale em crime de responsabilidade, "o impeachment depende de crime de responsabilidade. Mas, no presidencialismo brasileiro, se você procurar com lupa, é quase impossível não encontrar algum tipo de infração pelo menos de natureza orçamentária. Portanto, o impeachment acaba sendo, na verdade, a invocação do crime de responsabilidade, que você sempre vai achar, mais a perda de sustentação política". Outra linha de debate é a proposta de Ana Paula de Barcellos com relação aos cinco eixos de controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: i) afixação de metas e prioridades; ii) o resultado final esperado; iii) a quantidade de recursos a ser investida; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Entretanto, Barcellos não entra no assunto dos métodos e evidências externas para aplicação desses eixos. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"* (2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010). Ambos tocam em assuntos relevantes à separação de poderes, mas não sobre os métodos de interpretação constitucional pelos quais colocar as propostas em prática, nem tampouco sobre o papel dos atores sociais no SUS <http://www.valor.com.br/politica/4595387/barroso-perda-de-apoio-politico-e-estado-indispensavel-impeachment>

Mazzarese, Tecla. "Towards a Positivist reading of Neo-constitutionalism." *Associations–Journal for Legal and Social Theory* 6 (2002): 233-260; No Brasil, Barroso, Luis Roberto (Interpretação e Aplicação da Constituição (Saraiva, 2010).

Supremo Tribunal Federal (STF): <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> (Acesso em 06/09/2016). Que parece uma tendência no Brasil que ficou escancarada durante e após o afastamento da Presidenta eleita Dilma Rousseff.

*Advogada, doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade British Columbia.