

# A QUEM COMPETE O DEVER DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO? ESGOTAMENTO DE UM MODELO INSTITUCIONAL

*WHO IS RESPONSIBLE FOR THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL?  
DEPAUPERATION OF A INSTITUTIONAL MODEL*

---

*Rogério Gesta Leal<sup>(\*)</sup>*

## **RESUMO**

O presente ensaio aborda o tema do direito à saúde no Brasil e os âmbitos de responsabilidades que lhe dizem respeito, considerando as relações entre quem necessita acessá-lo e quem deve prestá-lo, a partir de uma perspectiva sistêmico-constitucional.

## **ABSTRACT**

This paper approaches the question of the right to health in Brazil and its levels of responsibilities, considering the relationship between who needs to access this right and who must guarantee it. The discussion is carried within a constitutional and systemic perspective.

## **Palavras-chave**

Constituição; Dignidade da Pessoa Humana; Direito à Saúde; Responsabilidade Alimentar.

## **Keywords**

Alimentary Responsibility; Constitution; Dignity of Human Being; Right to Health.

---

(\*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, doutor em Direito, professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, professor colaborador da Universidade Estácio de Sá, professor visitante da Università Túlio Ascarelli — Roma Trè, Universidad de La Coruña — Espanha, e Universidad de Buenos Aires. *E-mail*: <gestaleal@gmail.com>. Recebido em 3.10.07. Aprovado em 10.11.07.

## **INTRODUÇÃO**

O presente ensaio pretende abordar o tema do direito à saúde como direito social fundamental e os limites esgotados do modelo estatal de sua prestação, ao menos no âmbito exclusivo da responsabilidade institucional da Fazenda Pública. Para tanto, mister é que se faça uma avaliação da estrutura normativa do direito à saúde no Brasil, a partir de algumas matrizes teóricas da Teoria da Constituição, para em seguida avaliar as condições e possibilidades de ser compartilhado tal direito com outros sujeitos de direito, notadamente os familiares, haja vista o espectro ampliado que se tem hoje do conceito de obrigação alimentar. Neste ponto, impor-se-á o diálogo necessário e construtivo de institutos do direito privado (constitucionalizados) com institutos do direito público (projetados ao âmbito dos direitos subjetivos).

### **I. A MATRIZ NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**

O tema da saúde pública, constitucionalmente, vem definido como direito de todos e dever do Estado (aqui entendido em todas as suas dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados-Membros, Municípios etc.) — art.196 —, devendo ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas comprometidas à redução do risco de enfermidades e de outros agravos<sup>(1)</sup>.

O que está em debate aqui, pelos termos do prisma constitucional, é o que se pode chamar de uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da vida humana: a saúde. Enquanto princípio fundante de todo o sistema jurídico — a iniciar pelo constitucional —, a vida humana digna espelha e se vincula ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, na condição de princípio fundamental, em face de sua característica de aderência, opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões: a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com este princípio; b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais (dentre os quais o da dignidade da vida humana), não são válidas<sup>(2)</sup>.

Justifica-se tal postura em face de que a saúde, como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a cons-

---

(1) LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde — por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6, p. 1525.

(2) Neste sentido ver o texto de HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 39.

tituir um “indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial”<sup>(3)</sup>, porque se afigura como uma das condições indispensáveis à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na verdade, estes postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência etc. Por sua vez, os poderes estatais e a própria sociedade civil (através da cidadania ou mesmo de suas representações institucionais) estão relacionados a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isto é verdade, qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida republicana, democrática e social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é por meio de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil<sup>(4)</sup>.

Isto leva a crer na existência daquilo que chamamos de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como ações que o Texto Político atribui aos poderes estatais, e à comunidade como um todo, como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio<sup>(5)</sup>, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, pró-ativa dos que têm tal responsabilidade, merecendo imediata implementação.

---

(3) Argumento desenvolvido em LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Sociedade e administração pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

(4) Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized*. New York: Verso, 1998.

(5) Direção em que caminha a melhor doutrina constitucional do país, *ex vi* o percuciente trabalho de STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

De outro lado, as ações públicas, voltadas à densificação material deste direito de todos (saúde), integram um sistema único em todo o país (art.198, CF/88), financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que temos de ter em conta, a uma, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável. A duas, quem é responsável por tal mister. Assim é que cada caso envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado é merecedor de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas variáveis necessárias: a) a variável normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; b) a variável responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Daí porque aferir, primeiro, a natureza axiológico-constitucional do mandamento normativo sob comento, tendo ciência que ele se dirige a toda a comunidade, e não a uma parcela dela (os mais doentes, aqueles que possuem enfermidades letais, que necessitam de farmacológicos curativos etc.). Em segundo, de que forma o sistema jurídico atribui responsabilidades envolvendo esta matéria.

Significa dizer que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, mister é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente aqueles que ocorrem de pronto ao poder público (Executivo ou Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo<sup>(6)</sup>.

Se a administração pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população ca-

---

(6) Além disto, é preciso lembrar que *the Courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive agencies, nor are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased sources of information.* ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, n. 96, p. 982, 1987.

rente, então isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate, ao menos naqueles casos em que a periclitização da vida é tal que se impõe esta intervenção, pois, caso contrário, a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto são finitos — e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister.

Para tal raciocínio, utilizamos aqui o que *Konrad Hesse* chama de princípio da concordância prática ou da harmonização, o qual impõe ao intérprete do sistema jurídico que os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto<sup>(7)</sup>. Tal princípio parte exatamente da noção de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais; destarte, o resultado do ato interpretativo não pode ser o sacrifício total de uns em detrimento dos outros. Deve-se, na interpretação, procurar uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionalmente tutelados.

Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, ainda com *Hesse*, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política, porquanto essas são as finalidades precípuas da Constituição.

A partir de tais considerações é que a matéria vertente precisa ser enfrentada, ponderando os bens jurídicos que estão em jogo e que demandam abordagem à solução do caso: o bem jurídico vida do cidadão, envolvendo a moléstia de que está acimado, correlato ao dever do Estado e da família para com a saúde pública; o bem jurídico saúde pública de toda a sociedade para com quem este mesmo Estado possui o dever de tutela.

Há que se estabelecer, aqui, um juízo de ponderação destes bens, valores, interesses e competências, para se chegar a alguma conclusão. Para tanto, vale-se de critérios constitucionalmente consagrados à delimitação dos índices de fundamentalidade desses direitos, a saber, aqueles que densificam o princípio da proporcionalidade dentre eles.

Na dicção de *Robert Alexy*, o “princípio da proporcionalidade” desdobra-se em três aspectos fundamentais: “a) *adequação*; b) *necessidade* (ou *exigibilidade*); c) *proporcionalidade em sentido estrito*. A *adequação* significa que o intérprete deve identificar o meio adequado para a consecução dos objetivos pretendidos. A *necessidade* (ou *exigibilidade*) significa que o meio

---

(7) HESSE, Konrad, op. cit., p. 119. Fala o autor, aqui e na verdade, da tese de que, na interpretação constitucional, deve-se dar primazia às soluções ou pontos de vista que, levando em conta os limites e pressupostos do texto constitucional, possibilitem a atualização de suas normas, garantindo-lhes eficácia e permanência constante.

escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados. A *proporcionalidade em sentido estrito* significa que o meio escolhido, no caso específico, deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo<sup>(8)</sup>.

A partir de tais elementos de interpretação dos possíveis sentidos e significados do direito à saúde no Brasil, é importante que se perquiria se efetivamente é o Estado o único garantidor/concretizante destas prerrogativas.

É preciso, para tanto, chamar à colação aqui a Teoria da Constituição, a fim de que se possa compreender, por óbvio, que a partir de uma eleita matriz teórica fundante, o que implica reconhecer o direito à saúde como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Neste ponto, pode-se dizer, com *Alexy*, que tal direito se apresenta com posição de tal modo importante que a sua garantia, ou não garantia, não pode ser deixada à simples maioria parlamentar contingencial<sup>(9)</sup>. Ademais disto, afigura-se também como uma *posição jurídico-prestacional*, já que envolve ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização de seus comandos normativos.

Todavia, na dicção de *Canotilho*, é preciso sobre tais direitos nos dar conta de que:

Acresce que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor *como* o Estado deve, *prima facie*, densificar este direito. Diferente do que acontece no direito à vida na sua dimensão negativa — não matar —, e na sua dimensão positiva — impedir de matar —, aqui, na segunda dimensão, positiva, existe um relativo *espaço de discricionariedade* do legislador (dos poderes públicos) quanto à escolha do meio (ou meios) para tornar efectivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.<sup>(10)</sup>

Adverte o autor português, com acerto, que aquele espaço de discricionariedade não é, entretanto, total, haja vista que existem *determinantes constitucionais heterônomas* que estão a vincular os poderes instituídos (como a dignidade da vida humana, por exemplo).

---

(8) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000. p. 126. Mais adiante, o autor alemão faz questão de frisar que há algumas circunstâncias fáticas que devem informar as possibilidades das ações estatais prestacionais em nível de direitos sociais, como o da saúde, a saber: quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática (lato senso entendida); quando o princípio da separação dos poderes, bem como outros princípios atinentes aos direitos fundamentais de terceiros forem atingidos de forma relativamente diminuta. op. cit., p. 469. Ver também o excelente trabalho de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Da mesma forma ver o conjunto de artigos postos no livro de BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

(9) ALEXY, Robert. op. cit., p. 406 e ss.

(10) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 58.

De qualquer sorte, o direito à saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual<sup>(11)</sup>. Diz-se direito subjetivo *prima facie* pelo fato de que, conforme ainda *Canotilho*, não é possível resolvê-lo em termos de tudo ou nada<sup>(12)</sup>, e também pelo fato de constituírem, numa certa medida e na dicção de *Dworkin*, direitos abstratos, isto porque representam:

Finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia sobre determinadas situaciones sociales complejas.<sup>(13)</sup>

E por que não se pode resolver tal matéria em termos de tudo ou nada? Pelo fato de que ela envolve um outro universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados

---

(11) Nossos Tribunais ainda não conseguiram uniformidade sobre tal percepção do direito à saúde; no entanto, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que se trata este direito de direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconsequente — Agravo Regimental no RE n. 271.286-8/RS. De igual sorte a decisão do Superior Tribunal de Justiça que asseverou que os **direitos fundamentais à vida e à saúde** são **direitos subjetivos** inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de **Direito** como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais — REsp. 836913/RS; Recurso Especial n. 2006/0067408-0, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08.05.2007, publicado no Diário de Justiça de 31.05.2007 p. 371.

(12) Aduz *Canotilho* que: *A questão da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), da ponderação necessária a efectuar pelos poderes públicos (Abwägung) relativamente ao modo como garantir, com efectividade, esse direito (optimização das capacidades existentes, alargamento da capacidade, subvenções a estabelecimentos alternativos) conduz-nos a um tipo de direito prima facie a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever prima facie.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 66. Ver neste sentido a reflexão de SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, notadamente na p. 304, em que o autor sustenta estar esta reserva do possível parametrizada por três variáveis, a saber: a) dizendo com a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; b) dizendo com a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); c) dizendo com a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

(13) DWORKIN, Ronald. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 162. Denomina o autor de direitos concretos *son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones*. Num texto mais recente (DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006), o autor americano ratifica esta sua assertiva.

preventivamente, políticas públicas integradas em planos plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas etc. Todas estas condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersas em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição.

Decorre daqui a tese de que a garantia de um padrão mínimo de segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios ou interesses constitucionais igualmente relevantes, assim que, somente quando a garantia material do padrão mínimo em direito social (previamente delimitada como prioritária em termos de sociedade) estiver efetivamente sendo ameaçada no caso concreto, é que se poderá levar a cabo uma necessária ponderação de interesses em face da potencial restrição de bens jurídicos — fundamentais ou não — colidentes com tais demandas ou pretensões. Caso contrário, dever-se-á buscar a plena integração mantenedora da incolumidade normativa e concretização de todos os bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico<sup>(14)</sup>.

Ocorre que, como referiu o Superior Tribunal de Justiça no Brasil, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, “de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”<sup>(15)</sup>.

É por esta razão que doutrinadores como *Ingo Sarlet* são incisivos ao afirmar que o Estado conta com apenas delimitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a questão da limitação dos

---

(14) Ver o texto de SARLET, Ingo, op. cit., p. 371, oportunidade em que adverte acertadamente o autor que, *com isso, traçou-se um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.*

(15) É bem verdade que, nesta mesma decisão, manifestou-se o STJ no sentido de reconhecer que *não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* REsp n. 811608/RS; Recurso Especial n. 2006/0012352-8, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 15.05.2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.



recursos constitui um certo limite fático à efetivação desses direitos. De outro lado, o Estado também deve ter a capacidade de dispor destes recursos para o cumprimento daqueles direitos<sup>(16)</sup>.

O problema é que, historicamente, no Brasil, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado chamou para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social no âmbito notadamente da saúde, com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente apresentado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

O cenário hoje é, todavia, diferente, a uma, pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos quinze anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano; a duas, em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos<sup>(17)</sup>.

Mesmo em tal quadro, a relação Estado x Sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que *Canotilho* chama de *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postu-

---

(16) SARLET, Ingo, op. cit., p. 303. Mais tarde, vai afirmar Ingo que: *o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde*, (p. 347 — da mesma forma na p. 376). Na mesma direção ver o texto de BOYNTON, Brian. *Democracy and distrust after twenty years: ely's process theory and constitutional law from 1990 to 2000*. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 51 e ss.

(17) O assunto é tratado em LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Talvez se possa dizer que, em verdade, é toda uma concepção de Estado que entra em mutação a partir daquele período histórico, caracterizado por seus matizes mais sociais e compromissados com o restabelecimento de equilíbrios necessários em face das diferenças gritantes e desestabilizadoras de uma ordem mínima de civilidade. Isto não implica um único modelo de Estado Social, mas vários, eis que se formam ora com viés mais paternalista e assistencialista (tal qual o modelo de Estado Getulista no Brasil), ora com feições mais curativas e compensatórias (tal qual o *Welfare State* e o *L'État d'Providence*), ora com natureza de classe social (tal qual o Estado Soviético). Ver também o texto LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, e também o texto de SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di diritto e Stato sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004.

lam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.<sup>(18)</sup>

Sustenta o autor, corretamente, que já é tempo de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque tais direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção e, já que a todos são dirigida tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota-parte de cada um neste mister, sob pena de constituirmos o que o jurista lusitano denomina de uma “aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais”, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzir a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

É preciso levar em conta que todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro — e não é pouco em nenhuma parte do mundo. Assim é que *Peter Häberle*, na primeira metade da década de 1970, já formulava a idéia da reserva das caixas financeiras para o atendimento de direitos sociais prestacionais, com o objetivo de, exatamente, evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, na medida em que devessem ser custeados pelo Erário<sup>(19)</sup>.

Claro está que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante do direito em xeque.

---

(18) CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 102.

(19) HÄBERLE, Peter. Grundrecht im Leistungsstaat. *VVDSTRL*, n. 30, 1972. Neste ponto concorda *Canotilho*, quando assevera que: *Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais, ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis. Reconhecer estes aspectos não significa a aceitação acrítica de alguns dogmas contra os direitos sociais.* Op. cit., p.108. Ver o texto de GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Não se afigura simples, pois, trazer-se à colação argumentos do tipo “princípio da não reversibilidade das prestações sociais, ou o princípio da proibição da evolução reacionária”, como fórmulas retóricas e mágicas para poder garantir, a qualquer preço — que nem se sabe o qual —, tudo o que for postulado por segmentos da comunidade (indivíduos) em termos de saúde, pelo simples fato de que o Estado está obrigado a tanto, isto porque “o desafio da bancarota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social”<sup>(20)</sup>.

É verdade que este estado de coisas tem como um dos fundamentos o fato de que o catálogo de direitos econômicos, sociais, e culturais, forjado nos dois pós-guerras do Século XX, comprometidos com a reconstrução do próprio tecido social, elevou à máxima exaustão as expectativas de poder e ação dos poderes instituídos em prol de tais demandas, acreditando que poderiam dar concreção a tudo isto sozinhos, causando o que *Arthur* chama de vitimização do Estado por seu próprio sucesso<sup>(21)</sup>.

Todas estas crises identificadas, ainda no plano do diagnóstico, não significam a descrença total no Estado como espaço público de gestão de interesses coletivos, mas, tão-somente, no Estado instituição tradicional, concebido a partir e exclusivamente de seu *locus* insulado e tecno-burocrático de fala oficial, unilateral e arbitrariamente imposto a uma cidadania ainda mais expectadora dos acontecimentos.

Então, qual a saída para um cenário como este em que as forças prestacionais do Estado de Bem-Estar se esmorecem em face de crises globais de recursos naturais e econômicos (ora concentrados demasiadamente, ora fragilizados demasiadamente)?

Concordando com *Sunstein*, “*the mainly issues here involve the matter of the competence limits of the State in front off the rights, and if that State could involve itself in privates relations, as well as which the limits of that*

---

(20) CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 112. Ver no Brasil, uma boa abordagem do tema em DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: A RECONSTRUÇÃO democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 433 e ss.

(21) ARTHUR, John. *The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989. p. 118 e ss. Com base nesta crítica, adverte o autor que uma cidadania social se conquista não através da estatização da socialidade, mas através da civilização da política (*a social citizenship is not conquered through the nationalization of the sociality, but through the civilization of the politics*). Ao lado disto, para não conhecer de sua ineficiência ou fracasso, o Estado prefere, em algumas oportunidades, negar a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas satisfativas, ou ainda, lançá-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas, tais como os movimentos dos sem-terra, dos sem-teto, a questão dos parcelamentos clandestinos do solo urbano, a violência generalizada, a prostituição, o narcotráfico etc.

*State performance*<sup>(22)</sup>, e tais questões precisam ser bem apreendidas, sob pena de se inviabilizar de vez quaisquer políticas públicas de gerenciamento de demandas sociais coletivas.

## **II. POSSIBILIDADES DE COMPARTILHAMENTO FAMILIAR DO DEVER DE SUSTENTO À SAÚDE**

No momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado à garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consecutórias nesta direção. Isto significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos.

Dá que propõe-se uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societárias importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Por exemplo: a) do dever da família (da Sociedade e do Estado) em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, **à saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>(23)</sup>; b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, **carência ou enfermidade**<sup>(24)</sup>; c) a família (a Sociedade e o Estado) tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o **direito à vida**<sup>(25)</sup>.

Com tal perspectiva já se pôde asseverar que a prestação alimentar não deva subsistir até os 21 anos, mas, estender-se, com base no princípio

---

(22) SUNSTEIN, C.; HOLMES, S. *The cost of rights: why liberties depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004. p. 90. Ver igualmente o texto de BEN-DOR, Oren. *Constitutional limits and the public sphere*. Oxford: Hart Publishing, 2007 em especial a partir da p. 95 (*The role of the People in determining Constitutional Limits*).

(23) Art. 227, da Constituição Federal de 1988.

(24) Art. 229, da Constituição Federal de 1988.

(25) Art. 230, da Constituição Federal de 1988.

da solidariedade familiar, além da maioridade<sup>(26)</sup>. Como o Novo Código Civil Brasileiro reduziu para dezoito anos o começo da maioridade, com maior razão este entendimento se justifica<sup>(27)</sup>.

Mesmo no plano da infraconstitucionalidade, temos como deveres familiares (notadamente entre os cônjuges), dentre outros, a mútua assistência e o sustento dos filhos, sendo que eles são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial<sup>(28)</sup>. Ao lado disto, ainda é de se ressaltar que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros, pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, nos termos do art. 1.694, do Novo Código Civil Brasileiro<sup>(29)</sup>. Veja-se que, quando faltam neste dever, os familiares podem ser enquadrados inclusive nas disposições do art.244, do Código Penal, que disciplina:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.<sup>(30)</sup>

Mesmo nas situações em que as famílias se desconstituem, fenômeno acelerado em nossa época, a legislação infraconstitucional confirma o disposto no Texto Político de 1988, ao assegurar que o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que

---

(26) In RT 698/156; 727/262.

(27) Neste sentido, ver o texto de SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Os alimentos no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16, p. 12, jan./mar. 2003. Neste texto, o autor lembra que a extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem, *ipsis litteris*, o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.

(28) Consoante as disposições dos arts.1.566 e 1.568, ambos do Novo Código Civil Brasileiro. Ver o texto de OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

(29) Uma discussão mais ampla desta perspectiva pode ser encontrada em: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 365; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 427; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2. p. 139.

(30) Redação dada pela Lei n. 10.741, de 01.10.2003, DOU de 03.10.2003, com efeitos a partir de 90 dias da publicação. A pena prevista aqui é detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País, consoante a redação dada pela Lei n. 5.478, de 25.07.1968.

o juiz fixar, sendo que para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos. Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá ainda determinar a constituição de garantia real ou fidejussória, ou mesmo que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor. Ainda, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor<sup>(31)</sup>.

Dentre outras questões que poderiam causar espécie nesta reflexão é a que diz com a ampliação cada vez maior do conceito de obrigação alimentar e seus liames de responsabilidade parental.

De certa forma a doutrina e jurisprudência brasileiras têm operado muito bem na direção de demarcar um conceito de alimentos conforme à Constituição, ou seja, atenta para o fato de que “o direito a alimentos deve corresponder não somente ao indispensável para a subsistência, mas também ao que for necessário para o alimentando viver de modo compatível com sua condição social”<sup>(32)</sup>.

Mesmo na processualística a definição dos contornos conceituais de alimentos vem sofrendo profunda ampliação, exatamente para cumprir com que designa a norma civil (art.1.694, e seguintes, do NCCB), no sentido de que sejam fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, conforme disciplina *Talamini: O sentido constitucional de ‘alimentos’, portanto, vai necessariamente além do direito de família: abrange indenizações, pensões, salários e outras verbas — desde que essencialmente destinadas ao sustento do titular do crédito.*<sup>(33)</sup>

Por esta razão é que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já teve oportunidade de asseverar que “deve a obrigação alimentar ser fixada de modo a incluir, também, valores gastos pela alimentada com saúde, não se mostrando possível a escolha do plano de saúde que será pago pelo alimentante, bem como devendo ser retirada a condenação do alimentante ao pagamento de multa pela sua não inclusão em referido plano”<sup>(34)</sup>.

---

(31) Consoante disposições dos arts.19, 20, 21 e 23, da Lei n. 6.515/77.

(32) TJPE — AgRg 93939-5/01 — Rel. Des. Leopoldo de Arruda Raposo — DJPE 29.10.2003. Na mesma direção os trabalhos clássicos de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. p. 1.287; BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 403. De igual forma as decisões jurisprudenciais antigas e recentes no país: RE n. 102877, STF, 2ª T., Rel. Min. DJACI FALCÃO, j. 14.09.1984; REsp 184807/SP, STJ, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. 24.09.2001.

(33) TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ — a garantia do Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, n. 3, p. 37-51, out./dez. 1998. Nesta direção reforça SPENGLER, Marion. Fabiana. *Alimentos — da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, que quando se discute a verba alimentar, é sempre imprescindível atentar para o fato de que não se trata de uma obrigação simples, mas uma obrigação com peculiaridades, pois diz respeito à manutenção do ser humano.

(34) Apelação Cível n. 70007665268, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, julgado em 20.05.2004.

Nos termos da responsabilidade dos avós paternos ou maternos, a jurisprudência é interativa no sentido de que a obrigação alimentar (1.696, do CCB), somente se justifica se restar comprovado que os genitores não possuem condições financeiras de suprir as necessidades do alimentando, dada a natureza subsidiária e complementar de tal obrigação. Vale dizer, o ordenamento jurídico pátrio impõe aos parentes o encargo alimentar de forma supletiva, uma vez esgotada a possibilidade dos principais obrigados em prestá-los.

Para facilitar o cumprimento de tais obrigações alimentares, o Código Civil Brasileiro de 2002, reitera o princípio da divisibilidade da obrigação alimentar, carregando a cada devedor, de mesmo grau de parentesco, a responsabilidade pelo pagamento de sua quota-parte da dívida, que será fixada previamente, segundo as suas possibilidades financeiras (art. 1.698).

Sequer a maioridade do alimentando, tem sido razão de afastamento do dever alimentar, eis que

O instituto dos alimentos entre parentes compreende a prestação do que é necessário à educação independentemente da condição de menoridade, como princípio de solidariedade familiar. Pacificou-se na jurisprudência o princípio de que a cessação da menoridade não é causa excludente do dever alimentar. Com a maioridade, embora cesse o dever de sustento dos pais para com os filhos, pela extinção do poder familiar (art. 1.635, III), persiste a obrigação alimentar se comprovado que os filhos não têm meios próprios de subsistência e necessitam de recursos para a educação.<sup>(35)</sup>

Em face disto, se se toma que o dever alimentar não é solidário, mas divisível, em caso de ação judicial para concretizá-lo, a ação deve, em tese, ser proposta contra todos os co-responsáveis, visando, com isso, a delimitar a parcela de responsabilidade de cada qual na dívida. Diz a doutrina especializada que, em tese, a ação deverá ser ajuizada contra todos os co-responsáveis pela obrigação alimentar, porque, do contexto extraído do art. 1.698, este suposto dever é, na realidade, uma faculdade do credor de alimentos<sup>(36)</sup>.

Está-se falando, em verdade, também do dever de solidariedade que a Constituição Brasileira de 1988 impõe a estas relações, chamando à responsabilidade de cada qual para que contribuam na formação de uma sociedade justa e democrática, condição de possibilidade de uma República e Estado de Direito.

Impõe-se, agora, a volta ao tema da natureza constitucional dos deveres da família para com seus pares, em especial no âmbito da saúde, objeto

---

(35) Comentário ao art. 1.694, do Novo Código Civil, feito por SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1503.

(36) WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 240-241.

desta abordagem, em especial no que tange à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1989, no seu art. 241, que dispõe sobre a saúde em seu território, a partir, por certo, da dicção da Constituição Federal de 1988, asseverando que:

Art. 241. A saúde é direito de **todos** e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único. O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, **não exclui o do indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.**

O Estado do Rio Grande do Sul introduziu em sua Constituição a participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nestes pressupostos, foi editada a Lei RS n. 9.908/93, determinando que o poder público estadual deve fornecer medicamentos especiais ou excepcionais aos seus cidadãos, desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família:

Art. 2º O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico.

Parágrafo único. Além do disposto no *caput* deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os **encargos próprios e de sua família**, de forma que atestem sua **condição de pobre.**

Este parâmetro normativo apresenta-se como condição de possibilidade da prestação de medicamentos excepcionais, mas pode servir para regulamentar o fornecimento de medicamentos normais? E o que distingue um fármaco normal em face de um excepcional?

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul precisa ser interpretada conforme à Constituição Federal, no sentido de ratificar este sentido solidário que chama à responsabilidade a família para contribuir na manutenção do sistema republicano e federativo de saúde, dando sua quota-parte, seja ela qual for, na medida de sua possibilidade e diante da necessidade do parente enfermo.

Como se fará isto em nível de demandas judiciais que envolvem a prestação de medicamentos, internações hospitalares etc.? Por via simétrica — respeitadas sempre a urgência e especificidades da matéria — à forma e prova judiciária que instrumentalizam os feitos que envolvem a efetivação de obrigações alimentares, oportunizando e reivindicando a demonstração da necessidade do enfermo e a possibilidade de contribuição para o atendimento da demanda dos seus familiares, tomando aqui como referência os vínculos parentais estatuidos pelo próprio sistema jurídico, a saber:

A extensão e a característica da reciprocidade da obrigação alimentar encontram-se previstas nos arts. 1.696 e 1.697, que repetem, *ipsis litteris*,



o que já dispunham os arts. 397 e 398, do Código de 1916. Assim, a obrigação alimentar, pela ordem, fica limitada, em primeiro lugar, aos ascendentes, depois aos descendentes e, por fim, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (art. 1.697). Observe-se que na linha reta, seja ascendente ou descendente, não há limitação de grau, ao passo que na colateral resta limitada ao grau mais próximo (irmão). Em cada linha, sempre os mais próximos em grau devem ser chamados em primeiro lugar, sendo a obrigação alimentar dos parentes mais remotos subsidiária e complementar. Isto é, vem depois da dos mais próximos e limita-se a completar o valor que por estes possa ser prestado.<sup>(37)</sup>

### CONCLUSÕES

Com *Canotilho*, é chegada a hora dos constitucionalistas se darem conta dos limites da jurisdição e reconhecer, com humildade, que a Constituição já não é o lugar do *superdiscurso social*, levando em conta que a eventual colisão de discursos reais de aplicação da Constituição terão de ser supervisionados a partir de colisões de valores ideais (a vida, a segurança, a integridade física, a liberdade, a saúde de todos e não de alguns) que integram o *justo* de uma comunidade bem — ou mal — ordenada<sup>(38)</sup>.

Assim, o direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente por meio de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade.

Partindo do pressuposto de *Boaventura de Souza Santos*<sup>(39)</sup>, que tanto a sociedade democrática como o Estado Democrático só se justificam a partir do reconhecimento de suas naturezas multiformes e abertas, constituindo-se ambos num campo de experimentação política emancipadora, permitindo que diferentes soluções institucionais e não-institucionais coexistam e compitam durante algum tempo, com caráter de experiências-piloto, sujeitas à monitorização permanente de organizações sociais, com vista a proceder a avaliação comparada dos seus desempenhos<sup>(40)</sup> e levando em conta aquelas políticas constitucionais, o envolvimento de toda a comunidade se faz necessário à criação dos direitos em geral, e do direito prestacional à saúde em especial.

---

(37) SANTOS, Luiz Felipe Brasil, op. cit.

(38) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 129. Ver igualmente o excelente texto de BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 81 e ss.

(39) SANTOS, Boaventura de Sousa. Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado (Org). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global* Petrópolis/RJ: Vozes, 1999. p. 126.

(40) Criando, por exemplo, mecanismos de acompanhamento e avaliação permanente das instituições (Executivo, Judiciário, Legislativo), tanto no âmbito do controle interno (a ser maximizado com estratégias e instrumentos de visibilidade plena de suas ações), como do externo (com conselhos corporativos e populares, mais os tradicionais já existentes).

Esta nova forma de um possível Estado e sociedade democráticos deve se assentar em dois princípios de experimentação laboratorial:

O primeiro é de que o Estado só é genuinamente experimental na medida em que às diferentes soluções institucionais são dadas iguais condições para se desenvolverem segundo a sua lógica própria. Ou seja, o Estado experimental é democrático na medida em que confere igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática. Só assim a luta democrática se converte verdadeiramente em luta por alternativas democráticas. Só assim é possível lutar democraticamente contra o dogmatismo democrático. Esta experimentação institucional que ocorre no interior do campo democrático não pode deixar de causar alguma instabilidade e incoerência na ação estatal e pela fragmentação estatal que dela eventualmente resulte podem sub-repticiamente gerar-se novas exclusões.<sup>(41)</sup>

O segundo princípio adotado pelo pensador português, com o qual concordamos e aqui queremos aplicar, deixa muito clara a importância que o Estado tem ainda na constituição de uma gestão pública compartilhada do direito à saúde (e dos direitos fundamentais em geral), pois que deve servir de garantia não só da igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, mas também de padrões mínimos de inclusão, que tornem possível a cidadania ativa participar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos alternativos. Estes padrões são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Neste ponto, está certo Tribe<sup>(42)</sup>, ao afirmar que *“la Costituzione non è uno specchio in cui ognuno vede quello che vuole, né un documento affidato alle sempre mutevoli scelte politiche dei suoi interpreti. È suo compito creare una nazione attraverso le parole e, pertanto, deve godere del più ampio consenso fra i cittadini consociati.”*

Em face de tudo isto, precisa-se urgentemente encontrar uma forma de contemporizar tão diferentes desafios no âmbito do direito à saúde, partindo do pressuposto de que tal mister incumbe a todos e não somente a alguns.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, n. 96, 1987.

---

(41) SANTOS, Boaventura. op. cit. p.127.

(42) TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005. p.

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- ALFORD, Robert R.; FRIEDLAND, Roger. *Powers of theory: capitalism, the State, and democracy*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- ARTHUR, John. *The unfinished Constitution: philosophy and constitutional practice*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1989.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEN-DOR, Oren. *Constitutional limits and the public sphere*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- BOYNTON, Brian. *Democracy and distrust after twenty years: ely's process theory and constitutional law from 1990 to 2000*. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- BURT, Robert A. *The constitution in conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: A RECONSTRUÇÃO democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Tomando los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- HÄBERLE, Peter. Grundrecht im Leistungsstaat. *VVDSTRL*, n. 30, 1972.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde — por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. v. 6.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Estado, Sociedade e administração pública: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SANDULLI, Armando Mantinni. *Stato di diritto e Stato sociale*. Napoli: Giappichelli, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reivindicar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado (Org.) *Os sentidos da democracia*. Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Os alimentos no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 16, jan./mar. 2003.

SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SPENGLER, Marion. Fabiana. *Alimentos — da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, C.; HOLMES, S. *The cost of rights: why liberties depends on taxes*. New York: Macmilann, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e 'execução indireta' — a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 92, n. 3, p. 37-51, out./dez. 1998.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *Leggere la Costituzione*. Roma: Il Mulino, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized*. New York: Verso, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.