

HERMENÊUTICA E A (NÃO) OBSERVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA SUBSIDIARIEDADE NAS DEMANDAS JUDICIAIS DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DESCOMPASSOS DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E EMPECILHOS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS

*HERMENEUTICS AND THE CONSTITUTIONAL (NON)OBSERVANCE OF SUBSIDIARITY
IN COURT DEMANDS IN PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: THE IMBALANCE OF INTERPRE-
TATION OF THE CONSTITUTION AND OBSTACLES TO LOCAL PUBLIC POLICIES*

*LA HERMENÉUTICA Y LA (NO) OBSERVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA SUBSIDIARIE-
DAD EN LAS DEMANDAS JUDICIALES DE LA SALUD PÚBLICA EN BRASIL:
DESACUERDOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y OBSTÁCULOS A LAS
POLÍTICAS PÚBLICAS LOCALES*

Felipe da Veiga Dias

Ricardo Hermany

Resumo: A presente pesquisa tem como tema a hermenêutica filosófica e a compreensão sistemática da Constituição, em especial do princípio da subsidiariedade. Essa base é detalhada com a visão cooperativa de federação e integradora entre sociedade e Estado, para com isso alcançar o tema da saúde pública nas decisões judiciais e nas políticas públicas que afetam o plano local. Portanto, tem-se como problema perceber se há ou não, segundo a hermenêutica (conjugando interpretação e aplicação), adoção da subsidiariedade nas demandas da saúde pública, resguardando a preferência da esfera local para concretização de direitos e políticas públicas. Não obstante, tendo em vista a impossibilidade de análise geral da jurisprudência nacional, ateu-se aqui nas demandas do Supremo Tribunal Federal, como lócus de apreciação para a crítica teórica disposta nos dois primeiros itens, bem como a responder ao questionamento da pesquisa sem, contudo, pretender esgotar a temática, embora tenha restado deste estudo a constatação de que ainda se utiliza um modelo positivista de interpretação, já que se segmenta interpretação e aplicação, desguarnecendo tanto o direito à saúde, quanto a óptica do poder municipal. Por fim, deve-se aludir que foram utilizados como método de abordagem o dedutivo, de procedimento monográfico e técnica de pesquisa a bibliografia indireta.

Palavras-chave: Hermenêutica. Subsidiariedade. Saúde. Direitos Sociais. Políticas Públicas.

Abstract: This research addresses philosophical hermeneutics and systematic understanding of the Constitution, in particular, the principle of subsidiarity. This basis uses the cooperative vision of federation and the integrative vision between society and state, in order to reach the theme of public health in judicial decisions and public policies that affect the local level. It is as a problem to perceive whether or not, according to hermeneutics (combining interpretation and application) the adoption of subsidiarity in the demands of public health, safeguarding the preference of the local sphere for the realization of rights and public policies. Nevertheless, in view of the impossibility of general analysis of national case law, this work focuses on the demands of the Brazilian Supreme Court, as the locus of appreciation for the critical theory set out in the first two

items, as well as answering the research question, though without intending to exhaust the subject, although it has remained from this study the observation that a positivist model of interpretation is still used, since interpretation and application are segmented, resulting in a lack of protection of both the right to health, and the optic of municipal power. Finally, we should also mention that the techniques of monograph research, and an indirect literature review were used as methods of deductive approach.

Keywords: Hermeneutic. Subsidiarity. Health. Social Rights. Public Policy.

Resumen: La presente investigación tiene como tema la hermenéutica filosófica y la comprensión sistemática de la Constitución, en especial el principio de la subsidiariedad. Esa base se ve detallada en la visión cooperativa de federación e integradora entre sociedad y Estado, para alcanzar con eso el tema de la salud pública en las decisiones judiciales y en las políticas públicas que afectan el nivel local. Por lo tanto, se plantea el problema de percibir si hay o no hay, según la hermenéutica (conjugando interpretación y aplicación), una adopción de la subsidiariedad en las demandas de la salud pública, resguardando la preferencia de la esfera local para la concreción de derechos y políticas públicas. No obstante, tomando en cuenta la imposibilidad del análisis general de la jurisprudencia nacional, se atuvo aquí a las demandas del Supremo Tribunal Federal, como locus de apreciación para la crítica teórica dispuesta en los dos primeros ítems, así como a responder al cuestionamiento de la investigación, aunque sin pretender agotar la temática, aun cuando de este estudio restó la constatación de que todavía se utiliza un modelo positivista de interpretación, ya que se segmenta interpretación y aplicación, desgarneciendo tanto el derecho a la salud como el punto de vista del poder municipal. Por último, se debe mencionar que se utilizó como método de abordaje el deductivo, de procedimiento monográfico, y como técnica de investigación la bibliografía indirecta.

Palabras clave: Hermenéutica. Subsidiariedad. Salud. Derechos Sociales. Políticas Públicas.

O estudo ora proposto parte do tema da hermenêutica (filosófica) e da compreensão sistemática de elementos constitucionais, tendo especificado seu aporte na apreciação da subsidiariedade como elemento de interconexão do Estado e da sociedade em uma visão cooperativa, na federação e na própria sociedade, de modo a premiar o plano local para participação nas demandas da saúde pública. Deste modo, o questionamento na pesquisa centra-se na crítica hermenêutica à observância ou não destes suportes constitucionais, os quais são enfatizados tanto pelo plano descentralizador do poder federativo, quanto da própria especificidade operativa do direito à saúde, mas que nem sempre encontram guarida nas decisões jurisdicionais.

Com fulcro em tais bases teóricas, estrutura-se um mecanismo combinado entre o aprofundamento dos conteúdos da hermenêutica e da subsidiariedade, frisando-se que o prisma de observação da primeira não resta tolhido pela segunda, tão somente busca-se que esta última esteja abarcada pela visão ampla e inclusiva da Constituição e da realidade social pátria.

Portanto, é imperioso ao pensamento a ser veiculado não apenas a conexão entre os dois pontos citados, mas também a sua demonstração crítica *in concreto* a qual se perfectibiliza na análise jurisprudencial, seguindo ainda um ideal de especificidade de pesquisa, reduzindo o espectro ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, não se está a produzir aqui ditames de verdade, e sim demonstrar apenas os riscos da manutenção de um pensamento hermenêutico positivista

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da CAPES (nº 12333/13-1) - Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito (PUC/RS). Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (GRUPECA/UNISC). Participante do projeto de pesquisa "A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes e as políticas públicas: a imperiosa análise do problema para o estabelecimento de parâmetros de reestruturação do combate às violações aos direitos infanto-juvenis" (CNPq). Advogado – felipevdias@gmail.com.

2 Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil – hermany@unisc.br.

para a concretização de rumos inter-relacionados de poder local, políticas públicas e, por conseguinte, de efetivação de direitos fundamentais, como à saúde.

Destarte, cabe menção à metodologia utilizada para o trabalho, de maneira que o método de abordagem adotado foi o dedutivo, haja vista partir de considerações gerais até atingir um ponto específico, bem como foram utilizados os métodos de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa de documentação indireta, com destaque para fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CONTRAPOSIÇÃO AOS “MODELOS” DE SEGMENTAÇÃO DA DECISÃO

A presente pesquisa parte do estudo da hermenêutica como forma de modificação da observação do mundo, bem como se apresenta de maneira a conduzir a superação do paradigma interpretativo do direito contemporâneo oriundo do positivismo, e este último não se encontra delimitado em sua primeira fase exegética³ (pautado pela subsunção – embora ainda existam defesas desta forma de solução para determinadas contendas jurídicas), e sim no segundo momento teórico normativista kelseniano, o qual se entrincheira na discricionariedade como plano de fuga ao problema da aplicação.

Essa postura interpretativa expõe a superação da primeira fase do positivismo pelo próprio Kelsen⁴, ao mesmo tempo em que deixa evidente o seu apego pelas dimensões semânticas e sintáticas, relegando a pragmática um papel subalterno e deste modo utilizando a discricionariedade como alternativa⁵. Apesar dos conhecidos prejuízos desta postura, geralmente associados ao período da segunda guerra mundial e da sua fundamentação positivista, resiste no seio interpretativo do direito o uso deste “método” de decisão (entendido por muitos a própria hermenêutica como mera técnica ou método – demonstrando a ausência de aprofundamento de determinados “estudiosos” do direito na seara interpretativa,

3 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 63 – 64.

4 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

5 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

já que a hermenêutica, como matriz teórica, é uma forma de acesso ao mundo).

Neste norte, a crítica ora iniciada tem sua estranheza radicada no próprio panorama de um pós-positivismo (nas linhas traçadas por autores como Luis Roberto Barroso⁶), o qual, frisa-se, ainda contém marcas de um paradigma anterior, arraigado na filosofia da consciência, promotor da discricionariedade (ao menos da forma relatada), diferentemente da visão partilhada por Lenio Luiz Streck, de que esse novo período não é um mero ajuste no antigo perfil, mas sim deve ser entendido no contexto do “Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissário e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que aqui denomino de Constitucionalismo Contemporâneo”⁷.

Assim, com base em um pós-positivismo que altera substancialmente o direito, não se pode aceitar chagas positivistas como o decisionismo supramencionado, portanto, torna-se inestimável a adoção da valiosa revolução hermenêutica (giro linguístico hermenêutico ontológico), de base filosófica, elevando a importância da linguagem e da interpretação.

Com fulcro em tal matriz teórica, alguns pontos desta visão precisarão ser clarificados, como a priori carece-se ter em mente que a interpretação do indivíduo é fundada em uma pré-compreensão, sendo esta inerente a sua condição humana, já que “é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”⁸, o que leva ao encontro de que somente por meio da interpretação se torna viável alcançar a compreensão (esclarecimento da pré-compreensão).

Ademais, Martin Heidegger põe em destaque a linguagem “como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos”⁹, ao mesmo tempo em que coloca em xeque um dos dogmas positivistas, a verdade, visto que insere o elemento temporal na

6 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26 – 27.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

8 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 212.

9 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 193.

visão hermenêutica. Não obstante, ainda sobre o autor aludido, segundo fontes como Jean Grondin¹⁰ e Hans-Georg Gadamer¹¹, formata-se o círculo hermenêutico em que toda interpretação acaba por envolver uma pré-compreensão, não perdendo a cientificidade da interpretação com meras intuições.

O pensamento externado até o momento embasa-se na fenomenologia, seguindo a noção de que a “fenomenologia da presença é hermenêutica no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar”¹², fato este elementar para a chamada ontologia, a qual “tem o significado de universal, porque cada processo elucidativo de compreensão” é precedido de “uma pré-compreensão (historicidade) e tal situação concreta alastra-se a todos os homens”¹³. Dessa forma, vislumbrar o giro hermenêutico ontológico toma forma ao perceber-se a combinação interpretação/aplicação (ato uno) pelo aporte fenomenológico e ao mesmo tempo a continuidade ontológica do círculo.

Em síntese, “interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica”. Com efeito, não mais se interpreta para compreender, e sim se compreende para interpretar, de modo que a hermenêutica não é reprodutiva, mas produtiva e, assim, “a relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico”.¹⁴

Portanto, ao defender-se a ideia de que para o pós-positivismo necessita-se de uma nova perspectiva hermenêutica, impõe-se, por conseguinte, abandonar a visão positivista (isso inclui as teorias metafísicas e da consciência)¹⁵. Posto isto, tornar-se imperioso romper com questões como a dicotomia sujeito-objeto, vislumbrando a preexistência dessa relação, e não mais entendendo a linguagem como um terceiro elemento entre estes dois. Essa postura denota a valorização da linguagem, com fulcro nos ideais “gadamerianos da pré-compreensão e

10 GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 186.

11 GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 355.

12 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 77.

13 DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos de personalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 4, 2012. p. 67.

14 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 75.

15 STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 24.

interpretação do próprio mundo, que além dessa contribuição aduz pensamentos valiosos sobre a tradição (transmissão da pré-compreensão) e conversação para realização da linguagem”¹⁶.

Percebe-se com esta última alusão que o prisma ora defendido terá adiante conexão em componentes como o diálogo, já que as noções de subsidiariedade e empoderamento local (juntamente com a cooperação dos entes da federação) visam exatamente a um perfil interconectado entre (o próprio) Estado e sociedade, obviamente facilitado pela proximidade fática, sem, contudo, esquecer a crítica à interpretação distante dos panoramas hermenêuticos aqui frisados.

Ademais, a reflexão sobre hermenêutica ainda precisa de mais algumas observações, tais como, embora as ações realizadas pelo intérprete se encontrem em uma esfera interna, este não pode simplesmente ignorar a realidade social ou o texto constitucional para fazer a interpretação de determinada situação jurídica¹⁷, de modo a refutar-se qualquer aceção a um juízo decisório solipsista. Isso aponta que, por mais aberta que possa ser defendida a interpretação¹⁸, tal postura não pode significar dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, sob pena de uma incongruência hermenêutica que retornaria a um pensamento segmentado entre teoria e prática.

No sentido de esclarecer a relevância da posição hermenêutica e da visão unificada de interpretação e aplicação para o rompimento com o pensamento positivista, utiliza-se dos ensinamentos de Lenio Luiz Streck, o qual complementa tal abordagem com a crítica às teorias discursivas que dizem os magistrados “utilizar” em seus julgados (como as teorias habermasiana, analíticas, argumentativas ou de “ponderação”, isso quando estas não aparecem de forma conjugada, em clara demonstração de desconhecimento teórico dos autores).

16 DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos de personalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. p. 68. Cita-se parte da obra do autor em exposição. GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. p. 502 – 503.

17 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 260.

18 A obra de Häberle fala sobre uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 43.

É preciso compreender que nos movemos numa impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), isto é, movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação. É neste ponto que se dá o embate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas. Objetivamente, não conseguimos atingir um saber que possa abranger todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez. Em outras palavras, a objetividade conteria as hipóteses aplicativas, em que o texto conteria a norma, ou, melhor ainda, o texto (a regra) conteria todas as normas (hipóteses de aplicação) possíveis.

[...]

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo, evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas¹⁹.

Dito isso, apesar de o autor entender que a superação do paradigma da subjetividade leva a não mais cindir interpretação e aplicação, como algo mais simples, nem ao menos esta etapa é materializada no pensamento hermenêutico nacional, quanto mais vencer o segundo problema metodológico, dito como mais difícil, “isto é, como evitar decisionismos, ativismos etc. e alcançar uma resposta correta em cada caso. Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois”²⁰.

Enfatizar o problema contido neste aspecto de separação entre interpretação e aplicação é importante pela sua manutenção na jurisprudência nacional, sendo que, apesar dos diversos avanços nas teorias constitucionais no Brasil, os resquícios do positivismo permanecem prejudicando o potencial hermenêutico da Constituição brasileira, conforme frisa Fabiana Marion Spengler ao mencionar a baixa compreensão constitucional que barra a interpretação (ausência ou deficiência de pré-compreensão que afeta diretamente a interpretação/aplicação do direito)²¹.

19 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 69.

20 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 69.

21 SPENGLER, Fabiana Marion. A constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana

Diante do exposto, aduz-se a necessidade de uma reflexão aprofundada desta nova circularidade filosófica da hermenêutica²², para com isso alcançar todo o potencial constitucional e ao mesmo tempo superar os paradigmas interpretativos do positivismo, conjugando teoria e prática em uma ação una, de modo que os princípios como a subsidiariedade e a cooperação do federalismo não sejam ignorados na observação sistemática da sociedade brasileira e, mais especialmente, na interpretação/aplicação dos direitos fundamentais (como à saúde) no plano local.

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO FUNDAMENTO DE OBSERVAÇÃO NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Determinada a hermenêutica como base da reflexão, torna-se viável a apreciação do princípio da subsidiariedade, já que com tal aporte teórico faz-se imperiosa a observação sistemática do direito, de maneira a interconectar a vasta gama de componentes constitucionais e da realidade social brasileira. Isso aponta para uma visão do federalismo orientado pelo princípio supramencionado (mas não de forma exclusiva ou unívoca), ao mesmo tempo em que tal visão deve ofertar não apenas uma aproximação entre os entes sociais, mas também melhores condições de efetividade dos direitos fundamentais.

Com fulcro em tais bases de interpretação, impõe-se a explanação sobre o princípio da subsidiariedade, o qual incita uma primeira abordagem terminológica, visto que pode apresentar sentidos diferentes. Duas acepções são contumazes no sentido de secundária e supletiva (complementaridade e suplementaridade)²³, sendo que ambas denotam aspectos intrínsecos à subsidiariedade, porém não abrangem a totalidade de significados (como a óptica de reforço e integração)²⁴ e as aplicações do referido princípio.

L. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 234.

22 STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre "ser e tempo"**. p. 55.

23 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 24.

24 HERMANY, Ricardo. **Município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012. p. 25.

A abordagem inicial da própria terminologia já apresenta a densificação contida no estudo da subsidiariedade. Todavia, é viável transpor uma concepção geral na direção de que este princípio visa permitir uma atuação ou exercício do poder por autoridades mais próximas “do destinatário da decisão, ora por outra autoridade que embora mais longínqua, é aquela que está apta pela natureza e amplitude da tarefa, a realizá-la mais eficaz e economicamente”²⁵. Essa ideia reflete a formatação basilar do princípio, indicando que há prioridade no modelo de aproximação entre Estado e cidadão na esfera mais próxima de decisão deste último, bem como deixa aberta a rearticulação a um eixo central e, por conseguinte, mais distante, para situações específicas, nas quais os requisitos da eficácia e da economicidade estejam mais bem atendidos para o cidadão.

A margem de retorno a uma órbita central deixada no raciocínio da subsidiariedade é proposital, pois visa deixar abertura tanto para questões macroestruturais que demandem um aparato mais amplo, quanto para impedir a formação de oligarquias locais, as quais apresentariam uma fissura antidemocrática no pensamento democrático descentralizado.

Neste norte, as linhas gerais indicam com facilidade os rumos do federalismo como uma “transplantação da tripartição de poderes, do plano horizontal para o plano geográfico, o que torna o Estado federal uma expressão da ‘divisão vertical’ de poderes”²⁶. Ademais, a abordagem em tela se debruça especialmente sobre a vertente vertical da subsidiariedade (sem com isso retirar a valia do debate horizontal), haja vista que esta proporciona o incremento das competências locais²⁷, mas requisitando, para tanto, condições mínimas (sob o viés especialmente financeiro) para execução de políticas concretizadoras de direitos fundamentais.

Outrossim, cabe aludir que a premiação de uma proposta local nas vias do federalismo conduz “à preservação das individualidades, dentro dos vários

25 MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 445.

26 KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2008. p. 41.

27 HERMANY, Ricardo. **Município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. p. 23.

agrupamentos sociais”²⁸, fato esse relevante quando se enquadra o princípio em um sistema democrático e pluralizado.

Posto isso, a linha de pensamento na direção do caráter essencial da subsidiariedade no atual perfil constitucional é referendado, seja pela previsão expressa do modelo federativo (artigo 1º da Constituição de 1988)²⁹, ou por ser uma abstração implícita desse mandamento, o que em nada reduz o seu potencial efetivo no ordenamento jurídico³⁰. Junto a tais requisitos normativos, aduz-se ainda o reforço doutrinário apresentando as noções da autonomia³¹ e da democracia local³² como imprescindíveis ao atual modelo constitucional, já que tal perspectiva visa não apenas aos critérios de resultados/eficácia na materialização dos ditames constitucionais (como as políticas de efetivação de direitos fundamentais), mas igualmente objetiva o próprio empoderamento³³ do cidadão como membro atuante na construção social.

Destarte, munido dos componentes normativos e teóricos, percebe-se a complexidade da subsidiariedade como prisma interpretativo na atual sistemática constitucional, formatando conceituações como a do poder local, entendido com base na óptica descentralizada, salientando “a existência, ao nível das comunidades locais, de um poder que se afirma e limita o poder central, chamando a atenção para outros centros de poder a nível territorial”³⁴. Demonstra-se com isso que a subsidiariedade serve a múltiplos ensejos, inclusive como contenção ao poder estatal e re-articulador dos entes federativos.

28 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. p. 46.

29 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. p. 31.

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. vol. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 715.

32 OLIVEIRA, António Cândido de. **A democracia local (aspectos jurídicos)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 14.

33 HERMANY, Ricardo; BENKENSTEIN, Jeanine Cristiane; SODER, Rodrigo Magnos. O empoderamento social e o poder local como instrumentalizadores na formulação democrática de políticas públicas municipais. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. **Espaço local, cidadania e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010. p. 237.

34 OLIVEIRA, António Cândido de. **A democracia local (aspectos jurídicos)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 18 – 19.

Contudo, a leitura brasileira deste princípio parece ser superficial e de pouca atenção, tendo em vista a sua parca efetivação ou mesmo funcionalização. Demonstram com facilidade as dificuldades na articulação federativa nacional os empecilhos opostos ao poder local, em especial quanto ao financiamento necessário à concretização de direitos fundamentais por meio das políticas públicas, constituindo elemento de incongruência na descentralização vertical de poder (impedimento à autonomia financeira como requisito constitucional básico)³⁵.

Essa sentença não significa que inexistam limites à visão local, por óbvio que há um determinado alcance tributário no texto constitucional e isso é inerente a uma estruturação dos entes federativos³⁶. Entretanto, atualmente no Brasil o problema está centrado na ausência de um equilíbrio financeiro entre os entes federativos, sendo que este é componente nuclear de uma visão democrático-constitucional de poder local.

Portanto, ao projetar-se a subsidiariedade inserida no prisma do constitucionalismo brasileiro, entende-se a necessidade da autonomia financeira ou ao menos de condições mínimas de acesso a recursos financeiros, seguindo o panorama de cooperação entre os entes federativos, para com isso produzir uma coerente descentralização na direção do empoderamento do cidadão, e não uma singela desconcentração de poder, a qual se apresenta incompatível com as bases hermenêuticas do texto constitucional³⁷.

A crítica pontual ao viés brasileiro é verificável em outras características, como, por exemplo, a dependência do poder central no atual modelo federativo³⁸, sendo que essa postura pode ser considerada equivocada no tocante ao respeito às peculiaridades das comunidades locais. Dito isso, refuta-se uma vinculação de dependência³⁹ entre os componentes da federação, seja pela ofensa à

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. p. 729.

36 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. p. 20.

37 HERMANY, Ricardo. **Município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. p. 85 – 86.

38 NABAIS, José Casalta. **A autonomia financeira das autarquias locais**. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 79 e ss.

39 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 451. E em sentido semelhante NABAIS, José Casalta. **A**

subsidiariedade (pressupondo o elemento da autonomia) ou mesmo à visão sistemática dos aportes constitucionais.

Assim, tendo como prisma de observação a subsidiariedade, encontram-se focos de crítica na compreensão nacional, a qual enfrenta dificuldades na percepção do Município como “forma de integração intermediária entre o indivíduo e o Estado”⁴⁰. Ademais, alude-se também à existência de propostas diferenciadas como a de Andreas Krell, indicando que o constituinte brasileiro adotou um modelo federativo cooperativo (utilizando, como base, inclusive, normas constitucionais como o artigo 23 e o artigo 241, da Constituição), objetivando o incremento colaborativo de União, estados e municípios, por meio “da coordenação no exercício das diferentes tarefas e da compensação de receitas financeiras”⁴¹.

Ademais, seguindo a lógica estruturada pelo autor supramencionado, deveria ser adotado no Brasil com maior empenho, além dos elementos já aludidos como a subsidiariedade a ideia da solidariedade funcional “e estabelecer um equilíbrio dinâmico, cuja consequência poderia ser até uma” retirada da estrita divisão de competências, a fim de possibilitar realmente o federalismo cooperativo⁴². Concepções como esta visam exatamente suprir a necessidade complexa do federalismo nacional, conforme prelecionam as palavras de Andreas Krell, após relatar as dificuldades regionais encontradas no país, como mais um fator a impulsionar um novo pensamento federativo (e ao juízo desse estudo deveria estar incorporado na interpretação sistemática constitucional).

Tudo isso leva à crescente interdependência dos diferentes entes, que só podem atuar em cooperação, na base de coordenação de acordos mútuos e equilíbrio de interesses. Ao mesmo tempo, cresce a “contratualização” dessas tarefas públicas, isto é, o uso de procedimentos convencionais para o seu cumprimento. Destarte, a tradicional concepção da autonomia local como “bloco de competências” está sendo superada, o que faz com que o exercício autônomo de funções tornou-se quase uma exceção. Além disso, está em curso a

autonomia financeira das autarquias locais. Coimbra: Editora Almedina, 2007. p. 29

40 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. p. 51.

41 KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa.** p. 49.

42 KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa.** p. 49 – 50.

transformação dos próprios efeitos dessa autonomia: a execução própria do serviço pelo ente local cede lugar e é compensada por sua participação ativa na tomada das decisões sobre a implementação das respectivas políticas em nível superior⁴³.

Desta forma, aloca-se o presente estudo em filiação à óptica supramencionada (composta por elementos como a subsidiariedade e o federalismo cooperativo), já que a análise hermenêutica busca a integração sistemática e não apartada do mundo. Nesse sentido, podem-se imputar alguns dos problemas de compreensão do presente tema e, conseqüentemente, a sua inefetividade na órbita jurídica a uma baixa compreensão constitucional⁴⁴, consolidando um perfil de não interação entre os panoramas teóricos e práticos, ou seja, perpetua-se um ideal de segmentação entre interpretação e aplicação, seja para os direitos fundamentais sociais (como a situação da saúde deixará claro posteriormente) ou para própria interpretação do direito.

O posicionamento ora defendido a partir das bases hermenêuticas é reforçado pela necessidade de combater propostas ainda arraigadas no panorama positivista de interpretação, conforme aduz Ricardo Hermany, ao comentar a propositura de listas positivadoras, a fim de suprir a indeterminação do princípio da subsidiariedade (ao mesmo tempo em que tentariam aprisionar todo o sentido desse componente jurídico-constitucional)⁴⁵.

Diante do exposto, a defesa de modificações no plano do federalismo brasileiro, recrudescendo o poder local, guarda vínculos com questões fenomenológicas,

43 KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. p. 56.

44 Acerca dos problemas para interpretação da baixa compreensão constitucional aduz-se a visão de SPENGLER. Fabiana Marion. A constituição e a compreensão hermenêutica da sua (in)efetividade e do seu constituir. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. **Olhares hermenêuticos sobre o direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. p. 234. "Aqui entra a importância da historicidade do jurista que, a partir de sua pré-compreensão, interpreta o texto e o aplica. Nem todos, porém, senão poucos juristas, têm consciência exata do papel que desempenham. Os magistrados, por exemplo, ao julgar, escondem-se sob o texto exato da lei, ou seja, o texto na sua textitude e, deixando de interpretá-lo, agem como máquinas, às quais o caso concreto é exposto e, depois de processado, recebe a resposta exata, embasada na norma legal, sem qualquer interpretação da mesma. Diante de tais fatos, John Merryman acrescenta a acomodação e a incapacidade de criação dos juízes que, ao aplicar a lei, partindo de uma baixa compreensão, sem interpretá-la, tornam-se irresponsáveis".

45 HERMANY, Ricardo. **Município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. p. 37.

como no caso do desequilíbrio financeiro que mina as políticas públicas de materializarem direitos fundamentais, juntamente com a problemática teórica da subsidiariedade, a qual tem em sua própria reflexão uma proposta de interpretação casada diretamente com a aplicação (fenômeno uno) – federalismo cooperativo –, haja vista que a reorganização de competências⁴⁶ perpassa a realidade na qual se inserem os componentes constitucionais (deixando margem para casos de necessidade de atuação do poder central – em nome da eficácia e economicidade).

Todavia, o enfoque proposto merece uma exposição pontual, a fim de expor o raciocínio ora arquitetado, motivo pelo qual se opta, na próxima etapa deste estudo, por apreciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que tange às decisões atinentes ao direito à saúde, denotando a tendência de fragilidade na apreciação da subsidiariedade e da cooperação federativa como paradigmas hermenêuticos na sistematicidade constitucional brasileira.

ANÁLISE HERMENÊUTICA DAS DECISÕES DA SAÚDE PÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SEGMENTANDO INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO EM PREJUÍZO DO PODER LOCAL

A partir deste espaço de análise, alicerçado nos fundamentos da hermenêutica, juntamente com o princípio da subsidiariedade, incluído na complexidade constitucional, passa-se à apreciação da saúde com fulcro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Todavia, alguns pontos merecem detalhamento, em relação aos direitos sociais e, mais propriamente, à saúde, antes de debruçar-se sobre o aspecto fenomenológico judicial da questão.

Primeiramente, merece menção a noção de direito social que orienta o perfil deste estudo hermenêutico e sistemático constitucional, alinhada à visão de direito social condensado (Gurvitch), haja vista que formata uma noção de direito com base na integração das ópticas normativa e social, valorizando componentes jurídicos constitucionais e ao mesmo tempo a realidade democrática na qual se

46 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 458.

encontram inseridas tais garantias⁴⁷. Com base nesta visão, “abre-se a possibilidade de a normatividade traduzir-se em formas alheias ao poder legislativo ou ao menos estar mais legitimada por corresponder aos anseios da sociedade”⁴⁸.

Essa forma de compreender os direitos sociais (além de afastar-se do ideal positivista)⁴⁹ coaduna com o prisma hermenêutico ofertado à pesquisa, visto que conjuga dois elementos primordiais da interpretação do direito nacional, a Constituição, em todo seu aporte ético-jurídico, e a Realidade social, como panorama pragmático, denotando a indissociável relação entre interpretação e aplicação em um momento unificado e indissociável.

Igualmente, deve-se enfatizar a densidade das discussões sobre os direitos sociais, as quais encontram temas desde a sua origem (geralmente associada ao Estado social, porém existem fontes que remontam o debate ao marco individualista liberal em antagonismo com tais direitos)⁵⁰, até o reconhecimento de sua aplicabilidade, seja como direito humano ou fundamental (sendo tal distinção outra nuance pouco relevante sob o ponto de vista da proteção do ser humano)⁵¹.

Contudo, inexistente aqui espaço para abordagem da infinidade de tópicos polêmicos sobre o assunto, de modo que o direcionamento das facetas aplacadas diz respeito a elementos costumeiramente associados ao tema do direito à saúde. Portanto, importante aludir a força da lógica liberal-individualista como um componente de dificuldade no reconhecimento dos direitos sociais, apresentando-se de forma relevante, já que traz luz às barreiras opostas ao reconhecimento

47 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 64.

48 HERMANY, Ricardo. **(Re)discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 30.

49 HERMANY, Ricardo. **(Re)discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. p. 45.

50 MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A idéia de direito social**: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. p. 30.

51 Nesse sentido, pode-se colacionar o posicionamento costumeiro da obra de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29. Em um sentido reflexivo se posta também a abordagem de Barreto, na direção do questionamento da abordagem distintiva básica entre direitos humanos e fundamentais. BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

igualitário dos direitos individuais e sociais⁵².

Outrossim, percebe-se a potencialidade da chamada teoria do custo dos direitos⁵³ de maneira a expurgar a distinção entre “tipos” de direitos humanos e fundamentais, sejam eles de primeira ou segunda dimensão, determinando que todos eles apresentam ônus ao Estado, bem como exigem um caráter prestacional. Neste norte, aprofundam tal abordagem Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Clarissa Hennig Leal:

Relativamente ao caráter prestacional dos direitos sociais, Sanchís registra algumas advertências, tais como a de que (a) nem sempre os direitos genericamente considerados sociais exigirão uma prestação em sentido estrito (por exemplo, direito de greve e de liberdade sindical), ao mesmo tempo em que, (b) quando se refere direitos prestacionais em sentido estrito, quer-se indicar bens e serviços economicamente avaliáveis; do contrário, isso é, se aí se inserissem também a defesa jurídica ou a proteção administrativa, todos os direitos fundamentais mereceriam a qualificação de prestacionais, posto que, ainda que em graus diferenciados, todos exigem uma organização estatal que lhes permita o exercício. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais, sejam sociais ou não, necessitam de uma prestação estatal em sentido amplo⁵⁴.

Posto isso, afasta-se completamente qualquer distinção entre estes direitos fundamentais⁵⁵, bem como se impede a associação a uma ideia exclusivamente de norma programática por parte dos direitos sociais. Ademais, embora se refute a ligação necessária entre o caráter programático e os direitos sociais, conforme demonstra a profundidade da reflexão realizada por José Joaquim Gomes Canotilho, este mesmo autor deixa claro a impossibilidade fática inerente à universalização automática de alguns direitos fundamentais⁵⁶.

52 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 Jun 2010. p. 2.

53 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Macmilann, 2004.

54 GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação de poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Ano XXXIX, n. 126, Porto Alegre: AJURIS, 2012. p. 240. No sentido original SANCHÍS, Luis Pietro. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del centro de estudios constitucionales**. Nº 22, 1995. p. 15.

55 QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Jurúa, 2011. p. 64.

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários**

Assim, o alerta supramencionado reverbera no entrave doutrinário, em especial quando se aponta para o tema da saúde, entre as concepções de mínimo existencial (aqui não em sentido de direito mínimo, e sim de condições dignas de vida humana) e de reserva do possível, admitindo a impossibilidade de um raciocínio apartado entre interpretação e concretização do direito⁵⁷, embora seja importante veicular que, com base na reflexão hermenêutica, autores como Lenio Luiz Streck demonstram o quão frágil é a alusão à chamada reserva do possível⁵⁸. No entanto, aqui não se tenta afirmar um posicionamento positivo ou negativo, tão somente se busca demonstrar a complexidade dos direitos sociais, como no caso da saúde, atentando aos elementos primordiais de apreciação, integrando teoria e prática em um só ato interpretativo.

Dito isso, levando-se em conta todas as faces aludidas para a discussão, adicionam-se ainda as linhas basilares da saúde, como, por exemplo, a sua previsão expressa do texto constitucional brasileiro (artigos 6º e 196), bem como a sua ideia moderna e reconhecida internacionalmente na direção do bem-estar do ser humano (físico, mental e social) e não apenas a ausência de doença.

Ademais, necessário referir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal à seara da saúde, no tocante ao seu reconhecimento como direito subjetivo tanto no sentido coletivo quanto individual, não vislumbrando no reconhecimento desta segunda vertente um prejuízo à observação macro do direito fundamental⁵⁹. Por óbvio o posicionamento da corte nacional objetiva salvaguardar o pleito singular do ser humano, ao mesmo tempo em que pretende demonstrar o peso e a valia das ações amplas de materialização da Constituição, o que ocorre na área da saúde (igualmente a diversas outras) por meio das políticas públicas⁶⁰.

dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116 – 118.

57 GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação de poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. p. 247.

58 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 200 – 201.

59 GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação de poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. p. 246.

60 OLIVEIRA, Margere Rosa de; SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da. Direito fundamental à saúde e a internação hospitalar na modalidade “diferença de classe” nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY,

Esse último ensejo apresenta um ponto fulcral de conexão dos temas em apreço, já que liga as ideias da saúde e das políticas públicas, as quais estão orientadas pela subsidiariedade, juntamente aos demais substratos constitucionais, mas sempre rumando ao empoderamento local dos cidadãos, conforme preleciona a própria óptica de descentralização do Serviço Único de Saúde (SUS)⁶¹.

Destarte, ao adentrar na temática da saúde, superando os pontos críticos iniciais, apresenta-se uma lógica de reforço do pensamento da subsidiariedade (inclusive pelo próprio sistema de saúde), intimamente combinado com a hermenêutica e sua exigência de adoção da interpretação/aplicação como ato uno na reflexão jurídica. Entretanto, cabe verificar se jurisprudencialmente o Supremo Tribunal Federal comunga desta visão, de maneira a respeitar o poder municipal, viabilizando a concretização constitucional do direito social à saúde e preservando os requisitos financeiros mínimos para manutenção da higidez das políticas públicas.

A partir dessa incumbência aduz-se que a posição do Supremo Tribunal Federal indica, a partir do ano de 1999, o ideal de garantir judicialmente o direito à saúde, ao mesmo tempo em que implica na responsabilidade solidária dos entes federativos, expondo o reconhecimento constitucional dos parâmetros da subsidiariedade e do modelo federativo para consolidação desse direito social⁶². Ainda na continuidade da linha de pensamento recém mencionada, as decisões monocráticas nas Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178, as quais aplicavam o raciocínio a partir da audiência pública de 2009, delimitaram novos critérios às decisões judiciais aplicadas à saúde no Brasil, como forma de “racionalizar” as demandas, já que muitas vezes o Estado não se encontrava omissivo em sua responsabilidade prestacional, e sim havia a peculiaridade das situações em concreto⁶³.

Ricardo. **Espaço local, cidadania e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010. p. 25

61 OLIVEIRA, Margere Rosa de; SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da. Direito fundamental à saúde e a internação hospitalar na modalidade “diferença de classe” nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. **Espaço local, cidadania e políticas públicas**. p. 30.

62 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 635 – 636.

63 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal

Neste núcleo incipiente há aparentemente um alinhamento com os ditames hermenêuticos e principiológicos defendidos, porém existem ao menos duas fraturas na proposta ora defendida em relação ao posicionamento da Corte suprema: a) existe por parte das decisões deste período a fragmentação do raciocínio, com a criação de critérios que supostamente deveriam dar maior racionalidade às decisões, ao mesmo tempo em que se utiliza de forma subjetivista/discricionária a “ponderação” como ferramenta de solução dos conflitos de direitos fundamentais; b) bem como apesar do reconhecimento da obrigação solidária na prestação da saúde inexistente a condenação múltipla dos entes federativos, ou ao menos a determinação das quantias correspondentes a cada um deles, o que seria uma consolidação de equilíbrio dos entes da federação com fulcro nas suas respectivas arrecadações (respeito ao elemento financeiro do modelo descentralizado), demonstrando ainda que as decisões apartam a interpretação da aplicação do caso concreto, impedindo tanto a garantia do direito, quanto a manutenção das políticas públicas locais.

Assim, a verificação dos julgados mais recentes da referida Corte nacional (2012 – 2013), mais especificamente o Recurso Extraordinário 627411/SE, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 506302/RS, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550530/PR e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756149/RS, no tocante ao tema da saúde (no plano municipal – poder local), continuam a indicar ao menos o reconhecimento teórico da subsidiariedade (de forma implícita, já que inexistente menção ao princípio nas decisões) e dos ideais federativos de cooperação na prestação deste direito fundamental, apesar da alusão ao artigo 196 como norma programática⁶⁴. Esse último aspecto apresenta-

Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal**: balanço e crítica. p. 640 – 643.

64 Neste sentido encontram-se decisões como BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde e Município. Recurso Extraordinário 627411/SE, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Rosa Weber, Brasília, Julgado em 18 de setembro de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 de junho de 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde e Município. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 506302/RS, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Marco Aurélio, Brasília, Julgado em 07 de maio de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 de junho de 2013; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde e Município. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550530/PR, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Joaquim Barbosa, Brasília, Julgado em 26 de junho de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 de junho de 2013. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde e Município. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756149/RS, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator:

se como demonstrativo da contradição hermenêutica das decisões, já que entende uma distinção entre normas constitucionais, porém dá a esta norma, aparentemente menos concreta, a mesma interpretação/aplicação das demais.

Não obstante as nuances já clarificadas, afirma-se que os recentes julgados (oriundos dos anos de 2012 e 2013) reiteram os mesmos equívocos dos seus antecessores, indicando a segmentação entre aspectos teóricos e práticos, já que as sentenças não encontram no seu corpo a determinação de responsabilidade de cada ente federativo, o que acaba por gerar uma sobrecarga dos municípios, os quais são os mais atacados na execução dessas mesmas decisões. Outro fator significativo é a inexistência de menção aos supostos “critérios” oriundos das prolações anteriores (2009), pois se fosse o caso de uma análise analítica (a qual não se coaduna com a posição hermenêutica ora defendida), como parecia indicar a reflexão da audiência pública e as tantas alusões a ponderações, conforme adota de forma mesmo incorreta o Supremo Tribunal Federal, de modo a não compreender os estudos analíticos de Alexy⁶⁵, tal vertente deveria transparecer reiteradamente nas fundamentações, sejam dos votos ou dos acórdãos.

Apenas como adendo exemplificativo, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425/DF, a qual toca aos temas da saúde e da subsidiariedade, expõe alguns dos elementos de crítica à adoção equivocada ou insuficiente da visão analítica de Alexy nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Apresenta-se a noção de proporcionalidade ora como princípio e também como critério (nunca como máxima), geralmente associado à razoabilidade, não ocorrendo a explicação de se os termos são compreendidos como sinônimos ou de forma individualizada. Não obstante, a única menção à construção do autor alemão da proporcionalidade, fazendo uso de subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – para formação de uma (regra de) ponderação (sopesamento) nos termos da lei de colisão⁶⁶, ocorre da seguinte forma:

Dias Toffoli, Brasília, Julgado em 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 de março de 2015.

65 Neste sentido colaciona-se a obra de ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Bem como, importante frisar a crítica hermenêutica, em especial alusão de que mesmo sendo elaborado tantos critérios e fórmulas, ao final Alexy acaba por cair na armadilha da discricionariedade, sendo que tal abordagem é feita com maestria por STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

66 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 116 – 118.

[...] como ainda se contrapõe àquele traço ou àquela nota que, integrativa da proporcionalidade, demanda a observância obrigatória da exigibilidade/necessidade para a restrição de direito. Isso porque a Fazenda Pública dispõe de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não-tributários⁶⁷.

Essa demonstração apenas reforça a lógica que pauta a utilização jurisprudencial da proporcionalidade ou da ponderação como enunciados performativos⁶⁸, de modo a serem lançados nas decisões e funcionarem de maneira autoexplicativa, eximindo o julgador da fundamentação adequada, seja do ponto de vista analítico ou hermenêutico, conforme defendido neste estudo.

Diante do exposto, a análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal apresenta considerações problemáticas, haja vista que a aceitação aparente de determinados fundamentos constitucionais como a subsidiariedade e o federalismo (cooperação dos entes) escondem uma separação entre a interpretação e a aplicação dos casos em tela, motivo pelo qual tais decisões acabam por prejudicar de maneira ímpar a realidade municipal, em especial as políticas públicas municipais de saúde. Igualmente, resta evidente que esta “técnica” decisória desguarnece duplamente os interesses constitucionais, visto que a saúde é prejudicada no plano macro das políticas públicas e ao mesmo tempo no plano individual, ao não possuir a viabilidade executória/financeira suficiente no plano unicamente do município.

Portanto, impõe-se a necessária revisão do paradigma interpretativo da Corte suprema, de maneira a abandonar entendimentos discricionários (sejam positivistas ou analíticos), visando com isso guarnecer as bases constitucionais dos direitos fundamentais sociais, como a saúde, juntamente com a premiação do poder local (subsidiariedade), para com isso enfatizar não apenas uma visão coerente por parte do Judiciário, mas também denotar um prisma unificado (interpretação/aplicação) e sistemático do texto constitucional e da realidade brasileira, sempre na busca da proteção dos ideais da dignidade do ser humano esculpidos pela Constituição.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde, Município e Proporcionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4425/DF, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Luiz Fux, Brasília, Julgado em 14 de março de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 de março de 2015.

68 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? p. 49 – 50.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por respostas é um anseio humano e constante, seja no mundo jurídico ou em qualquer outro plano de pesquisa, mas quando se tem como base de reflexão a hermenêutica, pode-se realizar uma verdadeira transformação na observação do mundo. Essa afirmativa reproduz o impacto indagativo trazido com tal base teórica, visto que a partir dela compõe-se uma série de críticas ao pensamento positivista, juntamente com “novas” teorias, as quais fazem uso dos mesmos equívocos deste perfil anterior, ou seja, realizam a manutenção de ópticas subjetivistas/discricionárias e perpetuam uma continuidade de decisões judiciais que apartam teoria e prática.

Desta forma, a linha hermenêutica filosófica disposta tem exatamente o condão de opor-se a tais posturas, ao mesmo tempo em que integra a abertura necessária ao diálogo científico da complexidade que o texto constitucional exige e que a realidade social carece. Isso significa que com tal óptica torna-se possível a inclusão na sistematicidade constitucional do aporte da subsidiariedade, como forma de premiar os ideais federativos de cooperação ente os entes e de preferência pelo poder local como plano de interação privilegiado entre o Estado e a sociedade, sem, contudo, determinar este como o único viés teórico a determinar as ações, e sim como mais um elemento dentro da engenharia constitucional brasileira.

Assim, não obstante o fato de estes ditames defendidos funcionarem de forma combinada, seja na crítica interpretativa ou na facilitação do diálogo, deve-se ter em mente a preocupação com as políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais, como no caso específico da saúde. Essa visão tem suporte na análise jurisprudencial realizada a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal, de maneira a demonstrar não apenas uma crítica hermenêutica e de pseudo-adoção da subsidiariedade, mas de desguarnecimento tanto do plano municipal quanto do próprio direito à saúde (com os mais diversos aportes teóricos – como a teoria da reserva do possível).

Por isso, ante a averiguação da jurisprudência da Corte Suprema Nacional, verifica-se que permanecem incrustados na interpretação os dogmas do positivismo, de maneira a declarar implicitamente o abrigo à subsidiariedade e expressamente à cooperação entre os entes federativos com a saúde, mas manter uma forma decisória discricionária e que ainda aparta interpretação e aplicação, já que decide a demanda sem determinar a quem compete cada parcela da responsabilidade dita como “solidária”, consolidando não apenas o esfacelamento da esfera local (quando se executa somente o Município, em sede jurisdicional), mas também a fragilização de políticas públicas e da própria prestação do direito fundamental à saúde pública no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de maio de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. vol. II. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Jorge Renato dos. A hermenêutica como substrato aos conflitos de direitos fundamentais: liberdades comunicativas vs. direitos de personalidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 4, 2012.

GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Imposição judicial de serviços públicos de saúde x teoria da separação de poderes: uma análise da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Ano XXXIX, n. 126, Porto Alegre: AJURIS, 2012.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HERMANY, Ricardo; BENKENSTEIN, Jeanine Cristiane; SODER, Rodrigo Magnos. O empoderamento social e o poder local como instrumentalizadores na formulação democrática de políticas públicas municipais. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. **Espaço local, cidadania e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

_____. **Município na constituição**: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **(Re)discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Macmilann, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2008.

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

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NABAIS, José Casalta. **A autonomia financeira das autarquias locais**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

OLIVEIRA, António Cândido de. **A democracia local (aspectos jurídicos)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Margere Rosa de; SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da. Direito fundamental à saúde e a internação hospitalar na modalidade "diferença de classe" nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo. **Espaço local, cidadania e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Jurúa, 2011.

SANCHÍS, Luis Pietro. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del centro de estudios constitucionales**. Nº 22, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 Jun 2010.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Recebido em: set/2014

Aprovado em: mar/2015