

Introdução

Com a consolidação dos movimentos sócio-políticos que culminaram na consagração e extensão formal dos direitos sociais, econômicos e culturais iniciou-se a etapa seguinte deste processo histórico, qual seja, a busca da implementação material destes *novos* direitos. Esta etapa, justamente aquela de maiores repercussões sociais e com a qual espera-se superar a tendência meramente simbólica¹ e retórica de nossas precedentes cartas constitucionais, encontra-se em franco processo criativo no país, sendo incontáveis suas expressões dogmáticas e práticas.

Diante do legítimo clamor público por uma real e completa realização desta espécie de direitos, garantidos e estendidos pela Constituição democrática de 1988 em um nível nunca antes visto em nossa história jurídica, é imprescindível a abordagem do tema sob um enfoque amplo e sistemático, evitando-se o equívoco da desconsideração absoluta e *a priori* de regras e princípios igualmente relevantes e essenciais.

Dentre os inúmeros pontos de interesse identificáveis na análise do tema, opta-se pelo estudo de aspectos atinentes à efetivação do direito social à saúde, o qual apresenta-se como aquele que maiores discussões práticas e jurídicas vem acarretando no contexto nacional atual, seja em razão dos problemas de grande magnitude envolvidos em sua implementação, seja por sua importância fulcral enquanto elemento base para a existência humana viável e digna.

Desta forma, tomado como premissa o caráter jusfundamental dos direitos sociais, qualificação consagrada formal e materialmente pela Constituição Federal de 1988, pretende-se estudar a amplitude do direito social à saúde, consideradas a finitude dos recursos materiais existentes, bem como as limitações geradas a partir das interações com os demais direitos fundamentais, regras e princípios da ordem jurídica.

Não obstante a necessidade de maior efetivação dos direitos sociais, considerando-se uma perspectiva de eficácia imediata e aplicabilidade plena das normas constitucionais que os consagram, não se pode perder de vista o caráter

¹ NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*.

relativo de tais normas. Ao inserir o direito social à saúde em um sistema complexo, e em contínuo desenvolvimento, de regras e princípios, ele sofre limitações materiais e formais diante de um quadro social de interesses e prioridades divergentes, ademais frente à natureza finita dos recursos financeiros, humanos e tecnológicos à disposição do Estado e da sociedade.

Deve ficar claro, portanto, que a fundamentalidade e a relatividade dos direitos sociais não são características necessariamente antagônicas. Ao contrário, coexistem diante de um ambiente social, político e jurídico multicultural, com interesses diversificados e recursos limitados, o qual exige restrições de determinados direitos em favor da mais ampla efetivação possível e viável do ordenamento jurídico. A relatividade de um direito não é capaz de afastar sua fundamentalidade, assim como direitos fundamentais não devem ser sempre tratados como absolutos.

Dada a importância de tais conceitos, isto é, da fundamentalidade e relatividade dos direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, dedica-se o segundo capítulo da dissertação à análise das principais concepções doutrinárias pertinentes a estes temas. Há uma preocupação dogmática em demonstrar a persistência do dissenso doutrinário no que se refere à relatividade do direito à saúde, que, não obstante sua prevalência no campo conceitual, ainda que longe de qualquer consenso, encontra numerosos exemplos de aplicação absoluta no âmbito da jurisprudência nacional. Neste último campo identifica-se forte tendência, em especial no julgamento de lides individuais, de construção de uma obrigação estatal ilimitada de prestações em saúde, com especial destaque para o fornecimento de medicamentos e tratamentos, que não se limitam aos necessários à subsistência de uma vida digna, nem respeitam as escolhas administrativas, ignorando o indispensável sopesamento entre os diversos direitos e princípios igualmente fundamentais que vêm sendo ameaçados ou limitados em razão desta postura, tendo em vista a inerente e real escassez de recursos materiais e humanos.

Em que pese a nobreza de intenção muitas vezes identificada na interpretação ampliativa do direito à saúde, atrelada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, não se pode ignorar as sérias repercussões desta postura, considerados os diversos interesses sociais conflitantes e a escassez de recursos. Muitas vezes a efetivação irrefletida e assistemática do direito à saúde pode se dar

ao custo da isonomia, da proporcionalidade, da eficiência, de outros princípios e direitos e do próprio direito à saúde de outros cidadãos. Há um preço a pagar em razão da escolha alocativa trágica que se faz; e é justamente a consciência deste custo que precisa ser melhor identificada e estudada, evitando-se excessos perniciosos ao ordenamento jurídico e à própria efetivação ampla dos direitos.

Sem questionar a justiciabilidade do direito à saúde, decorrência de sua fundamentalidade e da estrutura constitucional vigente em nosso país, procurar-se-á investigar na prática judicial nacional possíveis excessos e incongruências em sua efetivação. Um aparente caos na concretização e na definição do conteúdo deste importante direito social reflete nas deficiências do sistema público de saúde, além de contribuir para o que se pode considerar como excessiva judicialização do mesmo, uma vez que coloca em risco a legítima atividade administrativa e a própria estrutura jurídica global.

É justamente a partir desta perspectiva de excesso na concretização do direito à saúde, diante de uma feição absolutista identificada em sua aplicação, que desenvolver-se-á o terceiro capítulo da dissertação. Após tratar dos aspectos gerais do direito à saúde no plano nacional, incluindo seu conceito, desenvolvimento histórico e principais fontes legais, procurar-se-á identificar e sistematizar as principais críticas formuladas contra sua absolutização e excessiva judicialização.

Assim, serão abordados temas como a separação de poderes e o suposto déficit democrático do Judiciário, a reserva do possível, sob as perspectivas jurídica e fática, os princípios da proporcionalidade, ponderação de interesses, isonomia, impessoalidade e eficiência, bem como os problemas de acesso ao Judiciário, de planejamento e de organização administrativa.

Uma vez expostas as principais críticas teóricas à aplicação com feições absolutistas do direito à saúde, ainda no terceiro capítulo serão colacionados exemplos jurisprudenciais, selecionados nos mais diversos tribunais e instâncias judiciárias do país, nos quais poderão ser visualizados na prática os problemas teóricos mencionados. Longe de exaurirem todos os possíveis excessos identificados quando da efetivação do direito à saúde pelo Judiciário nacional, os exemplos destacados servirão para demonstrar a existência do problema e a

necessidade de se debaterem caminhos que tragam maior segurança e efetividade à aplicação de tão importante direito.

Será justamente de alguns destes possíveis caminhos que se tratarão no quarto capítulo da dissertação. Através do estudo conjugado do mínimo existencial com o respeito às legítimas escolhas administrativas, orientadas pelo princípio do seguro prudente de Ronald Dworkin e pela devida consideração dos custos dos direitos, buscar-se-á demonstrar que, apesar de inexístirem respostas prontas e simples para a adequada efetivação do direito à saúde, o estabelecimento de padrões viáveis de atuação, que passem pela análise daqueles elementos, contribuirá para coarctar os abusos e excessos identificados.

É preciso esclarecer que, antes do que apontar soluções definitivas para o complexo problema envolvido na implementação do direito à saúde, este trabalho tem por escopo identificá-lo, chamando a atenção para sua existência e extensão, muitas vezes ignoradas, propositalmente ou não, pela doutrina e jurisprudência. Acredita-se que esta identificação, considerando um ambiente de crescente e assistemática judicialização da saúde, é o primeiro passo para a tomada de posição constitucionalmente mais adequada.

Diante da tensão dialética que se estabelece, tendo de um lado uma sociedade ávida pelo desenvolvimento social e pela dignidade, cuja premissa é uma vida saudável e, de outro, uma real limitação material de recursos disponíveis, considerada a necessidade de realização conjunta e sempre mais ampla dos direitos sociais, resta evidenciada a importância da abordagem do tema segundo um enfoque relativista e sistemático, considerando a relevância de outros direitos e princípios estruturantes de nossa ordem jurídica, além de igual direito dos demais indivíduos, que se vêm direta ou indiretamente prejudicados pela alocação casuística e, na maior parte das vezes, não igualitária dos escassos recursos públicos pelas decisões judiciais em processos individuais.

Sob uma perspectiva de necessidade de progressiva ampliação, aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito à saúde, este estudo tem como pretensão permitir a identificação dos excessos cometidos, contribuindo para a construção de um conceito constitucional adequado, razoável e efetivo de direito à saúde, não tão amplo a ponto de colocar em risco a existência de outros direitos fundamentais (ou de idêntico direito dos demais indivíduos), nem tão restrito a

ponto de ignorar a necessidade de efetivação de um mínimo existencial e da busca pela máxima efetividade das normas constitucionais.