

2

Da fundamentalidade e relatividade dos direitos sociais

Premissa da presente dissertação é o objetivo posicionamento acerca do tema dos direitos fundamentais (no qual se entende que o direito à saúde se insere) dentro da ampla gama de possibilidades que se abre. Mais do que a preocupação em narrar sua história evolutiva ou seu posicionamento no quadro de gerações (dimensões) dos direitos fundamentais, temas por demais amplos e complexos para se restringirem a um mero capítulo inicial de uma dissertação¹, julga-se imprescindível a exposição clara de dois posicionamentos básicos, que acredita-se sejam a base de toda a discussão subsequente, quais sejam, a fundamentalidade dos direitos sociais e, nada obstante esta primeira qualidade, sua relatividade.

Nos tópicos subsequentes, dar-se-á breve desenvolvimento a estas duas principais características.

2.1

Da fundamentalidade

¹ Não obstante a importância da contextualização histórica dos direitos sociais, as limitações formais do presente estudo exigem a adoção de algumas premissas, bem como pré-compreensões jurídicas. A historicidade dos direitos sociais e a questão das gerações (ou, mais recentemente, dimensões) dos direitos fundamentais, em que pese sua importância e sua íntima conexão com a temática em análise, são temas deveras complexos, amplos e controversos, a ponto de justificarem, cada qual de *per se*, estudos monográficos próprios. Assim, diante do dilema que se coloca entre importância e limitações formais existentes, opta-se por uma saída honesta, destacando tal fato, porém, tendo a certeza de que não haverá comprometimento dos objetivos e rigor metodológico pretendidos, uma vez que o direcionamento que se dá ao estudo, apenas tangencia as questões referidas. Por fim, remete-se a algumas obras que permitem o adequado conhecimento acerca do tema: MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 2000. t. IV; SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2001; PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 2003; PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, *Los derechos fundamentales*, 1995; LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (org.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2002; PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2010; BONAVIDES, Paulo. *O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 63-83.

Entendido como um direito social, tradicionalmente enquadrado dentre aqueles de 2^a. geração (ou dimensão), o direito à saúde, que ocupa o lugar central deste estudo, é um daqueles direitos tidos como fundamentais.

Com esta afirmação direta e contundente acerca de sua fundamentalidade, pretende-se evitar o prolongamento de discussões doutrinárias que, não obstante a sua extrema relevância, caso analisadas na mesma extensão de sua complexidade, impediriam o desenvolvimento profícuo do tema central desta dissertação. Ademais, tal opção ostenta grande importância normativa e axiológica, pois ao mesmo tempo em que se coloca o direito fundamental social à saúde sob a égide de um regime jurídico-normativo privilegiado, destaca-se a sua vocação como mandamento nuclear do sistema jurídico, vinculando a Administração Pública, em todas as suas esferas, assim como os próprios particulares².

Opta-se, assim, pelo alinhamento ao entendimento doutrinário nacional francamente majoritário na atualidade, que, acredita-se, melhor se adequa ao regime legal e jurídico estabelecido pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

3, 4

² O fenômeno da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ou, simplesmente, da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, não será desenvolvido na presente dissertação, em que pese sua atualidade. Como justificativa, socorre-se do mesmo argumento invocado diante do não desenvolvimento da historicidade dos direitos fundamentais: evitar desvios do tema central, já por demais complexo, e não correr o risco de realizar análise superficial e, por isso, incompleta acerca de importante tema. Sobre o tema, vide as obras: SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2006; ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2008; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005.

³ A questão da fundamentalidade dos direitos sociais é tema ainda controvertido, mesmo na doutrina nacional. Opta-se neste estudo por aderir, ao lado da corrente que se identifica como majoritária, ao entendimento dos direitos sociais como fundamentais. Acredita-se que, desta forma, estar-se-á contribuindo para sua necessária efetividade, bem como aplicando o posicionamento consagrado pelo legislador constituinte. A opção em prol da fundamentalidade, já demonstra que este estudo não irá aderir ao caminho de atacar o atual estado de aplicação do direito social à saúde, que se supõe excessivo, sob o argumento da ausência de juridicidade. Considera-se que os argumentos válidos são outros e serão expostos no momento oportuno.

⁴ Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, posicionando-se a seu favor, identifica-se extensa literatura. A título exemplificativo: Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005, p. 55-6; SARLET, Ingo Wolfgang, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, 2001; OLSEN, Ana Carolina Lopes, *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 23-9; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 63-8; BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 98; ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 499; PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 120; SCAFF, Fernando Facury, *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*, 2005. No âmbito da doutrina portuguesa, não obstante o regime jurídico constitucional diferenciado a que

E em que consistiria esta fundamentalidade? Diversas concepções são expostas pelos doutrinadores, podendo-se aferir, contudo, um elemento comum: a centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica⁵.

Assim, dependendo da perspectiva tomada pelo estudioso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, ocupando lugar central no sistema jurídico-normativo, apresentam-se como a representação jurídica da cidadania, através dos quais o princípio da dignidade da pessoa humana se exterioriza⁶. Vinculam-se umbilicalmente com a democracia, constituindo um parâmetro de sua aferição⁷. Ou, ainda, na multicitada lição de Canotilho, apontam uma especial dignidade de proteção aos direitos⁸.

Para Robert Alexy, os direitos fundamentais ostentam tamanha importância, do ponto de vista do direito constitucional, que a decisão sobre eles não pode ser deixada à livre disposição da maioria parlamentar simples, ou seja, do legislador ordinário.⁹

Nos dizeres de Perez Luño:

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doutrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al próprio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.¹⁰

... los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹¹

submetidos, qualificam-se os direitos sociais como fundamentais: Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 101; MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, p. 371; QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 5; CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 403. No Brasil, identifica-se corrente doutrinária, capitaneada por Ricardo Lobo Torres, que confere interpretação bem mais restritiva à questão, onde apenas as prestações sociais que se enquadram no mínimo existencial poderiam ser qualificadas de fundamentais: Cf. TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 41; NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima, *Saúde, Medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários*, p. 243.

⁵ Por todos, ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 523.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 78.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 104.

⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 378.

⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 450.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique, *Los derechos fundamentales*, p. 20.

¹¹ Id., *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, p. 48.

Chama a atenção, nesta segunda definição apresentada pelo autor, o caráter histórico atribuído ao conceito, característica também destacada por Paulo Gustavo Gonet Branco¹².

Esta historicidade na definição dos direitos fundamentais refere-se ao conteúdo ou amplitude dos mesmos, que variam de acordo com as ideologias políticas, filosóficas e axiológicas prevalentes em cada geração. Assim, pode-se concluir que não há um conceito único e imutável de direitos fundamentais, variando o rol dos que o integram no espaço e no tempo.¹³

É justamente diante desta variabilidade, incita aos direitos fundamentais, que surgem tentativas de estabelecimento de métodos capazes de identificá-los e classificá-los, que, em razão de suas características, devem sempre ter em conta um ordenamento jurídico concreto.

Dentre estas formas de sistematização e tentativa de identificação segura dos direitos fundamentais, é comum o estudo da fundamentalidade sob duas frentes: a formal e a material.

Robert Alexy, ao aderir ao papel central que as normas de direito fundamental desempenham no sistema jurídico, afirma que tal característica decorre, justamente, das fundamentalidades formal e substancial. Vejamos:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.(...)

(...) À fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade substancial. Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.(...)

Com a tese das fundamentalidade formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico. (...)¹⁴

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op.cit., p. 121.

¹³ Em momentos nos quais prevaleceu o liberalismo, enquanto doutrina econômica, filosófica e valorativa, reinavam absolutos os direitos fundamentais individuais (ou de primeira geração); tais direitos consagravam a idéia de garantia da liberdade e autonomia do indivíduo. Com a expansão de doutrinas sociais, surge uma segunda dimensão de direitos, quais sejam, os direitos sociais, que sob a égide de ideais solidaristas e igualitários (igualdade material), passam a ostentar, gradativamente, o qualificativo fundamental, ao lado dos individuais.

¹⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 520-23.

Nos dizeres de Canotilho, em tudo aplicáveis, neste ponto, ao ordenamento jurídico brasileiro:

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (...); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (...).

A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (...).¹⁵

De modo a encerrar esta breve introdução acerca dos direitos fundamentais, vale transcrever a conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, que consegue congrega as principais idéias expostas:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).^{16, 17}

Uma vez fixada a importância dos direitos fundamentais e suas características principais, restaria, ainda, o trabalho de identificação de quais direitos efetivamente se enquadrariam nesta categoria ou ostentariam esta qualidade. Como se explicitou linhas atrás, entende-se que o método mais seguro e correto para tanto passa pela identificação temporal e espacial do ordenamento que se pretende estudar, que aqui corresponderá ao brasileiro, estabelecido a partir da Constituição de 1988.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 379.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 89.

¹⁷ Ainda sobre a fundamentalidade formal e material, Jane Gonçalves Pereira bem resume: “Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem jurídica constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 77).

A Constituição brasileira de 1988 é resultado da síntese pluralista das forças políticas e sociais existentes naquele dado momento histórico¹⁸. Decorrente de um lento processo de redemocratização nacional, a Constituição deu voz a diversos pleitos e movimentos sociais, congregando vertentes altamente progressistas e comunitárias, ao lado de ideais conservadores e individualistas.

Fato é que todo este processo acarretou na elaboração de uma Constituição cujo rol de direitos, aqui considerados os aspectos quantitativos e qualitativos, nunca antes fora visto em terras nacionais. Mais do que isto, pretendeu-se cercar a nova ordem constitucional de mecanismos que garantissem sua real e concreta normatividade e efetividade, escapando da tendência nacional, até então recorrente, de Constituições “folha de papel”, nos dizeres de Ferdinand Lassalle¹⁹; ou, ainda, Constituições “simbólicas”, que, segundo Marcelo Neves²⁰, teriam se feito presentes em todos os textos constitucionais nacionais, nos quais se verificava uma tendência de prevalência da retórica sobre a preocupação acerca da força normativa do preceito, onde o que estava escrito não encontrava reflexo na realidade.

Esta preocupação com a efetividade e concretização constitucionais constituiu-se um dos pilares da produção acadêmica de Luís Roberto Barroso, que, se insurgindo contra o déficit de imperatividade e normatividade das normas constitucionais, aderiu e contribuiu para a chamada doutrina da efetividade. Em suas palavras:

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. (...)

A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfretamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.²¹

¹⁸ Para uma descrição analítica deste processo cf. PILATTI, Adriano, *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*, 2008.

¹⁹ LASSALLE, Ferdinand, *A essência da Constituição*, 2001.

²⁰ NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, p. 177-189.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 283-84.

Toda esta preocupação com a efetividade transpassou ao constituinte de 1988, que, a lado de mecanismos especialmente criados com esta finalidade²², entendeu por conferir o especial *status* de fundamentalidade aos direitos individuais e sociais. Mais do que a mera consagração formal de tais direitos, o constituinte teve a preocupação em explicitar sua especial dignidade e centralidade na ordem jurídica nacional, consagrando meios de efetiva persecução dos fundamentos e objetivos de nosso sistema normativo, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, como meio de assegurar a realização dos objetivos consagrados pela Assembléia Constituinte, conformando-se um efetivo Estado Democrático de Direito, reconheceu-se a importância dos direitos sociais, que, ao lado dos direitos individuais e políticos, constituem a única forma verdadeira de efetivação da cidadania, dignidade da pessoa humana e democracia. Os direitos sociais contribuem para a “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”²³, trazendo os meios materiais de superação de desigualdades e do próprio simbolismo como marca de nossas constituições.

A importância dos direitos sociais, considerados os valores e objetivos consagrados em nosso ordenamento constitucional, é evidente. Não podem restar dúvidas acerca da fundamentalidade dos mesmos, seja do ponto de vista formal, identificada por sua posição topográfica (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e pelo regime jurídico especial a que estão sujeitos (em especial, aplicabilidade imediata e garantia contra abolição por emendas constitucionais); seja do ponto de vista material, vez que representam e garantem o que há de mais importante no ordenamento, isto é, seus valores, objetivos e princípios.

Assim, estando o direito à saúde consagrado como um daqueles direitos sociais, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, a ele se atribui este especial caráter fundamental e é assim que deve ser considerado quando estudado.

²² A título exemplificativo, cita-se os institutos do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e habeas data (art. 5º, LXXII), ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), dentre inúmeros outros institutos e mecanismos previstos com este específico fim.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 56.

2.2

Da relatividade

Fixada a premissa da fundamentalidade dos direitos sociais, compreendidos como fontes de direitos subjetivos aos cidadãos e, por isso mesmo, justiciáveis, cabe agora analisar a questão de sua relatividade.

Para melhor compreensão da problemática que se coloca, é preciso que se tenha conhecimento de que a doutrina contemporânea, dentre as diversas classificações acerca dos direitos fundamentais e sob a perspectiva da postura exigida do Estado, os divide em dois grandes grupos: os direitos de defesa (ou negativos) e os direitos a prestações (ou positivos)²⁴. Os primeiros protegeriam os cidadãos contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade; os segundos consistiriam na atuação (material e jurídica) deste próprio Estado em prol do oferecimento de condições reais de realização da liberdade e autonomia, muitas das vezes através da busca da igualdade material. O direito fundamental social à saúde, em que pese ser mais associado a este segundo grupo, dependendo de sua função no caso concreto (multifuncionalidade dos direitos), pode ser reconduzido a ambas as categorias.

Desta forma, vale-se da tradicional diferenciação de direitos positivos e negativos, não obstante se tenha conhecimento das sérias críticas que incidem sobre a mesma²⁵. Fato é que, apesar da pertinência das impugnações, fundadas,

²⁴ Por todos, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 407-10; ALEXY, Robert, op. cit., p. 195-203; SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 185.

²⁵ As críticas podem ser agrupadas em duas matrizes básicas e complementares. De um lado, temos aqueles que, a partir da constatação de que todos os direitos geram custos ao Estado, seja diretamente, através de prestações materiais em espécie, seja indiretamente, através da manutenção de estrutura burocrática ou de fiscalização, defendem que todos os direitos, em última instância, podem ser reconduzidos à categoria de positivos, por exigirem prestações do Estado (Por todos, cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, p. 48). De outro, se colocam aqueles que identificam a co-existência harmônica de diversas funções em cada direito fundamental individualmente considerado. É o que se pode identificar como multifuncionalidade dos direitos, onde prestações positivas são exigidas para a garantia de direitos tipicamente identificados como negativos e vice-versa (cf. FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 38; SARLET, Ingo Wolfgang, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, 2001; RODRIGUES, Daniel dos Santos, *A defesa judicial dos direitos sociais prestacionais a partir da teoria dos direitos humanos de Amartya Sen*, 2008; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, p. 83). Para uma visão geral acerca das críticas, vale a análise de AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 37-46; e, RAMOS,

em especial, na constatação dos custos generalizados e diversidade de funções decorrentes de um mesmo direito, elas não suplantam a utilidade da já tradicional divisão entre direitos positivos e negativos, desde que se tenha em consideração estas limitações e se busque, para cada oportunidade surgida, a identificação da função prevalecente ou a que se visualiza e estuda.

Assim, sob esta perspectiva, pode-se afirmar que o direito fundamental social à saúde, dependendo de sua função no caso concreto, pode ser reconduzido a ambas as categorias, isto é, pode apresentar-se como direito de funções tanto negativas, como positivas²⁶.

É preciso ter em conta esta característica para melhor compreender que, sem descurar da importância da primeira destas funções, qual seja, o direito à saúde como direito de defesa, se trabalhará, primordialmente, com sua faceta prestacional (positiva), focalizando os atuais problemas e discussões acerca do direito a prestações materiais em saúde (direito a prestações em sentido estrito).

Bem delimitado o objeto do estudo, pode-se iniciar a análise do que se entende como relatividade do direito à saúde.

Há uma natural tendência do intérprete, uma vez identificado o caráter jusfundamental (formal e material) de determinado direito, pretender a extensão crescente de sua aplicabilidade. Alçados a um dos pilares do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais assumem tamanha importância individual e social, que qualquer limitação aos mesmos pode ser confundida com um atentado contra a própria sociedade, como se aquele direito adquirisse natureza absoluta. Admite-se especular que tal tendência é mais forte em países em que há uma tradição de desrespeito e não efetividade de direitos constitucionais, nos quais a relativização²⁷ dos direitos parece reavivar antigas práticas ligadas a uma

Marcelene Carvalho da Silva, *O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal*, p. 144-165.

²⁶ Neste sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, 2001; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 88; AGRA, Walber de Moura, *Retrospectiva da proteção ao direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal*, 2008.

²⁷ Relativização aqui entendida como a mitigação da aplicabilidade de determinado direito, em seu grau máximo, em razão de sua coexistência com os demais direitos da ordem jurídica, bem como com direito da mesma espécie dos demais cidadãos. Para plena compreensão, exemplifica-se com o direito à liberdade de expressão: considerado em seu máximo potencial de aplicabilidade, daria ao indivíduo a possibilidade de falar o que, na forma e a respeito do que bem entendesse; ocorre que, em razão do direito à intimidade de outro indivíduo, a liberdade de expressão é limitada de

constitucionalização simbólica. Este, exatamente, o caso brasileiro, agravado pelo enorme fosso social existente.

Pode-se afirmar que a comunidade jurídica brasileira encontra-se diante de verdadeiro embate entre o absolutismo e o relativismo no que se refere à aplicabilidade dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde. Ao lado de uma pretensão geral pela expansão cada vez maior e irrestrita da concretização de referido direito, identificam-se problemas, jurídicos e práticos, decorrentes desta postura, que se pode classificar como *absolutização*.

Para começar a entender estes problemas, e identificar o posicionamento mais adequado diante do direito social e fundamental à saúde, necessária é a análise acerca da viabilidade de restrições, em abstrato, aos direitos fundamentais.

Robert Alexy²⁸, ao tratar da temática ampla dos direitos fundamentais, discorre a respeito das restrições que sobre eles incidem, destacando-se a análise empreendida acerca das teorias interna e externa das restrições.

Para a teoria interna, a hipótese de restrições a direitos fundamentais seria inadmissível, face à rigidez e supremacia constitucionais. Sendo os direitos fundamentais diretamente decorrentes de dispositivos constitucionais, admitir sua restrição por lei subverteria a hierarquia das fontes do direito. Assim, não haveria duas categorias distintas, os direitos fundamentais e suas restrições, mas tão somente o direito fundamental com um conteúdo determinado. Para esta teoria, o conceito de restrição é substituído pelo de limite, ou seja, os direitos fundamentais não admitem restrições, mas apenas delimitação de seu conteúdo, definição de seu conceito (restrições imanentes). O direito fundamental teria, desde sua formulação, um conteúdo jurídico determinado, surgindo um não-direito sempre que determinada posição jurídica exceda seus limites.²⁹

Para a teoria externa, há nítida distinção entre direitos fundamentais e restrições a direitos fundamentais. De um lado, tem-se o direito em si (*prima facie*), não restringido, e, de outro, o que resta do direito após a ocorrência da restrição (direito definitivo). Portanto, esta teoria pressupõe a existência de direitos restringidos e não-restringidos, concluindo Alexy no seguinte sentido:

modo a não agredir este último direito. Pode-se falar aqui em relativização do direito de liberdade de expressão.

²⁸ ALEXY, Robert, op. cit.

²⁹ Ibid., p. 276-80.

Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos³⁰.

E qual destas teorias seria a correta? Para Robert Alexy, dependeria da concepção adotada acerca da natureza das normas de direitos fundamentais: regras ou princípios³¹. A se considerarem os direitos fundamentais como regras (direitos definitivos), estaria refutada a teoria externa, vez que tais direitos não admitiriam restrição. Tendo a natureza de princípios (direitos *prima facie*), refutada a teoria interna.

Entendendo serem os direitos fundamentais um misto de regras e princípios (modelo das regras e princípios)³², com prevalência dos últimos, Robert Alexy abraça a teoria externa das restrições como a mais adequada a explicar o fenômeno. Para o autor, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direitos fundamentais”³³. Portanto, conclui-se que o direito fundamental instituiria, em um primeiro momento, uma posição jurídica *prima facie*, podendo esta posição ser restringida em um segundo momento, desde que de forma legítima, formando o que denomina de direito definitivo³⁴.

Assim, valendo-se dos ensinamentos acima, conclui Alexy serem os direitos fundamentais restringíveis (restrições a direitos *prima facie*), sujeitos, portanto, ao sopesamento de bens, princípios e valores. Em outras palavras, as lições do autor ratificam, metodologicamente, a inexistência de direitos fundamentais absolutos, situação essencial para a necessária harmonia do ordenamento jurídico.

Assim como Alexy, J. J. Canotilho faz uma opção metodológica pela teoria externa das restrições ao admitir, expressamente, a possibilidade da incidência de restrições aos direitos fundamentais *prima facie*. Canotilho entende haver três “universos” de restrições de direitos possíveis: 1) restrições constitucionais diretas; 2) restrições legais autorizadas pela Constituição; 3) restrições legais sem

³⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 277.

³¹ Ibid., p. 278.

³² Ibid., p. 141-144.

³³ Ibid., p. 285.

³⁴ Para uma análise do modelo de normas adotado por Alexy e do enquadramento das normas de direitos fundamentais sociais em um modelo misto de regras e princípios (posição adotada no presente trabalho), cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 69-73.

autorização da Constituição³⁵. Ao discorrer sobre esta última espécie, que entende ser a mais complexa, Canotilho defende a existência de limitações inerentes a todo e qualquer direito, ainda que não restringidos expressamente ou autorizada sua restrição pela Constituição. Resta claro, portanto, o posicionamento pela inexistência de direitos absolutos, devendo a interpretação dos direitos fundamentais observar esta circunstância.

Embora tenha este último autor discorrido acerca do tema em mais de uma oportunidade, interessa destacar o que afirma, especificamente, sobre as restrições sem autorização constitucional, a que alguns setores doutrinários aludem como “limites imanentes”³⁶ dos direitos fundamentais:

Numa primeira aproximação, devemos assentar nos seguintes pontos: (1) os direitos sem restrições *ex constitutione* (isto é, estabelecidos pela própria Constituição) e sem reserva de lei restritiva, não podem considerar-se como direitos irrestritos ou irrestringíveis; (2) estão sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional (ex.: o direito de manifestação está sujeito aos limites da “não violência” e aos limites resultantes da necessidade de protecção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, a liberdade de deslocação); (3) estes limites podem (e nalguns casos devem) ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios e procedimento metódico das leis restritivas³⁷.

No âmbito da doutrina nacional, verifica-se ampla prevalência da teoria externa³⁸, o que representa, teoricamente, a assunção da admissibilidade de

³⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 450.

³⁶ O autor refuta, expressamente, o uso da expressão “limites imanentes”, por considerá-la associada à teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, pelo mesmo não sufragada (op. cit., p. 1277). Para o autor, os “chamados ‘limites imanentes’” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade e garantia” (op. cit., p. 1282). O também constitucionalista português Vieira de Andrade entende funcionarem os limites imanentes como a fronteira além da qual não chega a protecção constitucional, representando o máximo de protecção a um direito (cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 282-88). Independentemente da posição que se adote acerca dos limites imanentes, verifica-se que seu conceito apresenta íntima relação com a questão da relatividade dos direitos fundamentais (no caso, a partir de limites não expressos na Constituição), que, por sua vez, pode decorrer de questões lógicas ou da coexistência de outras normas jurídicas, igualmente aplicáveis e importantes. Para uma panorama geral da questão, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 182-193.

³⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 451.

³⁸ Para breves apreciações, na doutrina nacional, das teorias externa e interna e acerca do tema mais amplo das restrições aos direitos fundamentais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 210-41; BRANDÃO, Rodrigo, *Emendas constitucionais e restrições aos direitos fundamentais*, p. 7-47; TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., p. 85-87; BIAGI, Cláudia Perotto, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos*

restrições aos direitos fundamentais e, indiretamente, como se verá, a compreensão e aceitação do caráter não absoluto dos direitos, inclusive, dos fundamentais.

Através de abordagem diversa, Ronald Dworkin, ao apreciar especificamente o direito à saúde, também identifica a existência das duas posições, isto é, relativistas e absolutistas, atribuindo, aos últimos, a defesa de prestações ilimitadas em saúde.

Desta forma, reforçando a inexistência de um direito absoluto à saúde, Dworkin, ao discorrer acerca do que conceitua “princípio do resgate”, construção teórica que em muito se aproximaria de uma concepção absoluta dos direitos, deixa claro entender ser o mesmo incompatível com uma sociedade sadia. Vejamos alguns excertos pertinentes:

Há milênios, os médicos fazem, no mínimo, apologias a uma justiça ideal na medicina, que chamarei de **princípio do resgate**. Ele tem duas partes vinculantes. A primeira afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica com equidade, que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica, de que precisa só por ser pobre demais para custeá-la. São ideais compreensíveis e até nobres. Baseiam-se no conhecimento humano geral dos horrores da dor e, além disso, de serem a vida e a saúde indispensáveis a tudo mais que fazemos.³⁹

Esse princípio do resgate, segundo Dworkin, diz que:

[...] devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio

[...]

Assim, a resposta do princípio do resgate à pergunta de quanto a sociedade deve gastar com assistência médica em geral deve ser descartada por inaceitável.⁴⁰

E acrescenta:

fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira, p. 59-66. Para uma apreciação dotada de maior profundidade e desenvolvimento, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 131-214.

³⁹ DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões, 2005, p. 434.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 435.

É claro que a maioria das pessoas gostaria de viver esses meses adicionais se não adoessem: a maioria quer continuar viva o máximo possível, contanto que permaneçam conscientes e alertas, e a dor não seja grande demais. As pessoas prudentes, porém, não queriam garantir esses meses adicionais à custa de sacrifícios durante a juventude, quando estão em pleno vigor, embora, novamente, decerto desejaríamos que o seguro oferecesse os tratamentos bem menos dispendiosos que manteria seu conforto e as afastasse da dor o máximo possível.⁴¹

Como substitutivo adequado ao princípio do resgate, Dworkin propõe a adoção do princípio do seguro prudente, numa clara concessão ao caráter relativo de tal direito fundamental. Sobre a questão, assim se pronuncia:

Se substituíssemos o princípio do resgate pela abordagem do seguro prudente como nosso ideal de justiça abstrata na assistência médica, aceitaríamos, portanto, certos limites na cobertura universal, e não os aceitaríamos como transigências da justiça, mas como exigidos por ela.⁴²

E, por fim, sintetiza:

O princípio do resgate insiste que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. O princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem-sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar sua vida.⁴³

Assim, não restam dúvidas de que Dworkin tem claro posicionamento contra o caráter absoluto do direito à saúde, propondo solução alternativa, qual seja, a substituição do princípio do resgate, cuja apologia é feita por aqueles que defendem as prestações ilimitadas em saúde pública, pelo que denomina princípio do seguro prudente⁴⁴.

Da mesma forma, o caráter não absoluto dos direitos deve ser tido como pressuposto teórico daqueles que aceitam a ponderação de interesses (ou valores) como técnica de solução de conflitos entre normas constitucionais.

A ponderação de valores pode ser definida como uma técnica de interpretação ou de resolução de conflitos, cuja especial aplicação ocorre em situações concretas que ensejam a aplicação de mais de uma norma de mesma

⁴¹ DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana*, p. 442-443.

⁴² *Ibid.*, p. 444.

⁴³ *Ibid.*, p. 446.

⁴⁴ Referidos princípios serão retomados em momento posterior do trabalho.

hierarquia jurídica e, frente às quais, o tradicional raciocínio subsuntivo não tem como ser aplicado⁴⁵. A aplicabilidade da ponderação é manifesta, também, diante de situações de conflito, que envolvem dois ou mais indivíduos na disputa de igual direito, considerando um ambiente de recursos escassos. Ela tem como objetivo definir, em concreto, qual das normas é aplicável, considerando que ambas têm, abstratamente, a mesma hierarquia⁴⁶. Ou, ainda, qual dos indivíduos deve ser contemplado, uma vez que possuem, em abstrato, o mesmo direito.

Exemplificando, para melhor compreensão, ótimo campo para aplicação da técnica de ponderação de valores pode ser identificado no conflito entre os direitos fundamentais de liberdade de comunicação (art. 5º, IX, CF/88) e intimidade (art. 5º, X, CF/88). O mesmo se diga entre os direitos sociais fundamentais à saúde e à educação, se considerados sob uma perspectiva de escassez de recursos públicos disponíveis, a qual exige a realização de *escolhas trágicas*⁴⁷ pelo intérprete, através das quais a alocação de recursos para um fim (construção de universidades, por exemplo) pode representar a negativa de outra pretensão, igualmente posta como constitucional fundamental (construção de hospital, no exemplo). Por fim, considerando este mesmo ambiente de escassez, pode ser vislumbrado conflito entre o direito à saúde de dois indivíduos diversos, que disputam, em concreto, os limitados e insuficientes recursos estatais destinados a esta área, sendo certo que o investimento em medicação de alto custo pode representar o desabastecimento de insumos de atendimento primário.

A ponderação tem grande importância para a interpretação de normas constitucionais e, como se viu, para a solução de importantes conflitos interindividuais. Considerando o princípio da unidade da constituição⁴⁸, não se

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, p. 49.

⁴⁶ O objetivo do processo ponderativo é bem sintetizado por Ana Paula de Barcellos: “O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes” (BARCELLOS, Ana Paula de, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, p. 57).

⁴⁷ Acerca do tema das escolhas trágicas frente a um ambiente de escassez de recursos, inclusive com uma série de exemplos, vale conferir a obra, já clássica, de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, a qual se atribui a responsabilidade pela consagração da expressão em referência: CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip, *Tragic choices*, 1978.

⁴⁸ Sobre o princípio em questão e os demais envolvidos na interpretação constitucional, remete-se a: CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1223-28; BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, *O começo da história: a nova*

pode falar em hierarquia jurídica⁴⁹ entre as normas constitucionais originárias, consistindo em um grave equívoco a pretensão de estabelecimento, *in abstracto*, de soluções rígidas e imutáveis diante dos necessários conflitos que irão se revelar.

Assume papel central no processo ponderativo, a necessidade de estudo do caso concreto, não se aceitando soluções que ignorem a idêntica posição hierárquica das normas em conflito, a partir de análises meramente abstratas. Referida característica é ressaltada nas obras de Robert Alexy⁵⁰, Daniel Sarmiento⁵¹, Emerson Garcia⁵² e por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁵³. Também, neste exato sentido, destacando que os conflitos entre as normas constitucionais apenas podem ser solucionados a partir de casos concretos, uma vez que não há precedência absoluta entre elas, se pronuncia Cristina Queiroz:

Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de “relações de precedência” que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas “condicionadas”. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de “sobreposição” ou “triunfo” de um princípio sobre o outro.⁵⁴

Valendo-se da conclusão do excerto acima, ponderação, com prevalência absoluta de determinado direito em todo e qualquer caso, é apenas engodo de

interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 271-316. Para uma visão mais crítica acerca dos chamados princípios de interpretação constitucional, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 115-143.

⁴⁹ No plano jurídico, todas as normas constitucionais originárias (e as derivadas constitucionais) apresentam um mesmo fundamento de validade, estando todas no mesmo patamar. Por isto, não se pode aceitar uma prevalência abstrata, e para todas as hipóteses, de uma norma sobre outra, ainda que no plano valorativo admita-se a existência de normas mais importantes do que outras. Assim, na hipótese de conflitos (comuns quando tratamos da efetivação do direito à saúde), a prevalência de uma norma sobre a outra apenas pode ser definida *in concreto*, por meio da ponderação, e com resultado restrito a esta hipótese, uma vez que até as normas “valorativamente superiores” ostentam uma “relativa preeminência”. Sobre a questão da hierarquia valorativa (ou de grau) e a inexistência de hierarquia jurídica, ver: GARCIA, Emerson, *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*, p. 269-275.

⁵⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 94-95.

⁵¹ SARMIENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 104.

⁵² GARCIA, Emerson, *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*, p. 373 e ss.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 288-289.

⁵⁴ QUEIROZ, Cristina, op. cit., p. 185.

ponderação. É verdadeira sobreposição, que ignora a importância de outras normas e a impossibilidade material de prestações ilimitadas.

A partir da análise das linhas gerais da técnica da ponderação de valores, qualquer interpretação na solução de conflitos que se utilize de argumento ou premissa em prol da prevalência, para todo e qualquer caso, de determinada norma constitucional, vai de encontro ao princípio da unidade da constituição⁵⁵, além de representar a não realização do processo ponderativo, em que pese este se apresentar como a mais adequada e aceita técnica de solução de conflitos entre normas de mesma hierarquia, para as quais não bastam métodos tradicionais, como o hierárquico, cronológico e da especialidade⁵⁶.

O mesmo raciocínio acima pode ser aplicado ao princípio da proporcionalidade⁵⁷, que, intimamente relacionado à ponderação, exige do intérprete especial atenção ao caso concreto, afastando soluções que representem a prevalência abstrata de interpretações, que, à luz dos fatos, podem apresentar-se como inadequadas, injustas ou excessivas.

Consideradas as premissas teóricas até aqui identificadas, isto é, a restringibilidade dos direitos e a exigência de análise, em concreto, das hipóteses de conflito entre normas de mesma hierarquia, é possível concluir no sentido de que não existem direitos absolutos, nem mesmo o direito à saúde ostenta esta qualidade, estando todos inseridos em uma complexa e instável rede de inter-relações sociais e jurídicas, que se afetam e se limitam reciprocamente, e cujo valor e importância reais apenas podem ser definidos *in concreto*, mediante técnicas como a ponderação de valores. E é justamente neste sentido, como se viu, que se posiciona a doutrina majoritária.

⁵⁵ Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos: “Quando se trabalha com a Constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher *uma* norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução” (BARCELLOS, Ana Paula de, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, p. 55).

⁵⁶ Ainda acerca da técnica da ponderação, remete-se para obra específica acerca do tema: SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2003, bem como para a análise bem exposta em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 215-95. Cf. também a multicitada obra: ALEXY, Robert. op. cit., na qual o autor, além de admitir a validade e necessidade do sopesamento (ponderação), apresenta técnicas para tanto (vide: leis do sopesamento).

⁵⁷ Voltar-se-á ao princípio da proporcionalidade no próximo capítulo, onde será analisado com maior profundidade e à luz das críticas quanto ao seu desrespeito por interpretações absolutistas.

Entretanto, quanto ao caráter não absoluto dos direitos sociais, não obstante parecer, em um estudo preliminar, questão resolvida e consolidada no âmbito doutrinário⁵⁸, o estudo mais apurado, e focado na faceta prestacional do direito social à saúde, permite identificar posição doutrinária e jurisprudencial diversa, isto é, no sentido de que, a partir da Constituição de 1988, existe um suposto direito subjetivo ilimitado à assistência à saúde a ser prestada pelo Estado.

Muitas vezes, sequer rebatendo os pontos acima, constroem-se teorias tão amplas referentes ao direito à saúde, que negar seu caráter absoluto, diante delas, torna-se atitude destituída de qualquer valor prático.

Na doutrina especializada, identificam-se alguns autores que defendem o absolutismo do direito à saúde, seja indiretamente, conferindo contornos incrivelmente amplos a tal direito, a ponto de se tornar quase impossível identificar prestações materiais aí não incluídas, seja diretamente, isto é, referindo-se a uma suposta irrestringibilidade do mesmo, com sua prevalência, definida *a priori*, em todas as hipóteses de conflito.

Exemplos de posições entendidas como absolutistas, nas quais não se consegue identificar, com clareza e segurança, qualquer limite material ou jurídico às prestações em saúde exigidas do Estado, podem ser encontradas nos trabalhos de José Carlos Francisco⁵⁹, Andreas J. Krell⁶⁰, Carlos Valder do Nascimento⁶¹ Dirley da Cunha Júnior⁶² e Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi⁶³.

⁵⁸ Referindo-se, expressamente, ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais, exemplificativamente: ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 275; MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 123-67; GARCIA, Emerson, op. cit., p. 285-89; OLSEN, Ana Carolina Lopes, ob. cit., p. 117; MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio, *O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais*, p. 162; CAMARGO, Marcelo Novelino, *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*, p. 128; GALDINO, Flávio, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 9-10; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 97; CLEVE, Clémerson Merlin, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 59; FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino, *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*, p. 224.

⁵⁹ FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade humana, Custos estatais e acesso à saúde*, p. 859-873. Interessante destacar as seguintes passagens do autor: “Desse modo, o acesso à saúde abrange tratamento médico e hospitalar (tanto a cirurgia como o remédio, inclusive reabilitação), odontológico, oftalmológico, e psicológico, dentre outros, devendo ser os mais eficazes e sem impor sacrifícios desproporcionais ou dolorosos ao doente” (p. 864); “Observe-se que a envergadura do direito à saúde impõe que o Estado assegure o tratamento disponível e eficaz, mesmo aquele que seja ministrado no exterior” (p. 865).

⁶⁰ KRELL, Andreas J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, p. 52-55. O seguinte excerto, onde o autor critica o que considera assunção irrefletida do conceito alemão de reserva do possível pela doutrina nacional, permite identificar seu posicionamento quanto ao direito à saúde: ‘Nesse contexto, não parece ser bem escolhido o exemplo trazido pelo autor [Gustavo Amaral], que

Esta mesma situação aqui denunciada tornou-se lugar comum na jurisprudência pátria, podendo ser identificada nos mais diversos níveis de jurisdição⁶⁴. Construiu-se, no julgamento de lides individuais, uma obrigação

deveria ficar ao critério do Executivo a escolha se tratará com recursos disponíveis ‘milhares de doenças vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável’. A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a ‘ponderações’ perigosas e anti-humanistas do tipo ‘por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?’ etc” (p. 52 e 53).

⁶¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do, *Pressupostos constitucionais do direito fundamental à saúde*, 2007.

⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da; *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*, p. 395-442.

⁶³ A autora chega a defender a possibilidade do magistrado, em ações envolvendo medicamentos, deferir a prestação que reputar mais adequada para o tratamento, ainda que não contida no pedido formulado. Além disso, aduz, expressamente, ser “*impossível limitar as necessidades e o avanço da Ciência Médica pela cega obediência à lista de remédios*” (SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez, *Direito fundamental à saúde – tutela de urgência*).

⁶⁴ O nível de absolutismo com que é tratado o direito à saúde por amplos setores da jurisprudência nacional é bem representado por acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, no qual a Turma julgadora foi pelo entendimento de que, o direito à saúde não pode ser negado à estrangeiro, que vem ao país, em busca, exclusivamente, de tratamento. Para a completa compreensão da extensão da decisão, vale conferir o inteiro teor do acórdão, disponível em www.trf4.jus.br; já aqui, segue apenas sua ementa:

EMENTA: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. Agravo improvido. (TRF4, AG 2005.04.01.032610-6, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 01/11/2006)

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça também têm fartos exemplos de extensão ‘absolutista do direito à saúde:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de**

sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524) (grifou-se)

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

2. Configurada a necessidade do recorrente, posto legítima e constitucionalmente garantido direito à saúde e, em última instância, à vida. Impõe-se o acolhimento do pedido.

3. Proposta a ação objetivando a condenação do ente público (Estado do Rio de Janeiro) ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de doença pulmonar obstrutiva crônica, resta inequívoca a cumulação de pedidos do tratamento e fornecimento de medicamento, posto umbilicalmente ligados. É assente que os pedidos devem ser interpretados, como manifestações de vontade de forma a tornar efetivo, o acesso à justiça. (Precedente: REsp 625329 / RJ, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 23.08.2004).

4. In casu, o Juiz Singular reconheceu a obrigação de fazer do Estado do Rio de Janeiro, consistente no fornecimento dos medicamentos pleiteados na inicial, bem como os que venham a ser necessários no curso do tratamento, desde que comprovada a necessidade por atestado médico fornecido pelo hospital da rede pública (fls. 107).

5. Recurso especial provido.

(REsp 814076/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 01/08/2006 p. 384) (grifou-se)

Em razão do quantitativo enorme de decisões com a mesma característica destacada, menciona-se apenas mais algumas decisões, ilustrativamente: STF RE 342413, disponível em www.stf.jus.br; STJ REsp 507205/PR, REsp 212346/RJ e REsp 904443, disponíveis em www.stj.jus.br; TRF 4ª Região Agravo de Instrumento nº. 2006.04.00.020830-0, disponível em www.trf4.jus.br; e, TJMG MS 1.0000.06.441013-7/000 e AGrav. Instr. 1.0024.05.699297-7/001, disponíveis em www.tjmg.jus.br.

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 administrativas⁶⁵ e, o que é mais grave, ignoram 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 escassez⁶⁶ de recursos materiais, humanos e, em especial, públicos.

Não obstante as graves repercussões da extensão absolutista do direito à saúde, identifica-se, na maioria das vezes, como justificativa daqueles que assim agem, o argumento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o correlato direito à saúde seriam os valores supremos do ordenamento jurídico, sem os quais os demais direitos se veriam frustrados. O direito à saúde é alçado a um patamar superior em relação aos demais direitos fundamentais, havendo uma decisão interpretativa, em abstrato, por sua prevalência em toda e qualquer hipótese de conflito.

Parte-se de um entendimento de que referidos direitos prevalecem sempre, ainda que ao custo dos demais direitos fundamentais e, considerada a finitude dos recursos, sem a necessária análise de sua repercussão, muitas vezes negativa ou impeditiva, na realização de idênticos direitos de outros cidadãos, com evidente quebra do princípio da isonomia. Além disso, verifica-se que a regra é a ausência de qualquer preocupação com a justificativa teórica da construção de um direito absoluto, com o estudo de suas repercussões práticas, bem como com a adequação desta postura diante de um ambiente de recursos limitados.

Identificado o problema, consistente na consideração absoluta do direito à saúde, procurar-se-á demonstrar que este processo contínuo de expansão da aplicabilidade gera excessos, que merecem ser imediatamente corrigidos, uma vez que põem em perigo a ordem jurídica. Esquece-se da finitude de recursos públicos e da necessária ponderação com outras regras e princípios fundamentais vigentes, assim como, com igual direito de outros cidadãos, situações que geram, invariavelmente, zonas de conflito.

⁶⁵ Representadas pelas inúmeras políticas públicas existentes, em especial, na área de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos.

⁶⁶ Escassez, que no âmbito da saúde “não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável” (AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle, *Há direitos acima dos orçamentos*, p. 87-92).

Desta maneira, destacando a relatividade (e restringibilidade) dos direitos fundamentais, é que, no próximo capítulo, tratar-se-á de alguns equívocos e excessos detectados na efetivação do direito social à saúde no âmbito nacional, bem como dos problemas daí decorrentes.