

CONTORNOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Ingo Wolfgang Sarlet**

* Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS, bem como na Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito no RS.

1 - Considerações introdutórias:

Escrever sobre a saúde e sua proteção na ordem jurídico-constitucional constitui, sem dúvida, desafio para todos os que se ocupam do tema, seja pela sua relevância, seja pela miríade de aspectos que suscita, razão pela qual, desde logo, impõe-se uma delimitação do âmbito do presente estudo. Assim, registra-se que o ponto central a ser versado nesta breve análise diz com a posição que a saúde ocupa no ordenamento jurídico pátrio, na condição de direito e dever fundamental (em verdade, na condição de complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas) positivado na Constituição Federal de 1988, de tal sorte que, num primeiro momento, buscaremos caracterizar o direito à saúde como direito (e dever) fundamental da pessoa humana na ordem jurídica brasileira, especialmente na Constituição Federal de 1988, já que desta premissa resultam importantes conseqüências no campo da eficácia e efetividade, temática que se constitui no objeto principal de nossa reflexão, na segunda parte deste ensaio.

Por derradeiro, convém registrar, ainda nesta fase preliminar, que renunciamos a qualquer pretensão de aprofundamento e erudição acadêmica, na esperança de que possamos contribuir de alguma forma para a discussão e, quem sabe, até mesmo fornecer algum subsídio para a compreensão e, quem sabe, superação pelo menos de algumas das inúmeras dificuldades que se colocam para todos os que se ocupam com o problema da saúde neste nosso país, pelo menos no que diz com a sua dimensão dogmático-jurídica, na qual, de resto, encontra-se centrado o presente artigo, destacando-se, todavia, que uma perspectiva dogmática, desde que não divorciada dos valores e princípios essenciais do nosso Estado democrático de Direito (e, portanto, não positivista no sentido formal e legalista) constitui-se em ferramenta indispensável – ainda que não exclusiva ou mesmo excludente de outras possibilidades – para o enfrentamento do tema, notadamente no que diz com as concretas possibilidades de, por meio da ordem jurídica - normativa e institucional - tornar a saúde (em todas as suas manifestações) algo mais próximo de todas as pessoas, cientes de que, uma sociedade marcada pela doença ou falta de condições adequadas de saúde dos seus integrantes, será sempre também uma sociedade enferma.

2 - A saúde como direito (e dever) fundamental na Constituição Federal de 1988

2.1 - O direito à saúde e sua dupla fundamentalidade formal e material

Por mais estranho que possa parecer, não são poucos os que ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde (como, de resto, os direitos sociais em geral, especialmente os direitos dos trabalhadores) encontra-se previsto na Constituição. Da mesma forma, segue havendo quem questione até mesmo o fato de Advogados, Procuradores, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Magistrados estarem a se ocupar com esta temática, notadamente quando está em causa a exigibilidade em Juízo do direito à saúde e a conseqüente imposição – pelo Poder Judiciário – de um encargo a ser realizado compulsoriamente pelo Estado.

Certamente não é este o entendimento que se irá sustentar neste ensaio, o que, de resto, já se pode inferir das notas introdutórias. Em verdade, tais questionamentos esbarram na elementar constatação de que a nossa Constituição vigente consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana, decisão que, à evidência, deve ser levada a sério. Vale ressaltar, neste contexto, que praticamente ninguém questionou, ao menos desde 1787, isto é, desde que surgiram as primeiras Constituições escritas, na acepção contemporânea do termo, sobre o fato de a propriedade (que chegou a ser tida inclusive como direito natural) ocupar um lugar de destaque na Constituição. O mesmo se aplica à liberdade de ir e vir e ao instituto processual do *habeas corpus*, assim como às liberdades de associação, de reunião e à proteção da intimidade, da vida privada, do sigilo das comunicações e a privacidade do domicílio. Cuida-se, em todos os casos, de valores e bens jurídicos contemplados nas Constituições (ao menos naquelas que cultuam o Estado de Direito) há quase dois séculos.

Pois bem, o que se percebe é que bastou fossem contemplados nas Constituições os direitos sociais, especialmente a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria fundamentalidade destas posições jurídicas.

Consoante já sinalado, por mais que alguém queira (e possa) advogar a causa dos adversários da constitucionalização de um direito à saúde (como, de resto, dos demais direitos sociais), a nossa Constituição vigente, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem

constitucional.¹ A assim designada fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional, ainda que a respeito da inclusão dos direitos sociais no elenco dos limites materiais (expressos ou implícitos) ainda se verifique acirrada controvérsia, aspecto sobre o qual voltaremos a os pronunciar; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e – para além do teor literal do dispositivo e de acordo com o magistério de significativa doutrina – vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. A respeito de cada um destes elementos caracterizadores da assim denominada fundamentalidade formal, notadamente sobre o seu sentido e alcance, ainda teremos oportunidade de nos manifestar.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários. Mesmo assim, convém lembrar que a saúde, além de constituir um existencial humano, vinculada que está à garantia da própria sobrevivência da pessoa, também encontra-se conectada, de modo indissociável, com a dignidade, no sentido de que apenas uma vida saudável será uma vida compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana. Já por esta razão, verifica-se que no âmbito de um direito à saúde, não basta que sejam asseguradas prestações suficientes à manutenção e proteção da vida (no sentido de mera sobrevivência física), de vez que uma vida com sofrimento (físico e psíquico) também constitui uma vida sem dignidade.²

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental³, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está

¹ A respeito da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 78 e ss., na esteira das lições de Alexy e Gomes Canotilho.

² Sobre o tema, especialmente a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana e de suas conexões com os direitos fundamentais, remetemos ao nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, onde destacamos, entre outros aspectos, que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de igual respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, além de implicar um feixe complexo de direitos e deveres, incluindo-se aqui a garantia das condições existenciais mínimas para uma vida saudável (p. 62).

³ Ao utilizarmos aqui a expressão “direito humano fundamental”, o estamos fazendo propositalmente, no sentido de deixar claro que a saúde ocupa simultaneamente a condição de direito humano (no sentido de positivado na esfera internacional e atribuído a toda e qualquer pessoa)

previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha, apenas para lembrar o exemplo de uma ordem jurídica que, de modo geral, tem sido ainda muito cautelosa no reconhecimento de direitos fundamentais sociais.⁴ Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que reconhece a dignidade da pessoa como valor central e referencial, protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também reconhece e assegura a saúde como bem jurídico fundamental.

2.2 - Breves notas sobre a positivação de um direito fundamental à saúde no plano internacional e no direito constitucional comparado e brasileiro

Mesmo que em caráter meramente ilustrativo, vale a pena - até mesmo com o intuito de demonstrar que a nossa ordem constitucional, neste contexto, anda afinada com a evolução internacional - trazer algum dado a respeito da consagração no plano jurídico-positivo de um direito fundamental à saúde, tanto no direito internacional, quanto no direito constitucional comparado.

No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde. Da mesma forma, a saúde, assim como os direitos fundamentais voltados à segurança social em geral, igualmente não deixaram de ser contemplados na nova Carta Européia de Direitos Fundamentais, de 2000, em que pese esta ainda não ter alcançado a sua plena vinculatividade.

No plano do Direito Constitucional comparado, já são diversas as Constituições que contêm previsão expressa do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais. Tal é o caso, por exemplo, das Constituições da Argentina, Para-

quanto fundamental (previsto na Constituição, e, portanto, vinculado a uma ordem jurídica determinada). Tendo em conta, todavia, a perspectiva adotada no presente trabalho, que versa sobre os contornos do direito à saúde na Constituição de 1988, continuaremos adotando, de modo uniforme, a expressão direitos fundamentais. Além disso, muito embora se trate de temática que não deva ter sua relevância superestimada, convém também não negligenciar a possível importância teórica e prática da distinção, para o que remetemos ao nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 31 e ss.

⁴ Na Alemanha, v., entre outros, Otfried Seevald, Gesundheit als Grundrecht, Meisenheim-Glan: Athenäum, 1982.

guai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França, apenas para citar as mais referidas. Assim, parece-nos que o nosso Constituinte - conforme já destacado - andou em boa companhia, também no que diz com a matéria ora versada. Aliás, das considerações tecidas até o presente momento, já se poderá ter por não justificadas as inúmeras e severas críticas endereçadas contra a nossa Constituição, especialmente quando se trata de alegar que ela decretou a ingovernabilidade do nosso País, transformando-o virtualmente numa espécie de "Leviathan" indomável, justamente por incluir na Constituição os direitos fundamentais sociais básicos, tais como saúde e educação, notadamente pelo fato de importarem na imposição de gastos para o poder público. Como já visto - e não desconsiderando que, de fato, existem ajustes que se impõe e limites que não podem ser negligenciados - percebe-se que não estamos sozinhos nesta cruzada. Por certo, todas as Constituições citadas (que nem de longe esgotam a listagem) também decretaram a "ingovernabilidade" dos respectivos países?!!

No que diz com a sua previsão no direito constitucional positivo pátrio, a saúde foi acolhida (pela primeira vez) expressamente como integrando o elenco dos direitos fundamentais sociais, na Constituição Federal de 1988 (artigo 6º). Além disso, o Constituinte voltou a contemplar a saúde (desta feita com a menção expressa de se tratar de um direito de todos e dever do Estado) no artigo 196 da Constituição, isto sem falar nos demais dispositivos encontrados no capítulo da ordem social (notadamente os artigos 196 a 200). Relevante é que tenhamos sempre presente, que toda a gama de disposições constitucionais (inclusive os preceitos direta e/ou indiretamente vinculados), mas também os já referidos pactos internacionais ratificados pelo Brasil e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, integram, em última análise, o direito (e dever) à saúde na nossa ordem constitucional vigente, constituindo-se em parametricidade cogente para toda e qualquer ato dos poderes públicos, mas também dos particulares. Mesmo que viéssemos a capitular diante da posição infelizmente ainda predominante no Supremo Tribunal Federal - que, a despeito do teor do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, segue atribuindo aos tratados em matéria de direitos humanos hierarquia meramente legal - ainda assim, as disposições constantes das convenções internacionais, devidamente incorporadas e com *status* equivalente à lei, devendo, portanto, serem aplicadas às situações concretas, já que integram o complexo normativo concretizador do direito à saúde na nossa ordem jurídica.

Convém registrar, ainda nesta quadra, que - com amparo no que dispõe o já citado artigo 5º, parágrafo 2º, a nossa Constituição consagrou a noção, já incorporada à nossa tradição jurídico-constitucional desde o advento da República, da abertura material de nosso "catálogo" de direitos fundamentais, que abranje, além dos igualmente já mencionados direitos previstos nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, os assim chamados direitos implícitos e decorrentes do regime e dos princípios, alcançando, ademais, direitos fundamentais expressa e implicitamente positivados em outras partes da Constituição, para além daqueles elencados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)⁵,

⁵ Sobre a abertura material do "catálogo" de direitos fundamentais na nossa Constituição, bem como sobre o alcance e significado no art. 5º, par. 2º, da Constituição de 1988, v. também o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 81 e ss.

de tal sorte que também as normas contidas nos artigos 196 a 200 da nossa Carta Magna poderão comungar - ao menos naquilo que dizem com os elementos nucleares de um direito à saúde - da já aventada dupla fundamentalidade em sentido material e formal.

Mas a saúde, para além da sua condição de direito fundamental, é também dever. Tal afirmativa decorre - no que diz com o Estado - diretamente da dicção do texto constitucional, que, no art. 196, dispõe solene e claramente que "a saúde é direito de todos e dever do Estado...", sublinhando a obrigação precípua do poder público para com a efetivação deste direito. Todavia, a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva, que, no entanto - ao menos no nosso sentir - não resiste minimamente quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa,⁶ também haverá de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais, notadamente quando estiver em causa o seu conteúdo essencial, diretamente imbricado com os valores basilares da vida e da dignidade da pessoa humana.⁷

Assim, mesmo que não se vá aqui explorar este aspecto, importa considerar que sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação. Evidentemente - ainda que a Constituição não o tenha referido expressamente - também os particulares não poderão ofender a saúde alheia, alegando não serem destinatários do direito à saúde. Basta atentar para o fato de que ofender a integridade física e moral de seus semelhantes constitui, em muitos casos, conduta punível na esfera criminal ou, pelo menos, cível, gerando um correspondente dever de indenizar. De outra parte, poderá se sustentar que existe, de certa forma, um dever da própria pessoa (e de cada pessoa) para com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), ensejando até mesmo e dependendo das circunstâncias do caso concreto, uma

⁶ Especificamente sobre a hermenêutica constitucional, v. a recente e magistral contribuição de Juarez Freitas, Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: *AJURIS* nº 76 (2000), pp. 397 e ss., substancialmente retomada e desenvolvida pelo ilustre jurista na terceira edição da obra A Interpretação Sistemática do Direito, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182 e ss. Além disso, não poderíamos deixar de referir aqui que, na obra citada, o renomado publicista Gaúcho bem sustenta, com erudição e originalidade, que toda a interpretação é necessariamente sistemática, implicando, ademais, sempre uma hierarquização de valores, princípios e regras (normas), tese esta retomada e enriquecida com outras perspectivas no igualmente relevante contributo de Alexandre Pasqualini, Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁷ A respeito desta temática, v. o nosso "*Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*", in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org), A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 107-163, com farta indicação de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema. Dentre os autores estrangeiros, assumem papel de destaque, entre outros, os contributos de Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, Jörg Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, München: C.H. Beck, 1999.

proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter (ao menos em parte) irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.⁸ Não é à toa, apenas para ilustrar o pensamento anterior, que alguns procedimentos médicos são vedados ainda que presente o consentimento inequívoco e consciente do paciente.

Também o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público.⁹

Neste contexto, cumpre tecer algumas considerações sobre outro aspecto de considerável relevância, qual seja, o da titularidade do direito à saúde. Com efeito, antes de prosseguirmos com a caracterização da saúde como direito fundamental, há que responder à indagação de quem é, afinal de contas, o titular (beneficiado) do direito à saúde, especialmente tendo em conta que, mesmo diante da existência de direitos fundamentais de titularidade restrita (os direitos políticos e os direitos dos trabalhadores, por exemplo), a doutrina mais moderna, assim como a jurisprudência mais atualizada, felizmente tem aderido ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais e, por óbvio, da sua titularidade.¹⁰ Ademais, basta que se atente para a fórmula utilizada pelo Constituinte no já citado artigo 196 da nossa Carta Magna ("a saúde é direito de todos...") para evidenciar que nos encontramos diante de norma que excepciona a regra geral estabelecida no *caput* do artigo 5º da Constituição (afirmando textualmente que os direitos e garantias fundamentais são atribuídos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País). Mesmo que não pudéssemos vislumbrar a extensão da titularidade inclusive aos estrangeiros não residentes a partir do disposto no artigo 196, teríamos motivos de sobra para uma leitura de feição inclusiva, e isto por vários motivos. No caso específico da saúde, como, de resto, ocorre com uma série de outros direitos fundamentais, parece elementar que, por sua direta ligação com o próprio direito à vida e com o direito à integridade física e corporal, que, por sua natureza, são direitos de todos (e de qualquer um), nos encontramos também diante de um direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira, estrangeira residente, ou não. Para além deste argumento, assume destaque o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, enunciando que, nas suas relações internacionais, o Brasil reger-se-á (dentre outros princípios) pela prevalência dos direitos humanos, isto sem falar na

⁸ Sobre este tópico v. o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 113-14.

⁹ Sobre este ponto, v., dentre outros, Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 1204 e ss.

¹⁰ Sustentando, inclusive (muito embora não exatamente neste contexto e com outro propósito) que os direitos fundamentais são universais (portanto, direitos de todos) v. a lição de Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantias. La Ley Del más Débil, Madrid: Trotta. 1999, especialmente p. 37 e ss. Especificamente a respeito do princípio da titularidade universal, v. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 390 e ss.

incorporação ao direito interno - com força de norma constitucional¹¹, ou, pelo menos, com hierarquia de lei (como, já o vimos, entende o Supremo Tribunal Federal) dos tratados internacionais que expressamente mencionam o direito à saúde, por força do artigo 5º, parágrafo 2º de nossa Carta Magna.

Aspecto que aqui não será desenvolvido – mas que, por sua relevância, não podemos deixar de referir – diz com a possibilidade de se restringir, de determinado modo, o acesso às prestações estatais em matéria de saúde, excluindo determinadas pessoas (ou grupos) em determinadas circunstâncias, a despeito da aplicação, nesta seara, do princípio da titularidade universal. Com efeito, ainda mais considerando a crescente escassez de recursos e a cada vez maior dificuldade por parte do poder público e da sociedade em dar conta da demanda gerada pelos altos níveis de exclusão social, não há mais como deixar de questionar até que ponto a saúde é mesmo um direito de todos, ou se é possível, por exemplo - o que, de resto, já se verifica na prática do dia-a-dia – priorizar o atendimento da população carente, impondo-se aos mais favorecidos, ou o pagamento da prestação almejada, ou mesmo a adesão ao sistema privado de planos de saúde. Cuida-se, por certo, de tema polêmico a respeito do qual não ousamos aqui lançar o nosso entendimento, até mesmo por falta de espaço para desenvolver minimamente alguma posição. Todavia, parece-nos que também aqui assume um papel relevante a aplicação prudente dos princípios da isonomia (implicando uma compensação de sensíveis desigualdades fáticas) e da proporcionalidade, já que se encontram em pauta conflitos entre direitos fundamentais e limitações impostas a determinados grupos de titulares do direito a saúde, que não foram excluídos (nem mesmo parcialmente) por disposição expressa do nosso Constituinte.

3 – Algumas notas em torno da eficácia e efetividade do direito à saúde

3.1 - Caracterização do direito à saúde como direito social de cunho complexo, simultaneamente defensivo (negativo) e prestacional (positivo)

Como direito fundamental da pessoa humana (e não apenas dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) o direito à saúde tem sido considerado como um direito social, integrando, portanto, a assim denominada segunda dimensão (ou geração) dos direitos fundamentais, que foi o resultado direto da evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição, comprometido com o princípio da igualdade e com a

¹¹ Sobre a hierarquia constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, contrapondo-se à posição do Supremo Tribunal Federal, v. especialmente Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996, pp. 73 e ss., assim como Luís Roberto Barroso, Interpretação e Aplicação da Constituição, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 15 e ss., e, mais recentemente, Celso Albuquerque Mello, O § 2º do Art. 5º da Constituição Federal, in: Ricardo Lobo Torres (Org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1 e ss.

realização da justiça social.¹² Sem que aqui possamos aprofundar esta perspectiva, fica o registro de que com a positivação de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, contemplados até mesmo com um pacto internacional específico (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) se pretendeu, em última análise, a compensação das gritantes desigualdades sócio-econômicas acarretadas ao longo da revolução industrial (embora esta, à evidência, não tenha implantado a pobreza no mundo), buscando a concretização da idéia de justiça material, por meio de uma liberdade e igualdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico, que resultou na afirmação das liberdades sociais, como é o caso da liberdade de associação sindical e do direito de greve.

Pois bem, o que importa nesta quadra do estudo e partindo aqui da premissa de que, a despeito da inegável imbricação de ambas as dimensões e da circunstância de que todos os direitos são (ou podem ser) simultaneamente negativos e positivos, é que também nós seguimos adotando a hoje já prestigiada classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos).¹³ A partir desta constatação, consideramos indispensável perceber que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que, como ainda se terá oportunidade de verificar, acarreta reflexos importantes no âmbito da sua eficácia e efetividade. Em verdade, o que se pretende aqui destacar, com base na noção de que o texto (o dispositivo legal ou constitucional) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida,¹⁴ é que existem diversas posições jurídico-fundamentais (em suma, diversos direitos) vinculados aos dispositivos constitucionais que tratam da saúde.¹⁵

¹² Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e o problema das assim denominadas dimensões (ou gerações, como ainda parece preferir a doutrina majoritária) dos direitos, v., entre outros, especialmente Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 514 e ss.

¹³ Neste contexto, importa consignar que não desconhecemos a relativamente recente posição, sustentada nos EUA por Stephen Holmes e Cass Sunstein, The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes, New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 35-48, no sentido de que todos os direitos são também sempre positivos, indiciando uma superação da já clássica distinção traçada entre direitos negativos (de cunho defensivo) e positivos (direitos a prestações). Mesmo assim, se de fato parece inglória a tentativa se advogar uma dicotomia entre ambos os grupos de direitos, a partir do critério estrito da sua relevância econômica – isto é, de seu “custo” – seguimos convictos de que a relação entre direitos positivos e negativos caracteriza-se por uma espécie de dualismo relativo, marcado especialmente por uma diferença de objeto e função entre ambos os grupos de direitos fundamentais. Cuida-se, de resto, de ponto que aqui não temos condições de aprofundar.

¹⁴ Sobre este ponto v. a paradigmática lição de Eros Roberto Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 164 e ss., retomada, mais recentemente, por Lênio Luiz Streck, Hermenêutica Jurídica e(m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 16 (nota nº 2).

¹⁵ A respeito deste aspecto, v. especialmente o pensamento de Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 47 e ss.

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, afastando, em suma, toda e qualquer conduta violadora do direito, bem como - e esta a dimensão mais problemática - direito a prestações (positivo). Nesta condição (de direito positivo) o direito à saúde implica a realização de políticas públicas por parte do Estado (e sociedade) que busquem a efetivação deste direito para a população, além de tornar o particular credor de prestações materiais na esfera da saúde (atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, entre outras), investindo-o de um correspondente direito subjetivo. A respeito dessas formas de manifestação do direito à saúde que iremos, nos próximos segmentos, tecer algumas considerações.

3.2 – O artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, e o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais

Em que pese estarmos cientes da complexidade do problema e dos riscos decorrentes de uma simplificação, salientamos que, devido as limitações deste estudo, haveremos de priorizar alguns dados de cunho mais genérico, restringindo a nossa abordagem a alguns dos inúmeros aspectos passíveis de serem enfrentados neste contexto.

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito das garantias da fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais, declarou, expressamente, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar aos direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, de tal sorte que permanece atual a expressiva e célebre frase de Herbert Krüger, de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais.¹⁶

¹⁶ Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 311, bem como, pela doutrina alemã, Philip Kunig, Anmerkungen zu Art. 1 GG, in: von Münch/Kunig (org), Grundgesetz Kommentar, vol. I, 4ª ed., München: C.H. Beck, p. 130.

Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar,¹⁷ sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio,¹⁸ de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.¹⁹ Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. Que tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização – mas jamais uma negação absoluta de sua exigibilidade em Juízo - é ponto que voltará a ser referido e que aqui vai apenas anunciado.

Feitas estas breves considerações à guisa de preliminar, passaremos a tratar como as normas constitucionais versando sobre a saúde, especialmente naquilo que dizem com um direito fundamental à saúde, poderão alcançar eficácia e

¹⁷ Aqui lembramos, dentre outras, a recente obra de João Pedro Gebran Neto, A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, este último sustentando, em linhas gerais, que a norma contida no artigo 5º, parágrafo 1º, aplica-se apenas aos direitos fundamentais contemplados no próprio artigo 5º da Constituição.

¹⁸ A respeito da distinção entre regras e princípios como espécie de normas, v. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp 1085 e ss., embasado especialmente nas lições de Dworkin e Alexy.

¹⁹ Sobre este sentido do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 245 e ss. Em sentido diverso, muito embora reconhecendo que o nosso entendimento, “representa um significativo avanço na interpretação do referido § 1º do art. 5º e para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais de direito fundamental,” Sérgio Fernando Moro, Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 69 e ss., sustenta que tal forma de compreender o alcance e significado do citado dispositivo “pode, entretanto, caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais”. Ainda que não possamos aqui dialogar mais com o ilustre autor, seguimos mantendo a nossa posição inicial, já que – e assim pensamos ter deixado claro em todas as nossas manifestações sobre o tema – por força de tal princípio da “máxima eficácia e efetividade” milita em favor também dos direitos a prestações uma presunção de eficácia plena, além de serem – pelo menos no âmbito de seu núcleo essencial – sempre exigíveis em Juízo, ponto, que, de resto, também aqui será sustentado.

efetividade. Neste contexto, vale lembrar que, na condição de direito constitucional fundamental, o direito à saúde possui várias dimensões, assim como diversas possibilidades de concretização, isto é, de realização, dentre as quais destacam-se as que seguem.

3.2.1 - A dimensão negativa do direito à saúde (a saúde como direito de defesa)

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa [Abwehrrechte], como propõe Alexy, entre outros) a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou mesmo abstrato de constitucionalidade (neste caso, quando a violação estiver situada na esfera do conflito de uma norma com a Constituição). Ademais, importa registrar que além de uma posição jurídico-subjetiva (isto é, de um direito subjetivo individual²⁰) o direito à saúde, na sua dimensão negativa, como de resto os direitos de defesa em geral, pode gerar uma série de efeitos, inclusive na esfera

²⁰ Nesta condição – de direitos subjetivos – identificam-se, de acordo com a lição de Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 173 e ss., três espécies de posições: a) direitos ao não-impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

jurídico-objetiva, efeitos que são comuns a todas as normas de direitos fundamentais.²¹

Além disso, ainda no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso, que, embora ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.²²

O princípio da vedação de retrocesso, embora necessariamente não tenha o condão de desconsiderar uma certa margem de liberdade da qual dispõe o legislador numa ordem democrática, impede, todavia, que o legislador infraconstitucional venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e pelos particulares.

Também no âmbito do direito à saúde - convém lembrá-lo - já existe toda uma pletera de leis que o regulamentam. Assim, por exemplo, há como citar a legislação federal e estadual (o Rio Grande do Sul dispõe de uma lei específica), determinando que o governo (da União e/ou do Estado) é obrigado a fornecer, gratuitamente, medicamentos especiais a pessoas sem condições financeiras para a aquisição e que deles necessitam para o tratamento de suas moléstias. Também dispomos de uma ampla e minuciosa regulamentação do SUS, igualmente instituído originariamente pela Constituição de 1988. Da mesma forma, há como citar a legislação sobre os planos de saúde, que dizem com o papel da iniciativa privada no campo da saúde, tudo isto apenas para demonstrar a importância desta regulamentação da Constituição pelo legislador ordinário (infraconstitucional) e até mesmo pelo Poder Executivo, no exercício das suas competências administrativas e normativas.

Pois bem, considerando os exemplos colacionados, verifica-se que com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em sua parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucio-

²¹ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais v. especialmente Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ªed., Heidelberg: C.F. Muller, 1995, p. 133 e ss. (existe tradução de Luís Afonso Heck para a língua portuguesa: Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998).

²² Sobre a proibição de retrocesso v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 369 e ss. Mais recentemente, v. a referência feita por Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp 31 e ss. A respeito do significado e conteúdo do Estado democrático de Direito e seu papel na concretização da igualdade e dos direitos sociais ,v., ainda, José Luiz Bolzan de Moraes. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, traçando, com profundidade, a trajetória que marcou a evolução do Estado liberal ao Estado democrático de Direito, bem como identificando os elementos nucleares deste último.

nais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado. Mesmo que não se esteja a falar aqui de uma alteração da própria Constituição (objeto de proteção específica por intermédio dos limites formais e materiais ao poder de reforma constitucional), ainda assim estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental, de tal sorte que, em configurada esta hipótese, sempre se poderá impugnar, via judicial, este tipo de procedimento, invocando a sua inconstitucionalidade. Importa, ainda, consignar que o que se sustenta não é o indefensável, isto é, uma proibição absoluta de todo e qualquer ajuste ou mesmo corte em matéria de benefícios sociais, mas sim – e na esteira de Gomes Canotilho – uma vedação relativa de retrocesso, já que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado,²³ neste caso, o núcleo essencial do direito à saúde concretizado pelo legislador.

Muito embora a situação não se possa confundir pura e simplesmente com a dimensão ora exposta, há como enquadrar, no contexto de uma natureza defensiva do direito de saúde, a proteção qualificada que o nosso Constituinte outorgou ao direito fundamental à saúde, ao incluir os direitos sociais (mesmo na sua função positiva) no elenco das assim denominadas "cláusulas pétreas", de tal sorte que nem mesmo uma emenda à Constituição poderá abolir ou mesmo impor restrições desproporcionais e/ou invasivas do núcleo essencial do direito à saúde, estando sujeita, neste caso, a ser fulminada em sede de controle de constitucionalidade.²⁴ Ainda que não se queira admitir que a saúde seja também (para efeitos do disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Constituição) direito individual fundamental - do que dão conta as inúmeras demandas individuais que aportam mensalmente apenas nas Varas da Fazenda Pública de Porto Alegre - de cada uma e de todas as pessoas, sempre haverá como sustentar que, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado (em suma, a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano), as normas jusfundamentais sobre a saúde enquadram-se, nos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional²⁵, que vedam a supressão (abolição) efetiva e tendencial, portanto também o esvaziamento da identidade da ordem constitucional, que, considerando o perfil traçado pelo Constituinte, não pode ser identificada com uma matriz exclusivamente liberal-burguesa, já que mescla elementos liberais e sociais, bastando, para tanto, uma breve leitura do Título I da nossa Carta Magna.

3.2.2 - Dimensão positiva do direito à saúde: o direito à saúde como direito a prestações

²³ Cf. Joaquim José Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 326 e ss.

²⁴ Cf. sustenta, entre outros, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Poder Constituinte Reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 183 e ss.

²⁵ Esta a posição de Gustavo Just da Costa e Silva, Os Limites da Reforma Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 130 e ss.

A pergunta que se coloca a todos que analisam a dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde, em última análise, diz com a possibilidade de o titular deste direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde. A resposta, à evidência, é tudo menos singela, assim como também é evidente que não teremos aqui condições de esgotar o problema. Por esta razão, seguem apenas algumas breves considerações a respeito desta faceta do direito à saúde, partindo-se, desde logo, da premissa de que o direito à saúde, para além da dimensão defensiva já declinada, é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade, inclusive no que diz com a sua exigibilidade – na condição de direito subjetivo – em Juízo.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define, a não ser em termos gerais e no que diz com as prioridades e tarefas expressamente estabelecidas nos artigos 196 a 200, em que consiste exatamente o objeto do direito à saúde. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos genéricos da ordem constitucional positiva.

Assumindo-se como correta, ao menos em princípio, a premissa de que é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição, a quem incumbe a missão de concretizar, em primeira linha, o conteúdo e alcance do direito à saúde, não se poderá, desde logo, olvidar que, mesmo numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição [Häberle] ainda é o Poder Judiciário que, se não com exclusividade, pelo menos com cunho definitivo (no sentido de dispor da “última palavra” quem interpreta e zela pela aplicação e cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais, assumindo assim também um relevante papel na concretização e efetivação das normas de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais a prestações.

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim, toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o nosso poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros, dentre as quais destacam-se as demandas movidas por portadores do HIV na busca do fornecimento dos medicamentos para o

tratamento adequado da moléstia e a garantia de uma sobrevida mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna.

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de um direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes.²⁶ Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde, pelo menos no sentido de não gerar um correspondente direito subjetivo do particular.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e que, por esta razão, o fator “custo dos direitos” (não exclusivo dos direitos a prestações)²⁷ implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade especialmente dos direitos sociais a prestações, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento de que tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese. Com efeito, de modo necessariamente sintético, incompleto e simplificado, reiteramos aqui a nossa posição no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reco-

²⁶ A respeito da diferença entre os direitos de defesa e direitos sociais a prestações, bem como sobre os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações materiais, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, op. Cit., pp. 259 e ss. e pp. 279 e ss. Também enfrentando este problema e sustentando posição em parte divergente, vale lembrar a excelente contribuição de Ricardo Lobo Torres, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, especialmente p. 282 e ss., assim como a obra de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁷ Especialmente sobre o “custo” dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível e seus fundamentos e conseqüências, v., entre nós (ainda que seguindo um entendimento em parte diverso do que aqui estamos a sustentar) as recentes contribuições de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, e Flávio Galdino, O Custo dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 139-250.

hecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.²⁸ Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de - muitas vezes a despeito de contribuir para o sistema social mediante o pagamento de impostos diretos e indiretos - arcar com o custo do tratamento.²⁹

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade e o respeito ao conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna.³⁰ Tal concepção, ora sumariamente exposta, foi recentemente acolhida em notável Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, demonstrando, na esteira de inúmeras

²⁸ Cabe lembrar, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.

²⁹ Cf., ainda, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 298 e ss. Posicionando-se no mesmo sentido, com argumentos adicionais e assumindo uma postura crítica com relação ao entendimento prevalente na Alemanha e especialmente no que diz com a importação direta de teorias e soluções, vale conferir Andreas Joachim Krell, Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. Note-se que mesmo autores que tem feito escola sustentando (não sem fundamento em relevantes argumentos e contribuições doutrinárias) que os direitos sociais não são, em geral, direitos fundamentais, reconhecem a impossibilidade de o Poder Público recusar-se a fornecer as prestações mínimas indispensáveis para uma existência com dignidade, bem como a exigibilidade em Juízo destas prestações. Neste contexto, indispensável é a contribuição de Ricardo Lobo Torres, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-342.

³⁰ Aqui, para além dos nossos próprios escritos, já referidos, bem como das obras de Andreas Krell, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres (que também reconhece exigibilidade ao mínimo existencial), v. também o recente contributo de Ana Paula de Barcellos, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e ss., sustentando ser o mínimo existencial o núcleo sindicável da própria dignidade da pessoa humana.

outras decisões de Juízes e Tribunais pátrios, a consagração da tese em prol do reconhecimento de um direito subjetivo à saúde como prestação, bem como o comprometimento, pelo menos de larga parcela do Poder Judiciário, com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana,³¹ entendimento este atualmente sufragado até mesmo pelos inicialmente mais tímidos Tribunais Superiores, especialmente pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

Resta consignar, nesta quadra da exposição, que no caso específico do fornecimento de medicamentos, os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações diretamente deduzido da Constituição esbarram até mesmo na existência de legislação específica (Lei Federal nº 9.313/96 e, no caso específico do Rio Grande do Sul, da Lei Estadual nº 9.908/93), de tal sorte que já houve, ao menos para este efeito, uma concretização pelo legislador infra-constitucional, inexistindo, igualmente na senda do que já tem sido decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,³² qualquer óbice à condenação do Estado no fornecimento ou pagamento (se não tiver em estoque os medicamentos) da medicação necessária, o que assume particular importância no caso dos portadores do HIV, apenas para citar a hipótese mais corriqueira.

Por outro lado, não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater às portas do Judiciário para a obtenção, via judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito à saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em Juízo, no todo ou em parte. Pois bem, considerando a existência de legislação proibitiva da concessão de tutela antecipada contra o poder público e levando em conta, ainda, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter-se pronunciado pela constitucionalidade desta legislação (embora não de forma definitiva), não se poderia mais, a prevalecer este entendimento, obter provisória e antecipadamente, o medicamento, exame laboratorial, atendimento médico, enfim, a prestação saúde constitucionalmente assegurada. Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais - a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a este ponto - continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria, na linha do que já restou dito, condenar a pessoa à morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde.

De outra parte, verifica-se que a referida ameaça - pelo menos no caso do direito à saúde - tem sido amenizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de em princípio não ter cassado, em sede de Reclamação, as decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais ordinários, seja por ter considerado, já em

³¹ Cf. julgamento nos Embargos Infringentes nº 598526481, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 11.06.99.

³² Cf. Apelação Cível nº 598018182, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 22.10.98.

mais de um julgamento, que a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos, com base em legislação específica, sequer desafia Recurso Extraordinário, já que não se cuida de ofensa direta à Constituição. Acima de tudo, importa consignar que o Supremo Tribunal Federal, recentemente e de modo enfático, afirmou o caráter fundamental e, pelo menos em certa medida, também justiciável, do direito à saúde (na condição de direito subjetivo) no âmbito de nossa ordem jurídico-constitucional.³³

4 - Considerações finais

À guisa de encerramento e cientes de que aqui logramos apenas tangenciar alguns dos aspectos de tão relevante e complexa problemática, parece-nos oportuno registrar que, quando falamos do direito à saúde e da sua efetivação, não podemos desconsiderar a inequívoca imbricação entre questões que normalmente são tidas como “meramente” políticas, econômicas, sociais ou mesmo culturais, com a ordem jurídica, isto é, com a evidente relevância jurídica destes problemas. Da mesma forma, não há como negligenciar que o jurídico - e isto não apenas no âmbito da saúde - encontra seus limites justamente na realidade social, econômica e cultural de uma determinada sociedade. Com efeito, na esteira da oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Magistrado aposentado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.³⁴

³³ Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 267.612-RS (decisão publicada no DJU de 23.08.2000), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando justamente sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, consignou que "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 que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. 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 incosequente, 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." (extraído das transcrições efetuadas no Boletim Informativo do STF).

³⁴ Cf. Dieter Grimm, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, in: W. Hassemer/W. Hoffmann-Riem/J. Limbach (Org), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 1982, p. 72. No mesmo sentido, entre nós, vale registrar a luminosa afirmação de Clèmerson Merlin Clève, *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)* São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 127, ao enfatizar a necessidade de uma política da dignidade e dos direitos fundamentais.

Assim, a despeito da singeleza da colocação, temos a convicção de que apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo do "empurra-empurra" que se estabeleceu no nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc.) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de fruir das condições mínimas para uma existência digna.

Além do mais, cumpre relembrar a circunstância elementar - embora nem por isso devidamente considerada - de que a saúde não é apenas dever do Estado, mas também da família, da sociedade e, acima de tudo, de cada um de nós. Sem solidariedade e responsabilidade por parte de todos, poder público e comunidade, a saúde, cada vez mais, não passará de uma mera promessa insculpida no texto da nossa Constituição, não sendo à toa que cada vez mais assume lugar de destaque a dimensão democrático-participativa no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente de caráter positivo, dimensão esta que, notadamente no âmbito da Seguridade Social (e não exclusivamente da no campo da saúde) já foi expressamente prevista pelo Constituinte e que já tem sido objeto de importantes experiências locais e regionais. Por outro lado, cumpre resgatar e reafirmar a "irrenunciável dimensão utópica" dos direitos fundamentais, da qual nos fala Pérez-Luño, sinalando que os direitos fundamentais contém, em que pese a sua faceta jurídico-normativa, um projeto emancipatório real e concreto.³⁵ Entre nós, reconhecendo igualmente uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção da utopia como "horizonte de sentido", sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.³⁶ É evidente que também e particularmente - em face de sua estreita vinculação com a própria garantia da vida e de uma vida com dignidade - para o direito à saúde, a benfazeja utopia constitucional da máxima realização dos direitos

³⁵ Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad, in: A E. Pérex Luño (Org), Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 15.

³⁶ Cf. José Eduardo Faria, Democracia e governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org), Direito e Globalização Econômica, São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 154 e ss.

fundamentais assume feições emergenciais, especialmente em virtude das peculiaridades da ordem jurídica, social e econômica pátria. Se já se afirmou, não sem razão, que no campo dos direitos sociais a prestações, com especial ênfase na seara a saúde, estamos diuturnamente diante de escolhas “trágicas”,³⁷ousamos afirmar que mais trágico é não ter escolha. Não sendo este o caso, também no que diz com os direitos fundamentais a busca das escolhas corretas segue sendo o simultaneamente angustiante e positivamente instigante desafio que se coloca para o Estado, o Direito e a Sociedade.

³⁷ Esta a advertência de Gustavo Amaral, Direito, Escassez & Escolha, p. 133 e ss.