



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO**

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS PINHEIRO DE LEMOS

**ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE:
QUANDO A REALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SE CHOCAM**

02 volumes

v.1

**Salvador
2009**

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS PINHEIRO DE LEMOS

**ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE:
QUANDO A REALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SE CHOCAM**

Tese apresentada como requisito à obtenção do grau de Doutor em Direito, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, área de concentração em Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Auxiliadora Minahim

**SALVADOR
2009**

V726 VILLAS-BÔAS, Maria Elisa.

Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. / Maria Elisa Villas-Bôas. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2009.

425 f.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Auxiliadora Minahim.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2009.

1. Direito constitucional. 2. Direito fundamental à saúde. 3. Alocação de recursos. 4. Bioética. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Minahim, Maria Auxiliadora – Orientadora. III. Título.

CDU – 342.7

CDD – 341.27

MARIA ELISA VILLAS-BÔAS PINHEIRO DE LEMOS

ALOCAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE:
QUANDO A REALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SE CHOCAM

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do grau de Doutor em Direito Público no curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e aprovada, em sua forma final, em ____ de dezembro de 2009.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Maria Auxiliadora Minahim – Orientadora
Universidade Federal da Bahia

Prof.^a Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Paulo Antônio de Carvalho Fortes
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior
Universidade Federal de Alagoas

RESUMO

O presente estudo versa sobre o cotejo entre o discurso jurídico-constitucional de proteção à saúde e as dificuldades à efetivação desse direito. Cuida-se de desafios que cada vez mais frequentemente batem às portas do Judiciário, requerendo respostas que o Direito nem sempre se encontra aparelhado a dar, seja por empecilhos ideológicos (como a resistência à aplicabilidade imediata e à eficácia dos direitos sociais), seja por óbices fáticos (como a escassez material), com notáveis reflexos na gestão de recursos limitados para necessidades ilimitadas e tendencialmente crescentes. Nessa seara, destaca-se a discussão dos mecanismos aptos a contribuir para uma melhor solução desse impasse, enfatizando, especialmente, a importância da racionalização da atuação judicial efetivadora e do conhecimento e análise dos processos éticos de alocação, tanto no âmbito da macroalocação de recursos, realizada na esfera das políticas públicas, quanto no âmbito da microalocação individual de recursos. Como pressuposto lógico, avaliam-se a evolução e as características dos direitos humanos e fundamentais, em que se situa o direito à saúde, e das políticas públicas na área, bem assim a interpretação dada às normas programáticas de direitos sociais, à luz dos novos paradigmas do pós-positivismo. Apontam-se e enfrentam-se os argumentos mais comumente esgrimidos contra a judiciabilidade do direito à saúde, analisando sua inserção no contexto de um mínimo existencial, indissociável da própria dignidade humana, mas que, por outro lado, encontra limites na reserva do possível real, fator que não pode ser desconsiderado sequer quando da alegação de urgência nos pleitos liminares, donde se demandar a discussão de balizas coerentes e equilibradas para a ponderação desses pedidos. A esses requisitos se soma a indicação de conhecimento crítico de critérios éticos, a nortear o pensamento da matéria, para o que se mostra pertinente o estudo pontual da Bioética e da Teoria da Justiça, embasando a avaliação dos parâmetros de razoabilidade, isonomia e equidade na alocação de recursos escassos em saúde. Intenta-se, com isso, promover a busca ao maior grau de efetivação possível do referido direito fundamental, respeitando e ampliando a condição de dignidade humana, bem assim garantindo a concreção do texto constitucional, sem desconsiderar as contingências da realidade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito social à saúde. Discurso jurídico-constitucional. Efetividade. Princípio bioético da justiça. Alocação de recursos escassos.

ABSTRACT

This study discusses the divergence between the constitutional discourse about the health protection and the difficulties for the accomplishment of this right. These are circumstances that, nowadays, frequently come to the Judiciary, and request answers that Law is not always prepared to give, because of ideologic obstacles (like the resistance to the idea of the immediate applicability and efficacy of the social rights) or because of concrete obstacles (like the material scarcity), with important repercussions on the administration of limited resources for unlimited and growing needs. In this context, appears the discussion of the ways for a better solution of this question, especially the importance of the rationalization of the judicial performance in the accomplishment of this right and the importance of knowing and analysing the ethical processes of allocation, as in the macro level of decision-making, in the context of public policies, as in the micro level of individual allocation. As a logical requirement, the work analyses the evolution and the characteristics of human and fundamental rights, inside of which is the right to health care, and of the public policies in the area, as well as the interpretation given to the constitutional program of social rights, under the new paradigms of the post-positivism. The work talks about the most common arguments against the judicial control of the effectiveness of the right to health care, and, on the other hand, the inclusion of this right in the idea of a basic minimum related to the human dignity, limited, however, by the real “reservation of possible”, which cannot be forgotten even when it is claimed urgency in the judicial requests. It is necessary, so, to discuss ethical criteria for the subject, for what it is useful to study Bioethics and Theory of Justice, to give basis for the parameters of reasonability, fairness and equity in the allocation of scarce resources in health care. With this, the thesis intends to help the construction of the greatest possible level of effectiveness of this fundamental right, respecting and enlarging the human dignity, for making more concrete the constitutional text, without ignoring, however, the limitations of reality.

Keywords: Human rights. Social right to health care. Constitutional discourse. Effectiveness. Bioethical principle of justice. Allocation of scarce resources.

RÉSUMÉ

La présente étude se propose de faire une comparaison entre le discours juridique et constitutionnel de protection de la santé et les difficultés d'application de ce droit. On y traite des défis qui viennent de plus en plus souvent frapper aux portes de la Justice et exigent du Droit des réponses qu'il n'est pas toujours en mesure de fournir, soit à cause de barrières idéologiques (comme la résistance à l'applicabilité immédiate et à l'efficacité des droits sociaux), soit à cause d'empêchements factuels (tel que le manque de moyens matériels), dont les effets se font considérablement sentir dans la gestion des ressources limitées attribuées à des besoins illimités dont la tendance est d'augmenter. On traite essentiellement, dans ce domaine, du débat concernant les mécanismes capables d'apporter une contribution à la solution de cette impasse, en mettant tout particulièrement l'accent sur l'importance qu'il y a de rationaliser l'action judiciaire effective et la connaissance et l'analyse des processus éthiques d'attributions des ressources, autant au niveau macro, dans les sphères politiques publiques, qu'au niveau micro, relatives à des attributions individuelles. On part du principe logique d'évaluation de l'évolution et des caractéristiques des droits de l'homme et des droits fondamentaux, dont fait partie le droit à la santé, et des politiques publiques dans ce domaine, avec l'interprétation des normes programmatiques des droits sociaux, à la lumière des nouveaux paradigmes du post-positivisme. On y met en évidence et on y aborde les arguments les plus couramment utilisés à l'encontre de la justiciabilité du droit à la santé, par opposition à son insertion dans le contexte d'un minimum existentiel, indissociable de la dignité humaine mais qui, d'autre part, trouve des limites dans le possible réel, facteur qui ne peut être ignoré, même lorsque le caractère d'urgence est avancé dans les cas de demandes préliminaires qui exigent la discussion de balises cohérentes et équilibrées pour pondérer de telles demandes. Il faut ajouter à ces exigences la recommandation d'une connaissance critique des critères éthiques qui doivent guider une réflexion en la matière pour que l'étude ponctuelle de la Bioéthique et de la Théorie de la Justice soit pertinente, en basant l'évaluation des paramètres du raisonnable, de l'égalité et de l'équité sur l'attribution de ressources limitées dans le secteur de la santé. L'intention est de contribuer à atteindre le plus haut degré possible de réalisation de ce droit fondamental, dans le respect et l'amélioration des conditions de la dignité humaine, ainsi que d'assurer la concrétude du texte constitutionnel, sans négliger, toutefois, les imprévus de la réalité.

Mots-clés: Droits fondamentaux. Droit social à la santé. Discours juridique et constitutionnel. Effectivité. Principe bioéthique de la justice. Attributions de ressources limitées.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos
ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGRRE – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
AI – Agravo de Instrumento
AIDS – Acquired Immune Deficiency Syndrome (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida)
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF/88 – Constituição Federal de 1988
HIV – Human Immunodeficiency Virus (Vírus da Imunodeficiência Humana)
HTLV I – Human T-cell Lymphotropic Virus Type I (Vírus linfotrófico-T humano do tipo I)
IAPs – Institutos de Aposentadorias e Pensões
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
JEF – Juizado Especial Federal
LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
PIB – Produto Interno Bruto
RE – Recurso Extraordinário
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RESP – Recurso Especial
SL – Suspensão de liminar
SS – Suspensão de segurança
STA – Suspensão de tutela antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TNU - Turma Nacional de Uniformização
TRF – Tribunal Regional Federal
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DISCURSO JURÍDICO E COMO POLÍTICA PÚBLICA	18
2.1 Conceito atual de saúde e suas implicações	19
2.2 A saúde como direito humano, fundamental e social	23
2.2.1 Direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais: um problema terminológico ou de fundamentação teórica?	24
2.2.2 Características dos direitos humanos e fundamentais	34
2.2.3 Perfil histórico ocidental: do Estado Mínimo ao Estado Providência, sob o prisma evolutivo dos direitos fundamentais	48
2.2.4 O direito à saúde nos documentos internacionais de direitos humanos	64
2.3 O surgimento das políticas públicas em saúde	72
2.4 A disciplina sanitária no ordenamento brasileiro até o Sistema Único de Saúde	81
2.4.1 Os princípios gestores do Sistema Único de Saúde	91
2.4.2 A saúde como “ <i>direito de todos e dever do Estado</i> ”: entre o SUS e os planos de saúde privados	101
3. DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: COMO INTERPRETAR A DICÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA REALIDADE	112
3.1 A função pragmática da linguagem e o discurso jurídico	112
3.2 Aplicabilidade, eficácia e efetividade das normas constitucionais	123
3.2.1 A previsão textual de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e a necessidade de legislação concretizadora	142
3.2.2 Direitos fundamentais sociais e normas programáticas na redação constitucional: a função simbólica da norma é suficiente como paliativo social?	149
3.3 Influência da nova hermenêutica constitucional e do neoconstitucionalismo na eficácia dos direitos fundamentais sociais	155
3.3.1 Métodos hermenêuticos	160
3.3.2 Princípios hermenêuticos	164
3.4 O princípio da proporcionalidade, a ponderação de interesses em conflito e a relação entre regras e princípios no âmbito dos direitos fundamentais	170
3.5 O direito à saúde é um direito subjetivo afinal?	181

4. A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE	193
4.1 Da sindicabilidade da matéria, ante os argumentos da discricionariedade, da segurança jurídica, da separação de poderes e da ilegitimidade do Judiciário no controle de decisões políticas	193
4.2 Macroalocação e microalocação de recursos em saúde	212
4.3 Direito ao mínimo existencial	222
4.3.1 A dificuldade conceitual e a dignidade humana: panaceia linguística?	223
4.3.2 O mínimo existencial como conceito indeterminado e os contornos encontrados na doutrina e na jurisprudência para seu conteúdo material	239
4.3.3 O direito à saúde como mínimo existencial <i>versus</i> um mínimo existencial em saúde	256
4.4 O argumento e as dimensões da reserva do possível: o problema da escassez não patrimonial e a necessidade de parâmetros racionalizantes	269
4.5 A atuação jurisdicional efetivadora e a questão dos provimentos liminares em saúde	277
5. JUSTIÇA, EQUIDADE E ALOCAÇÃO DE RECURSOS ESCASSOS EM SAÚDE: A BIOÉTICA COMO AUXÍLIO PARA O DESENVOLVIMENTO DE DIRETRIZES	292
5.1 A alocação de recursos em saúde e as raízes da preocupação bioética	294
5.2 O Direito e a Bioética como linguagens complementares e o liame da zetética	301
5.3 Princípios bioéticos como elementos possíveis para a ponderação jurídica da questão	306
5.4 Justiça, igualdade e equidade, na alocação de recursos em saúde	320
5.5 Os critérios de alocação e suas críticas	339
5.6 Alocação de recursos sanitários e sua abordagem ético-legal: algumas situações paradigmáticas e os desafios na eleição de balizas razoáveis	367
6. CONCLUSÕES	389
REFERÊNCIAS	397

1. INTRODUÇÃO

É inegável que a saúde é hoje um dos direitos mais essenciais ao ser humano e ao cidadão, resultado de longa evolução e de árduas conquistas no decorrer na história. As dificuldades em sua implementação, entretanto – seja de cunho fático, como a escassez material; seja de natureza ideológica, como a resistência à aplicabilidade e à eficácia do direito social à saúde; ou, ainda, de caráter político, como a má elaboração e gestão dos recursos disponíveis –, ameaçam tornar essa conquista, muitas vezes, um “direito de papel”, acentuando a disparidade entre o discurso constitucional de proteção à saúde e a realidade de carências.

O presente estudo versa sobre essa disparidade: o hiato existente entre a dicção constitucional de proteção à saúde – sua eficácia e efetividade como direito de todos e dever do Estado – e a realidade de não implementação adequada, motivada, sobretudo, por razões jurídico-ideológicas e pelas naturais dificuldades na gestão de recursos escassos para necessidades ilimitadas. Nessa senda, destaca-se também a discussão dos mecanismos passíveis de melhorar esse quadro, especialmente a racionalização da atuação judicial efetivadora e o conhecimento e a análise dos processos éticos de alocação, tanto no âmbito da macroalocação de recursos, realizada na esfera das políticas públicas, quanto no âmbito da microalocação individual de recursos.

Dentre os motivos identificados para esse distanciamento teórico-prático, o desafio de mais difícil superação se revela como sendo a escassez real de recursos. E não se fala aqui apenas na escassez de recursos econômicos, mas também nas incontornáveis limitações de recursos humanos e de bens infungíveis – como os órgãos disponíveis para transplante – situação não raro agravada pela ineficiência das políticas públicas no setor e pela oposição a um controle judicial em relação à razoabilidade dessas políticas, sob os mais diversos fundamentos.

A resistência ideológica à eficácia do direito à saúde, como norma constitucional programática de direito social, pode ser discutida, ainda, na dimensão teórico-linguística, mediante revisão da interpretação dada aos direitos fundamentais e, em especial, àqueles assim expressos na Carta Magna. Da escassez, por seu turno, depreende-se a inafastável e árdua necessidade de estabelecer limites ou parâmetros à alocação individual e coletiva de recursos. Mas como estabelecer quais os limites considerados razoáveis para os recursos em saúde, considerando a essencialidade desse direito?

Questionamentos como esse, ao lado da percepção do aumento de casos de decisões relativas à distribuição de recursos em saúde submetidos ao crivo do Judiciário, motivaram o interesse pelo tema – desafiador e talvez até insolúvel, mas de discussão inegavelmente necessária e mesmo urgente nesse momento. Veja-se, ademais, que a própria esfera normativa, além de carente de orientações específicas para o deslinde de tais questões, traz, por vezes, comandos aparentemente contraditórios, a exemplo da primazia de atendimento simultaneamente ordenada para crianças, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e para idosos, no Estatuto do Idoso.

Indica-se, assim, dentre os *problemas* levantados em torno da questão, a preocupação de como (e mesmo se é de fato possível) compatibilizar a previsão constitucional que assegura os direitos fundamentais, como parte da própria dignidade humana – e, mais precisamente, o conteúdo relativo ao direito à saúde – com a inegável escassez de recursos econômicos e não econômicos necessários a sua implementação. Ou seja: Existe resposta para as chamadas “decisões trágicas em saúde”? Incumbido o Judiciário, como guardião constitucional, da vigilância quanto ao cumprimento desse direito, até que ponto pode ele intervir numa matéria que é, originalmente, de decisão política do Legislativo ou do Executivo? Diante do caso concreto, como saber se determinado tratamento deve ou não ser custeado com recursos públicos ou para que paciente deve ser destinado um recurso não financeiro escasso, como um órgão para transplante ou uma vaga em UTI? Quais os critérios aplicáveis? É a visão utilitária que deve prevalecer? É a ideia de que a vida justifica quaisquer gastos e providências? E o que dizer das inúmeras outras vidas, que não estão no processo e também dependem do dinheiro público ou dos recursos não financeiros em falta? Como encontrar o meio-termo entre esses dois extremos?

Para a abordagem dos problemas levantados, serão avaliadas a evolução e a abordagem atual da matéria, recorrendo-se a fontes doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, cotejando-se, sempre que cabível, a disciplina pátria com paradigmas internacionais, documentos de organismos internacionais e orientações observadas no direito alienígena. No âmbito das pesquisas realizadas, procurou-se, além da referência a obras clássicas, apresentar produções locais realizadas na área, cujo teor possa trazer ideias novas e enriquecedoras ao plano doutrinário específico. Também se procurará apresentar e discutir parâmetros racionais e humanos, a partir da investigação de subsídios éticos e bioéticos que auxiliem a viabilizar esse diálogo na prática jurídica, política e social. Veja-se que, conquanto a alocação privada de recursos seja temática de indubitável relevância, a ênfase ora dada se

focará na alocação pública, considerando seu caráter prioritário em relação à prestação privada da saúde, no texto constitucional.

A *hipótese* sustentada é que o direito fundamental à saúde é eficaz e imediatamente aplicável, exigível e sindicável judicialmente. Mas é preciso encontrar e esclarecer – tanto pelo administrador quanto pelo julgador, quando da seleção, concessão ou denegação de certo bem em saúde – quais os parâmetros de alocação utilizados, permitindo, assim, a necessária transparência e a aferição da razoabilidade, da coerência dos critérios, da conformidade da discricionariedade administrativa exercida com os ditames constitucionais e da legitimidade do discurso jurisdicional na espécie.

As diretrizes de alocação escolhidas devem ser capazes de responder, da maneira mais racional e satisfatória possível, os questionamentos suscitados pelo embate entre o direito fundamental à saúde afirmado constitucionalmente e a realidade de recursos escassos, sem esvaziar o texto constitucional relativo à dignidade humana, mas, de outro lado, sem se contrapor à verdadeira reserva do possível, sob pena de se converter o discurso constitucional em promessa vã e ilusória. Propugna-se, assim, um uso mais responsável, efetivo e construtivo da linguagem jurídica.

Nesse contexto, a eventual impossibilidade de prestação de determinado bem em saúde não significa necessariamente o descumprimento do comando constitucional relativo ao respectivo direito fundamental, podendo-se mostrar como contingência da própria realidade, desde quando evidenciadas as condições de razoabilidade, empenho ou possibilidade de adequada prestação alternativa, compatível com o tratamento condigno ao ser humano. Na busca a essas respostas, a Bioética revela-se de grande auxílio, como linguagem complementar e fonte de conhecimentos específicos, tendo como um de seus pilares o princípio da justiça e a preocupação com questões de alocação de recursos escassos em saúde, de forma a melhor atender à noção de justiça como equidade.

No que tange à *originalidade da abordagem*, requisito de uma tese de Doutorado, é de se notar que, a despeito da inegável importância da matéria, que a todos afeta em maior ou menor grau, os temas de Direito Sanitário recebem atenção relativamente parca no país. Com isso, chamados a resolver, em última análise, tais questões, os operadores do Direito se veem muitas vezes desprovidos de parâmetros que os auxiliem na tomada de decisões, assim como se observa essa carência também no que tange aos administradores de recursos em saúde e mesmo aos profissionais das áreas médicas. Ademais, a vertente ora trabalhada busca agregar aos aspectos jurídicos uma visão multidisciplinar, somando as discussões acerca do

tema na área da Bioética ao recorte relativo à análise do discurso jurídico e de suas divergências com a realidade, o que indica o caráter inovador do trabalho.

Quanto à *importância do tema*, a tese em exame está diretamente ligada a sua inserção no meio social, envolvendo as noções de utilidade e de atualidade. Nesse diapasão, a *relevância e a utilidade* da abordagem proposta ressaem nítidas, sobretudo em face de sua aplicabilidade no plano jurisdicional, de modo a se evitar, de um lado, a tendência à concessão indiscriminada e irrazoável dos pleitos relativos à saúde; e, de outro lado, a negativa peremptória de tais demandas, como se não coubesse ao Judiciário aferir essas questões, intimamente relacionadas ao cumprimento de direitos fundamentais.

Além da evidente aplicação no âmbito da prestação da justiça, é de se assinalar a *atualidade da matéria*, num momento histórico em que a Humanidade se mostra cada vez mais ciosa da proteção e da concretização de seus direitos e de sua dignidade, ao mesmo tempo em que a evolução biotecnológica cria necessidades cada vez maiores e mais dispendiosas, nem sempre acessíveis a todos que delas se poderiam beneficiar.

No tocante à *adequação à linha de pesquisa*, grifa-se, igualmente, que o tema escolhido se mostra adequado à proposta a que se destina, qual seja, uma tese de Doutorado em Direito Público, e se encontra em sintonia com a linha de pesquisa apontada (Limites do Discurso Jurídico), uma vez que vem estudar exatamente modos de conciliar a linguagem garantista constitucional e as normas programáticas relativas ao direito à saúde com a realidade prática da escassez, de forma a se assegurar a eficácia das referidas normas, sem, contudo, dar-lhes feição de mera expressão simbólica, vazia e irrealizável.

Não se tem a pretensão de apresentar soluções apriorísticas definitivas, primeiramente em razão da multiplicidade e da mutabilidade dos valores envolvidos, ao que se acrescem as graves implicações práticas do tema e sua complexidade, inviabilizando a formulação de uma solução uníssona, dissociada dos casos concretos. Visou-se, no trabalho, mais precisamente, à efetiva aplicabilidade prática, buscando fornecer uma visão crítica, realista e aprofundada da matéria e apresentar dados, princípios e critérios gerais que se mostrem úteis a nortear as condutas no setor, tanto no âmbito das políticas públicas, quanto em relação às decisões individuais, de modo a favorecer um tratamento mais coerente, eficaz e equânime ao tema, em face da necessidade e da urgência que costumam acompanhá-lo.

Para a análise da questão, dividiu-se o estudo em seis capítulos, sendo quatro deles de desenvolvimento do conteúdo. Nesse contexto, os capítulos 2 e 3 se destinam a situar a discussão na linha de pesquisa, em relação à análise do discurso jurídico, no que toca à questão da validade e da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais,

e, em especial, do direito fundamental à saúde, bem como a evolução do pensamento na área, a embasar os processos interpretativos de dimensionamento do referido direito. Embora temas de relativa assiduidade, compunham-se premissas pertinentes e inolvidáveis para a matéria em exame, na busca por uma abordagem o mais responsável e empenhada possível, tendo-se procurado agregar contribuições pessoais à discussão de temas clássicos da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Constituição, então direcionados para a linha em estudo, notadamente no que concerne à linguagem e ao discurso jurídicos. Já os capítulos 4 e 5 procuram trazer propostas de análise e contribuições mais específicas sobre o tema em foco, delimitando os principais desafios práticos à alocação de recursos financeiros e não financeiros em saúde, bem como apresentando e discutindo os critérios gerais que devem reger as chamadas escolhas trágicas.

Nessa linha, o Capítulo 2 (“*A evolução do direito à saúde como discurso jurídico e como política pública*”) dirigiu-se a analisar a trajetória e a evolução da saúde, em seu reconhecimento como discurso jurídico, direito humano, fundamental e social, e como política pública, pontos de partida para sua efetivação, partindo-se da discussão acerca da excessiva amplitude do conceito atualmente atribuído à saúde, o que repercute, decerto, na efetividade e na interpretação a ser dada a esse direito, bem assim na elaboração das políticas públicas para seu implemento. Examinam-se, em relação aos direitos fundamentais, sua evolução em direção a um Estado de Bem-Estar Social; a fundamentação teórica que respalda o reconhecimento desses direitos; a abordagem do direito à saúde em sede da documentação internacional de direitos humanos, que influencia a legislação interna; e as características atribuídas a esses direitos, que terão reflexo, entre outros aspectos, na principiologia gestora do Sistema Único de Saúde brasileiro.

O Capítulo 3 (“*Dos direitos sociais e sua eficácia: como interpretar a dicção constitucional em face da realidade*”) enfatiza a linguagem e a análise das possibilidades e dos meios de concretização do discurso jurídico-constitucional das normas programáticas de direitos sociais, em que se situa o direito à saúde, sua validade e seu alcance teóricos, posicionando-se em favor de uma interpretação que favoreça a aplicabilidade, a eficácia e a efetividade do direito à saúde, de forma compatível com os atuais ditames na nova hermenêutica constitucional e do neoconstitucionalismo, como teorias de resgate ético e axiológico no campo do Direito, reconhecendo-se a condição da saúde como direito subjetivo, juridicamente exigível, mas cujos contornos semânticos devem ser devidamente esclarecidos, também à luz das circunstâncias concretas.

O Capítulo 4 (“*A efetivação judicial do direito à saúde*”) defende e labora a possibilidade da materialização judicial do direito à saúde, quando falho seu implemento espontâneo, seja no âmbito coletivo (macroalocação) ou individual (microalocação), no escopo de converter o discurso em prática, inclusive em face do reconhecimento da saúde como parte do mínimo existencial associado à defesa e à garantia da dignidade humana. Não se ignoram, para isso, os argumentos geralmente apresentados contra essa possibilidade nem as dificuldades apontadas para sua implementação, em que se destacam a própria indeterminação conceitual e essencial do referido mínimo e a escassez real, fática ou material, a dar contornos mais tangíveis à teoria da reserva do possível.

O Capítulo 5 (“*Justiça, equidade e alocação de recursos escassos em saúde: a Bioética como auxílio para o desenvolvimento de diretrizes*”) se foca na apresentação de instrumentais teóricos possíveis, com apoio nos conhecimentos bioéticos, para melhor respaldar as alocações e orientar a atuação dos atores sociais envolvidos. Discutem-se, então, as noções de justiça, com especial ênfase à ideia de justiça como equidade, como elemento jusfilosófico relevante para a compreensão e manejo do tema; a possibilidade de recurso à principiologia bioética como subsídio suplementar válido para a abordagem jurídica das questões de alocação; e a apresentação e análise dos critérios de alocação possíveis – mais estudados no âmbito da Bioética, mas cujo conhecimento também se mostra de grande valia para o administrador em geral e para o operador do Direito, especialmente diante da análise de situações paradigmáticas, como a discussão de pleitos envolvendo tratamentos experimentais, *exempli gratia* – no intuito de melhor conciliar o discurso jurídico de proteção à saúde e a realidade de escassez, e de estimular a coerência e o aperfeiçoamento das prestações no setor.

Os resultados das análises são sistematizados sob a forma de conclusões, ao término do trabalho, seguindo-se as referências citadas, utilizadas como suporte para o estudo e para a elaboração do texto.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DISCURSO JURÍDICO E COMO POLÍTICA PÚBLICA

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências. (Norberto Bobbio)¹

Há um mal econômico que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político, que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres. (José Saramago)²

A saúde é hoje reconhecida, ao lado da proteção à vida, como dos mais básicos direitos conferidos ao ser humano e devidos pelo Estado, vez que considerada substrato para o exercício dos demais direitos. Nem sempre foi assim. Seja como direito reconhecido, seja como política pública de efetiva implementação do bem-estar físico e psíquico, a proteção e a promoção à saúde ganharam força a partir da Idade Média, atingindo seu ponto culminante já na Idade Contemporânea, mais precisamente após o século XVIII, no âmbito das políticas públicas, com o surgimento da medicina social³, e no século XX, com o surgimento dos direitos sociais. Antes disso, a preocupação com a saúde era apenas indireta, reflexa, e não como direito em si, exigível do Estado.

Mesmo atualmente, contudo, há profícua discussão sobre o nível de exigibilidade desse direito, notadamente por envolver decisões políticas de alocação de recursos, com todas as implicações materiais, financeiras, orçamentárias e organizacionais que as circundam.

De outro lado, pergunta-se se é possível cindir a saúde, estipulando um parâmetro de proteção básica garantida simultaneamente como política pública e como direito subjetivo juridicamente aferível e exigível. Eis aí o primeiro desafio do discurso jurídico em saúde e das políticas públicas na área: estabelecer e conciliar limites, dimensionar o direito à saúde. O desafio seguinte está em como concretizá-lo, dando-lhe efetividade.

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 06.

² Epígrafe em STRECK, Lênio; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 22.ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 79.

2.1 Conceito atual de saúde e suas implicações

Um ponto de partida possível para avaliar a alocação de recursos em saúde e o modo de aperfeiçoá-la é analisar a que se propõem o Estado e a Constituição, quando se dispõem a promover e a garantir esse direito.

O conceito de saúde mais adotado atualmente é aquele dado pela Organização Mundial de Saúde⁴, no preâmbulo de sua carta de constituição, que associa a condição humana salutar não apenas à ausência de doença, de incapacidade ou de condições intrinsecamente patológicas (definição realmente tautológica), ou, ainda, à simples normalidade do funcionamento orgânico⁵, mas a um estado de “*completo bem-estar físico, mental e social*”.

Esse ideal de saúde é muitas vezes criticado por seu caráter utópico, visando a uma perfeição inatingível e compelindo a uma integração que repudia qualquer sensação de não-pertinência, ainda quando inerente à própria condição humana⁶, o que termina por gerar, pelo próprio grau excessivo de exigência do conceito, um sentimento patológico de inadequação. Em outras palavras: “*em 1946, talvez buscando uma terapêutica para o zeitgeist depressivo do pós-guerra, a Organização Mundial da Saúde reinventou o Nirvana e chamou-o de ‘saúde’*”⁷.

Ante essa análise, já se pode perceber que o jogo linguístico, em que se busca resolver com o discurso problemas da realidade, criando-se, a partir daí, novas dificuldades, agora de concretização, não é exclusividade do Direito.

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constitution of the World Health Organization. Basic Documents*. Genebra: OMS, 1946. Disponível em <http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf>, acessado em 20.ago.08.

⁵ Assim na definição mais denotativa encontrada em FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1.814, v. saúde: “*Saúde. [Do lat. Salute, ‘salvação’, ‘conservação da vida’.] S.f. 1. Estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são. 2. Força, robustez, vigor [...]. 3. Disposição do organismo [...] 4. Disposição moral ou mental [...]*”. Seguindo a ideia de normalidade fisiológica, como o funcionamento que não gera incômodo para o organismo, SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32, cita definição de saúde do século XVIII como “*o silêncio dos órgãos*”. Para a definição atual, todavia, não se deseja apenas que os órgãos trabalhem silenciosamente, mas que o façam com genuíno entusiasmo, para serem considerados saudáveis.

⁶ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997.

⁷ ALMEIDA FILHO, Naomar de. O conceito de saúde: ponto-cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 3, n. 1-3, 2000. Também criticam, por utópica, tal definição BERGEL, Salvador Darío. Responsabilidad Social y Salud. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 2, n. 4, p. 443-467, 2006; e DANIELS, Norman. *Just Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 29, mencionando a genérica associação então feita entre saúde, como estado de completo bem-estar, e felicidade, expressões que, observa, nem sempre são sinônimas.

De fato, como ideal, a noção de uma plena satisfação física, mental e social é o objetivo buscado por qualquer indivíduo, consciente ou inconscientemente. O problema surge, entretanto, quando se passa a questionar a extensão de cada um desses elementos e a possibilidade efetiva de atingi-los, ou, ainda, quando sua busca passa a ser, por si, uma fonte de patologias.

Segre e Ferraz⁸ citam, por exemplo, a criação, na década de 90, pela Associação Médica Americana, de uma entidade nosológica batizada “síndrome da felicidade”, em que a busca compulsiva pelo pleno bem-estar e pelo completo estado de felicidade – com todas as dificuldades que sua definição implica, bem assim com todas as novas necessidades que se têm criado para o alcance social dessa felicidade – culmina por gerar um quadro patológico.

Dois aspectos chamam a atenção nesse âmbito. Um deles, como já se esboçou, decorre da própria dificuldade em caracterizar essa plena satisfação, dentro de sociedades plurais, mas que tendem, gradativamente, à massificação de valores muitas vezes externos aos indivíduos em si. Assim é que a ideia de felicidade, cujas implicações culturais são evidentes, passa, pouco a pouco, a depender de uma série de exigências, de tendências uniformizadoras e globalizadas, que, desatendidas, começam a gerar, de fora para dentro, a perda da sensação de bem-estar mental, social e mesmo físico – ou seja: a perda da saúde.

É dizer que, a despeito dos clamores pela aceitação das diferenças que tornam cada ser humano único em sua biologia e em sua biografia, bem assim a despeito dos esforços de convivência em sociedades culturalmente plurais, a pressão pela uniformização ainda é uma fonte de adoecimento, quando se foge ao estereótipo do “pleno bem-estar”, por mais inatingível que ele de fato seja. Admiti-lo inalcançável, porém, é admitir-se doente.

Já constatará Foucault⁹, com propriedade, que a noção de doença mental, por exemplo, foi constituída historicamente como forma de repúdio à visão diversa da realidade, mesmo que em níveis não necessariamente patológicos, mas meramente ideológicos, o que hoje se poderia identificar com a sensação de não-pertinência, que agride a faceta da saúde relativa ao pleno bem-estar mental e social. Também se verifica, na obra clássica de Aldous Huxley¹⁰, a identificação do “estranho”, do não parametrizado, com o patológico, numa sociedade futura, marcada pela uniformização e pela massificação de uma felicidade artificialmente delineada.

⁸ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. op. cit., p. 539.

⁹ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 121.

¹⁰ HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. Trad. Lino Vallandro. 2.ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 60, 77, 107-115, 127, 135, 182.

É curioso assinalar a percuciente observação de Giovanni Berlinguer¹¹, segundo o qual, à época da elaboração do referido conceito de saúde, havia de circular aos sussurros, pelos corredores da Organização Mundial de Saúde que “*se alguém vier aqui e afirmar que se encontra num estado de completo bem-estar etc., etc., etc., vamos interná-lo no manicômio*”. Para esse autor, a saúde não é perfeição, mas um *equilíbrio variável*, que se pode hoje mudar notavelmente para melhor, sem, contudo, considerar provável a possibilidade de se atingir a absoluta plenitude, cuja busca desmedida termina por induzir pacientes e médicos a tratar o supérfluo e a realizar excessos.

O segundo aspecto que daí decorre e que mais interessa à presente abordagem diz respeito exatamente aos custos dessa saúde tão globalizante e globalizada. Como adiante se verá, a noção de dignidade, como a de felicidade, é também de difícil delimitação. Como, então, estabelecer o mínimo necessário à consecução do pleno bem-estar social, enquanto integração dignificante?

Veja-se que os custos com a saúde aqui referidos não se restringem às despesas com os cuidados higieno-dietéticos e medicamentosos, mas também envolvem o provimento dos elementos que assegurem a sensação de adequação feliz ao meio no qual se vive, representado, hoje, por uma típica sociedade de consumo.

Assegurar a saúde seria, então, em última instância, assegurar também o direito de consumir. Não apenas de consumir medicamentos e tecnologias diretamente relacionadas à saúde, cada vez mais caros e modernos, mas, também, consumir de um modo geral, como parte bem integrada da sociedade.

Como falar, então, em limitar custos com a saúde, se sua definição se encontra tão intimamente imbricada com o substrato material do bem-estar? Como limitar custos se a plenitude reside, em parte, no sentir-se com acesso ao que outros têm, como parte de uma integração social salutar?

Limitar custos e, conseqüentemente, acesso a determinados recursos em saúde, por outro lado, implica, de per si, questionar a possibilidade de cindir, de impor limites à própria saúde, bem cuja definição supramencionada sugere uno e incindível. O direito à saúde individual, aliado ao direito à igualdade, envolveria, por esse diapasão, o direito de acesso ao

¹¹ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Trad. Lavínia Bozzo Agilar Porciúncula. Brasília: UnB, 2004, p. 211-212. Afastando o conceito internacional, em prol de uma visão que reputa mais concreta, Berlinguer vislumbra a questão da saúde sob um duplo caráter: *intrínseco* (como a aferição da presença, limitação ou ausência de capacidades vitais) e *instrumental* (como condição essencial para viver em liberdade). Também em favor de um conceito mais plausível, Segre e Ferraz (SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. op. cit.) identificam a saúde com “*um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade*” – física, psíquica e social.

melhor e mais moderno tratamento existente, e nada menos que isso. Tal raciocínio é, naturalmente, insustentável na prática.

Por esse curioso prisma, a evolução médico-tecnológica, ao passo em que se dedica a promover mais saúde, arrisca-se a ser fonte de maior instabilidade pessoal na sensação de adequação, de pertença e de bem-estar social e, com isso, torna-se também fonte indireta de adoecimento.

É diante do paradoxo dessa constatação que se faz mister buscar parâmetros para a questão da saúde, o que não pode se resumir ao fornecimento de todo e qualquer tratamento, mas a um pensamento de políticas concretas, que atendam às necessidades do coletivo e do indivíduo, escapando ao ciclo vicioso da pobreza, de um lado, e do consumismo desenfreado, de outro. Há de se buscar não necessariamente o melhor suposto, mas o necessário (e, em última instância, o equilíbrio entre o necessário e o efetivamente possível), dentro de uma avaliação de razoabilidade e bom senso.

Propõe-se, aqui, portanto, a árdua e desafiadora busca ao meio razoável de promover e assegurar a saúde, garantindo efetividade ao comando constitucional, sem vê-lo sucumbir à tentação idealizadora e inalcançável que o próprio conceito vigente de saúde pareceu abraçar; e permitindo, se não o perfeito bem-estar físico, mental e social, ao menos o caminho minimamente equânime em direção a esse equilíbrio.

Para isso, e perante a fluidez do conceito da Organização Mundial de Saúde, outros textos vêm procurar dar-lhe estofos mais concretos nesse trajeto entre o discurso e a realidade, como se observa na instrução constante da VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, e que serviu de base para a disciplina constitucional do tema, dois anos depois. Estabeleceu a referida Conferência: "*Saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação; educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acessos aos serviços de saúde, é assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social*"¹².

Em tal esclarecimento, verifica-se a clara e íntima vinculação da saúde ao conjunto dos direitos fundamentais em geral e à realização dos direitos ditos sociais no particular. Nessa linha, aponta-se, ainda, o ideal de vida saudável como sendo decorrente da justiça social e da promoção dos demais direitos, como forma de assegurar a consecução (ou,

¹² VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Modelo Assistencial e de Gestão para Garantir Acesso, Qualidade e Humanização na Atenção à Saúde, com Controle Social. Disponível em <<http://www.datasus.gov.br/cns/11Conferencia/relatorio/MODELO%20ASSISTENCIAL.htm>>, acessado em 20.ago.08.

ao menos, a oportunidade equânime de consecução)¹³ do pleno bem-estar buscado, a ser procurado e promovido mediante duas frentes principais e interligadas: a da medicina clínica, como cuidado individual e a da saúde pública ou medicina social, a tratar da saúde da população, no âmbito coletivo¹⁴.

Quer-se dizer, com isso, que um conceito extremamente amplo não significa inexoravelmente garantir melhor a saúde. Projetos mais modestos e realistas podem abranger uma meta mais audaciosa, que é a de efetivar em maior escala esse direito, sobretudo mediante a prevenção, meio reconhecidamente mais econômico e eficiente, com a vantagem primeira de poupar sofrimentos evitáveis. Tampouco se pregam o conformismo ante as dificuldades de acesso aos recursos de saúde ou a passiva aceitação do argumento da escassez financeira, como obstáculo intransponível à proteção desse direito. Mas, de outro lado, contornar a escassez com a mera ampliação do conceito de saúde não colabora para resolvê-la, criando a impressão, pelo contrário, de objetivo cada vez mais distante e inatingível. Daí a necessidade de se densificarem o conceito e o direito em questão, conciliando discurso, expectativas, carências e realidade, a fim de melhor viabilizá-los e situá-los como parâmetros concretos para as políticas públicas na área, permitindo, ainda, deles aferir diretrizes mais tangíveis para as demandas que se apresentam.

2.2 A saúde como direito humano, fundamental e social

Paralelamente à evolução do conceito, a própria inclusão da saúde no rol de direitos considerados imprescindíveis à condição de respeitabilidade humana, sob guarida da norma máxima de um país, é conquista relativamente recente e consequência de todo um desenvolvimento jurídico e cultural, cuja trajetória é mais conhecida doutrinariamente no âmbito das sociedades ocidentais.

¹³ Sobre a igualdade de oportunidades como lastro de equidade e justiça, cf. item 5.4 infra.

¹⁴ Assim em BERGEL, Salvador Darío. op. cit., p. 446. Também sobre o tema, cf. a tese de AITH, Fernando Mussa Abujamha. *Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro*. 2006. 458f. 2v. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, enfatizando os aspectos jurídicos relacionados com a proteção e com os fatores determinantes da saúde do indivíduo e da população. Esse autor diferencia a área da medicina clínica da área da saúde pública, ao explicar que, enquanto aquela trata dos doentes (quer-se dizer: da saúde das pessoas, individualmente consideradas), esta se preocupa com as coletividades “dentro do quadro dos dispositivos públicos para a promoção da saúde”, de modo a indicar, simultaneamente, “uma realidade epidemiológica (o estado de saúde de uma população), um modo de gestão (frequentemente associada à atividade estatal para a Administração da saúde), uma área de atividade (caracterizada pela especialização profissional e institucional) e uma área do conhecimento humano” (p. 56), estando mais relacionada, portanto, com o pensar das políticas públicas no setor.

Após a inserção dos direitos sociais entre os direitos humanos e fundamentais, e do direito à saúde entre eles, já não haveria motivos para discutir se a proteção jurídica em questão caracterizaria ou não um direito. A despeito disso, há ainda quem questione sua exigibilidade como tal¹⁵. Sem razão, como a própria análise dessa evolução permite demonstrar.

A discussão do tema abrange, inicialmente, a análise do discurso jurídico de proteção ao direito à saúde, de seu histórico até os dias atuais, como respaldo teórico para as políticas públicas na área, e das características comumente atribuídas a esses direitos. De início, é de se verificar sua categorização como direitos naturais, humanos ou fundamentais, o que reflete a expressão da corrente de fundamentação filosófica, reconhecida como lastro desses direitos em geral e do direito à saúde, no particular.

2.2.1 Direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais: um problema terminológico ou de fundamentação teórica?

Inicialmente, em se falando de direito fundamental à saúde, é conveniente esclarecer a que se reporta o signo ora utilizado – direito fundamental – em face de outros, muitas vezes a ele associados (como “direitos naturais”, “direitos humanos”, “direitos da personalidade” etc.), discutindo-se, ainda, a origem de tal pluralidade terminológica: se lastreada em uma distinção ontológica ou se decorrente de diferentes âmbitos de fundamentação teórica, o que soa mais plausível, entre os estudos atuais.

Com efeito, as três expressões (direitos naturais, humanos e fundamentais) têm apontado, sucessiva ou concomitantemente, ao longo da história, para um rol de direitos – cujo conteúdo exato é temporalmente condicionado – relacionados com a valorização e o respeito ao ser humano, em razão de sua própria condição humana.

Ontologicamente, não parece haver distinção intransponível entre as expressões, chegando a afirmar Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶ que: “*a doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, não nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade*”.

Nesse contexto, a expressão *direitos naturais* é a mais antiga na função de designar direitos reconhecidos ao homem como atributo de sua humanidade mesma, em

¹⁵ Cf. itens 3.2 e 4.5 infra.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 09.

razão, aqui, de um *direito superior* ou *anterior* ao direito posto e que a este deveria inspirar e lastrear. Esse direito superior – que, para os sofistas na Antiguidade helênica era relacionado à natureza, na Idade Média era entendido como de origem divina, e, com a ascendência do Humanismo, foi associado à razão – detinha pretensão de fundamento absoluto, atemporal e universal, de sorte que os direitos daí decorrentes seriam meramente descobertos, reconhecidos, dentro de um catálogo inato e perene¹⁷.

Com a ascensão do positivismo jurídico, a menção a direitos naturais passou a ser refutada como utópica e acientífica, de modo que não se verificam muitas menções abertas a essa terminologia como indicativa dos direitos humanos, direitos do homem ou direitos fundamentais, expressões essas bem mais utilizadas atualmente.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, contudo, a expressão *direitos do homem*, a despeito de hodiernamente mais benquista, também guarda íntima relação com essa origem jusnaturalista. Em sentido semelhante posiciona-se Robério Nunes dos Anjos Filho¹⁹, ao comentar a confusão terminológica suscitada ao se falar em “*liberdades fundamentais, direitos fundamentais, direitos subjetivos públicos, direitos do Homem, direitos e garantias fundamentais, liberdades públicas, direitos individuais, direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos naturais, direitos civis, dentre outras*”. Esclarece o autor baiano que

estes direitos podem estar ou não positivados em algum diploma normativo. Assim, *direitos do Homem* designa direitos naturais, que não foram ainda positivados [...]; *direitos humanos*, por sua vez, relaciona-se com direitos já

¹⁷ Sobre o histórico do pensamento jusnaturalista, ao longo da evolução do Direito, e seu papel na era pós-positivista, cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro*. 2008. 276f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-37. Idem em PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: Uma Proposta de Tratamento Jurídico*. 2008. 300f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 31.

¹⁹ ANJOS FILHO, Robério dos. Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 7, p. 293-330, dez.1999, p. 294-296. Idem em SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 179-182. Em verdade, não raros autores mencionam a multiplicidade de expressões já associadas a essa classe de direitos. Afastam-nas, contudo, em sua maioria, por anacrônicas, restritivas ou simplesmente inadequadas, como se verifica em relação às expressões *liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos individuais, direitos civis*, hoje indicativas de apenas uma ou algumas dentre as várias esferas de proteções objetivadas pelos direitos humanos e fundamentais. Também CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2003], p. 393-397, comenta e afasta a utilização de diversas dessas terminologias, concentrando sua definição na distinção terminológica e de fundamentação entre *direitos do homem* e *direitos fundamentais*, ao afirmar que aqueles “*são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta*”.

positivados a nível internacional [...]; por fim, *direitos fundamentais* conceitua aqueles que foram reconhecidos e positivados por algum Estado em sua Carta Constitucional interna [...] A incorporação destes direitos ao texto de uma constituição escrita é um dos fatores que caracterizam o Estado Democrático de Direito. [...]

Verifica-se, assim, para esses autores, a distinção entre a expressão *direitos do homem*, como sendo referentes a direitos ideais, ontologicamente naturais, e *direitos humanos*, como aqueles que, independentemente de sua origem (se natural, moral ou convencional), ganharam algum nível de positivação, no âmbito internacional. Os *direitos fundamentais*, por seu turno, são direitos de conteúdo semelhante àqueles, mas que foram positivados no âmbito interno de cada Estado, ganhando em efetividade, ainda que perdendo em generalidade²⁰.

De outro lado, em favor da sinonímia entre as expressões *direitos do homem e direitos humanos*, pode-se alegar que a terminologia *direitos do homem* é a utilizada,

²⁰ Em relação à nomenclatura *direitos da personalidade*, adotada no Código Civil de 2002, tem-se que, segundo Maria de Fátima Freire de Sá (SÁ, Maria de Fátima Freire. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 38), os "*direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade. Contudo, há tanto o enfoque constitucional quanto o enfoque privatístico dos direitos da personalidade*". Assim, os direitos da personalidade correspondem ao enfoque privado dado aos direitos humanos, ao lado do enfoque constitucional dos direitos fundamentais. Também nesse sentido, José Castan Tobeñas (TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos del Hombre*. 4.ed. Madrid: Réus, 1992, p. 30) atribui aos direitos da personalidade âmbito mais reduzido que o dos direitos humanos, versando sobre determinados atributos físicos ou morais da pessoa humana, acrescentando que "*su teoría es muy moderna y pertenece, sobre todo, al Derecho privado [...]. Por el contrario, la teoría, más antigua, de los derechos del hombre tiene significación fundamentalmente política*". Para esse autor, "*unos y otros pueden ser conceptuados como derechos naturales*". A respeito dessa afirmação, tem-se que a natureza dos direitos da personalidade, como a dos direitos humanos, desperta aguerridas discussões. Mônica Aguiar (CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-60) os aponta como sendo hodiernamente considerados "*direitos subjetivos privados*", destacando em citação que, cotejados com os direitos fundamentais, estes pressupõem a existência de uma relação de poder (lembrando-se que o principal alvo contra o qual oposta a proteção conferida pelos direitos fundamentais é o Estado), enquanto os direitos de personalidade se exercem dentro de uma relação de igualdade, basicamente por particulares entre si. Acerca de sua fundamentação, a exemplo do que se dá com os direitos humanos, os direitos da personalidade dividem seus estudiosos em duas correntes principais: uma positivista, segundo a qual os direitos da personalidade existem enquanto e porque tutelados pelo Direito; e uma corrente jusnaturalista, para a qual o Estado apenas reconheceria direitos que são inatos ao ser humano como tal (nesse sentido, BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, que arrola os direitos da personalidade como sendo o direito à vida, à integridade física, ao corpo, a partes separadas do corpo, ao cadáver, à imagem, à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo, à identidade, à honra, ao respeito, à voz e às criações intelectuais). Ainda sobre o tema, Gagliano e Pamplona (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. v. I. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144 et seq. Idem BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. VII) definem os direitos de personalidade como sendo "*aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais*". Os autores esclarecem que já foi duramente criticado o entendimento segundo o qual os direitos da personalidade seriam "*poderes que o homem exerce sobre sua própria pessoa*", pois isso poderia dar ensanchas a que os direitos da personalidade fossem alegados como justificadores do suicídio, por exemplo, e mesmo para reclamar um suposto direito subjetivo à ajuda para esse fim. Em caso de choque entre os direitos da personalidade, Mônica Aguiar (loc. cit) chama atenção para a aplicação do princípio geral da proporcionalidade para dirimir os possíveis conflitos, do mesmo modo como é defendido para os direitos fundamentais, o que também fala em favor da similaridade de natureza e fundamentação que se reconhecerem a estes.

sobretudo na França (*droits de l'homme*), para designar os mesmos direitos reconhecidos nos documentos internacionais, sobretudo após a Revolução Francesa, os quais, no contexto pátrio, designam-se mais comumente por *direitos humanos*, representando “*as posições jurídicas atribuídas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado*”²¹. Resume Perez Luño²² que “*los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos*”.

A todas as definições que carregam consigo o espectro de uma fundamentação jusnatural, considera-as Bobbio²³ vagas, tautológicas e ilusórias. Alega esse autor que “*a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis*”. Em vista disso, e no intuito de dar mais consistência e eficácia aos referidos direitos – cujo conteúdo, assinala, tampouco foi o mesmo em todos os tempos – afirma o professor italiano seu caráter histórico, inclusive quanto à fundamentação. Considera, a propósito, que a própria busca a um fundamento absoluto é infundada e fadada ao fracasso, pois, defende, “*não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos*”, donde conclui inexistirem direitos fundamentais (no sentido de essenciais) por natureza.

Tal entendimento se coaduna com a crítica a que se sujeitam os direitos humanos no âmbito internacional, qual seja a de que, conquanto mais amplos que os direitos internamente reconhecidos como fundamentais, terminam por perder em efetividade e garantias. Atualmente, tem-se buscado contornar esse obstáculo mediante a instituição de órgãos de caráter supranacional, capacitados à exigibilidade e à vigilância do cumprimento dos referidos direitos, iniciativa ainda incipiente, mas promissora, como se pôde verificar recentemente, no Brasil, em relação à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos e à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Maria da Penha²⁴, entre outras atuações nessa esfera.

²¹ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães, op. cit., p. 32.

²² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 43-44, que se pode traduzir como: “Os direitos fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos”. Idem p. 44-51, ao se definirem direitos humanos e fundamentais, indicando-se não haver, de fato, uma distinção ontológica, substancial quanto aos conteúdos, restringindo-se a discussão a uma questão de uso linguístico, conforme afeto ao direito positivo interno ou aos documentos de direito internacional, de contornos mais imprecisos.

²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16-21.

²⁴ A bioquímica cearense Maria da Penha Maia Fernandes foi reiteradamente agredida pelo marido, tendo ficado paraplégica após tentativa de homicídio por ele perpetrada em 1983. Foram necessários, porém, mais de vinte

É inegável, contudo, que a positivação dos direitos humanos em diplomas internos e, mais precisamente, no Diploma Maior de cada país, assegurou a esses direitos níveis bem mais tangíveis – embora ainda deficitários, como se verifica em relação à saúde – de efetividade, ao adquirirem o respaldo do poder coercitivo do ordenamento jurídico a seu favor. É no sentido de direitos humanos positivados em uma ordem jurídica interna, que se situa a expressão *direitos fundamentais* ou *direitos humanos fundamentais*²⁵. Nas palavras de Nagibe de Melo Jorge Neto²⁶, a indicar a evolução, seja em termo de positivação, seja do próprio pensamento fundamentador desses direitos, “*os direitos fundamentais são netos dos direitos naturais e filhos dos direitos humanos*”.

A positivação dos direitos humanos na ordem interna não significa exclusivamente sua presença na constituição, em um rol expresso de direitos fundamentais. Em face disso construiu-se a distinção entre *fundamentalidade formal e material*. A fundamentalidade formal está, em regra, relacionada com a constitucionalização²⁷. Já a fundamentalidade

anos até que o agressor fosse julgado e punido. A demora da atuação judicial no caso custou ao Estado do Ceará uma indenização no valor de sessenta mil reais, e a luta de Maria da Penha inspirou a elaboração da Lei Federal n.º 11.340, de 2006, em combate à violência doméstica. A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos estão previstas no Pacto de San José, havendo outros organismos internacionais de natureza semelhante, para controle internacional do cumprimento dos direitos humanos, como o Tribunal Penal Internacional, e, na União Europeia, a atuante Corte Europeia de Direitos Humanos. O caso Maria da Penha e outros de atuação da Comissão e Corte Interamericana de Direitos, bem assim a estrutura desses órgãos, são detalhados em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁵ Como utilizado por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. loc. cit., e MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005. O Código de Ética Médica brasileiro de 1988, por outro lado, em que pese se tratar de um documento de cunho jurídico, pertencente ao direito positivo interno, ainda que de origem ética, adotou a terminologia *direitos humanos*. Segundo explica Perez Luño (LUÑO, Antonio E. Perez. op. cit., p. 29-32), a origem da expressão *direitos fundamentais* foi aproximadamente simultânea à da expressão *direitos do homem*. Afirma o autor que aquele termo surgiu na França, em 1770, no contexto dos movimentos que originariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, todavia, terminou cancelando a terminologia *direitos do homem*. A fórmula *direitos fundamentais* somente ganhou espaço, então, na Alemanha (*Grundrechte*), já no século XX, com a Constituição de Weimar e, posteriormente, com a Lei Fundamental de Bonn. Já a nomenclatura *direitos do homem* tem sua popularização atribuída a Thomas Peine, na obra *The Rights of Man*, em 1791-1792. A ambos os termos atribui o autor forte inspiração jusnaturalista iluminista. Observa Luño, a esse respeito (op. cit., p. 36) que própria ideia de “*declarações*” de direitos sugere que os mesmos seriam reconhecidos, e não criados ou concedidos, reforçando a noção de direitos naturais. Já Tobeñas (op. cit., p. 10) vislumbra na expressão *direitos fundamentais* certo caráter oficial, desde que utilizado na Carta das Nações Unidas de 1945.

²⁶ JORGE NETO, Nagibe Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 29. E segue: “*O fundamento de validade dos direitos humanos não é mais a razão ou uma causa divina transcendente de ordem ontológica, mas um acordo de vontades, o consenso. [...] A positivação desses direitos no ordenamento jurídico de cada Estado soberano transpõe os direitos humanos para um novo patamar de existência e de validade. São, então, chamados de direitos fundamentais e, enquanto tais, têm força normativa que, de regra, decorre da norma constitucional*”.

²⁷ Essa tese – que encontra referência em Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503-506), Canotilho (op. cit., p. 379; 403 e 406) e, no Brasil, em Manoel Gonçalves Ferreira Filho (loc. cit.) – foi de certa forma cancelada em decisão do STF, da lavra do Ministro Carlos Veloso, na ADIN n.º 1.497-8, propondo a necessidade de identificação dos “*verdadeiros direitos fundamentais*”, ao fundamento de haver hoje uma “*inflação de direitos fundamentais*”. Em contrapartida, porém, há de se reconhecer que tal entendimento – de que há direitos apenas formalmente fundamentais – vulnera a estatura das normas constitucionais, o que leva

material não se associa à constitucionalização formal, mas ao conteúdo desses direitos. Consequências da fundamentalidade material se observam, consoante lembrado por Canotilho²⁸, na tradição das *Common Law Liberties*. Essa ideia também oferece lastro à abertura da constituição para outros direitos fundamentais, ainda que não constitucionalizados, e ao tratamento desses direitos como normas de estatuta constitucional, a despeito de formalmente não arrolados na Lei Maior. A tese aproxima-se, ainda, dos conceitos de constituição formal e material, segundo a qual haveria normas que, por seu conteúdo (geralmente associado à organização do Estado e aos direitos fundamentais), comporiam materialmente a constituição, podendo não coincidir exatamente com o catálogo formal de normas nela consignado. A constituição material, como os direitos fundamentais materiais, teria uma função maior, para além da solenidade de compor o documento escrito chamado constituição.

Nesse contexto, os direitos fundamentais estão na constituição, mas também a transcendem, na medida em que sua presença na Carta Magna de um país representa a sintonia desta com o pensamento internacional acerca do tratamento devido ao ser humano. Sinaliza o compromisso com esse quadro internacional de defesa à pessoa e consequente limitação do poder governante. Assim já constava no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), segundo o qual a sociedade em que não estejam asseguradas a garantia de tais direitos e a separação dos poderes não tem de fato constituição.

Também Alexy não discrepa do pensamento de que os direitos em questão dão lastro de validade internacional à constituição. Marcando, contudo, a tendência pós-positivista de resgate axiológico²⁹, defende esse autor a intimidade entre Moral e Direito³⁰ como

Ana Cristina Meireles (*A Eficácia dos Direitos Sociais: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 102) a tecer a seguinte crítica: “*De outro lado, não se pode admitir que, no próprio catálogo, seja feita distinção entre direitos materialmente fundamentais e formalmente fundamentais, cabendo aos Poderes Constituídos decidir qual direito é, ou não, formal ou materialmente fundamental*”. Lúcida e coerente a observação. Quer parecer que, de fato, a ideia de fundamentalidade formal, ainda quando doutrinariamente útil, como análise crítica da técnica constitucional, não pode comprometer a força inerente das normas constitucionais. O que haverá, naturalmente, diante do caso concreto, é a ponderação de interesses (igualmente constitucionais) em tensão, com eventual privilégio de normas que se mostrem materialmente mais relevantes naquele embate, refutando-se uma caracterização *prima facie* como formal ou materialmente fundamentais. Também é útil, na hipótese, a noção de um mínimo existencial – objeto do item 4.3 infra – que buscaria identificar um cerne mais visceralmente essencial dentre os direitos fundamentais, não negando, contudo o caráter de fundamentalidade aos demais direitos assim caracterizados pelo Constituinte originário. Por outro lado, contudo, é de se reconhecer que a ideia correlata de materialidade fundamental ou de direitos materialmente fundamentais ainda que não o sejam formalmente, é vantajosa, quando se destina a ampliar o rol de direitos fundamentais, o que se coaduna com as características desses direitos, notadamente a progressividade e a não taxatividade (cf. item 2.2.2 infra).

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 379 e 406.

²⁹ Cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. loc. cit., e item 3.3 infra.

³⁰ Também no sentido da aproximação entre Direito e Moral, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria

necessária à própria legitimação do Direito, e assinala, como ponto significativo dessa interseção, o reconhecimento dos direitos humanos e de sua versão positivada, os direitos fundamentais³¹.

Com efeito, o Positivismo vem sofrendo, desde meados do século XX, acerba crítica por priorizar a legalidade normativa estrita, como se fosse possível expurgá-la de qualquer análise de valor³², e restringir sua discussão de legitimidade à mera análise de validade, bem assim ao fato de resumir a fundamentação normativa à correspondência à lei superior de que derivasse a norma em exame. Tal corrente de pensamento – que tem em Kelsen seu célebre condutor – buscara assegurar cientificidade ao Direito, afastando-o exatamente do pensamento jusnaturalista, da confusão com a Moral e com outras áreas do conhecimento, como a Filosofia e a Sociologia. Foi um momento histórico necessário. Hoje, contudo, o exclusivamente formal já não responde às questões de sociedades cada vez mais complexas. O exame da legitimidade fundamentadora das normas torna-se uma necessidade inafastável e, com ela, o resgate da proximidade entre Direito e Moral.

Essa moralidade jacente nos princípios e nos direitos fundamentais, chama-a Alexy de *pretensão de correção*³³ e atribui-lhe, ao lado da exigência kelseniana de um mínimo de eficácia social³⁴, a qualidade de condição para a validade do próprio ordenamento jurídico. Para Alexy, portanto, a fundamentação dos direitos humanos, positivados ou não numa ordem interna, resulta da Moral, de um *consensus omnium gentium*, referente a um sistema de valores construído pela Humanidade ao longo da história³⁵.

Também ao se realçar um caráter consensual e histórico – e a Moral é inegavelmente histórica – escapa-se sutilmente à tentadora justificação jusnatural para os

Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005; e ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

³¹ “A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direitos e moral” (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 11). Acrescenta adiante (idem, ibidem, p. 104): “Vale, bem genericamente, que direito, com o tempo, não pode ser imposto somente por poder e força. A idéia de direitos do homem que se apóiam somente por poder e força, tem, além disso, algo de absurdo. Neles existe uma relação particularmente estreita entre fundamentação e imposição. Poder e força são somente um meio para a imposição do direito e eles nunca serão suficientes para assegurar sua validade duradoura. Para isso, é necessária a convicção alargada da correção”.

³² E aqui se recorda a lição de Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional do Direito, ao afirmar o direito como norma, mas também como fato e valor (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: Preliminares Históricas e Sistemáticas*. São Paulo: Saraiva, 1968).

³³ ALEXY, Robert. op. cit., p. 19.

³⁴ Cf. item 3.2 infra.

³⁵ ALEXY, Robert. op. cit., p. 41. Idêntico em LUÑO (op. cit., p. 137); ou, ainda, nas palavras de PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (op. cit., p. 32), os direitos fundamentais “representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos”.

direitos em questão, conquanto mantenha certa aproximação da fundamentação contratualista, em que se destaca o contributo de Rousseau³⁶.

Há quem separe de outra forma as correntes de fundamentação filosófico-jurídica dos direitos humanos e fundamentais, distinguindo o caráter histórico e a base moral. Nesse sentido, Tobeñas³⁷ menciona, como síntese das bases filosófico-jurídicas dos referidos direitos a seguinte classificação: a) fundamentação jusnaturalista, que considera os direitos humanos como direitos naturais, conforme supramencionado, e, nesse caso, os direitos fundamentais também retirariam sua justificação, ainda que indiretamente, dessa fonte; b) fundamentação histórico-positivista, que considera os direitos humanos como “*pretensões historicamente atingidas pela vontade coletiva e consolidadas em normas positivas*”³⁸; c) fundamentação ética, considerando os direitos humanos como direitos morais³⁹. Caberia, no caso, ao direito positivo apenas reconhecer os direitos essenciais, que lhe seriam anteriores, não por inspiração jusnatural, mas por assentamento do próprio sentimento coletivo.

Para esse autor, porém, a fundamentação moral representa apenas uma nova roupagem para o fundamento jusnatural dos direitos humanos, ao supor uma ordem objetiva de valores de validade universal, citando, nessa senda, posições como as de Dworkin (ao se opor ao positivismo de Hart), Rawls, Nozick e Santiago Nino⁴⁰. De outro lado, não há como negar a clara aproximação desse fundamento com a fundamentação histórica – haja vista a inafastável influência histórico-cultural no prisma da moral – no quanto se polariza e se opõe em relação a uma fundamentação jusnatural, pretensamente eterna e imutável. Também por essa razão se diverge, nesse particular, da divisão do professor espanhol, quando separa a fundamentação histórica e moral e, ainda mais, quando associa essa última com um jusnaturalismo de pretensões absolutas.

Nessa sistematização, a fundamentação contratualista encontra-se inserida na corrente jusnaturalista – supondo a vontade coletiva como manifestação concreta da própria razão humana⁴¹ – mas também não deixa de representar, um primeiro passo no sentido da positivação da moral fortemente vigente na sociedade, naquele momento e contexto.

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Naassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. Conquanto o contratualismo se particularmente próximo à fundamentação moral, há de se reconhecer que a doutrina mais gabaritada o insere, de fato, nas correntes de justificação jusnatural racionalista. Nesse sentido, por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 383-384.

³⁷ TOBEÑAS, José Castan. op. cit., p. 53.

³⁸ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. op. cit., p. 35.

³⁹ No sentido da distinção entre ética e moral, cf. item 5.2 infra.

⁴⁰ TOBEÑAS, José Castan. op. cit., p. 68.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. op.cit., passim, especialmente p. 41-42 e 47; TOBEÑAS, José Castan. op. cit., p. 08.

Já Perez Luño⁴² classifica as correntes de fundamentação dos “direitos e liberdades” de forma semelhante, mas não idêntica. As duas primeiras correntes são praticamente equivalentes às adotadas por Tobeñas: jusnaturalista objetiva (indicando o jusnaturalismo de base racional pós-iluminista, criticável, contudo, por seu excessivo idealismo e relativa negativa à historicidade) e positivista (relacionando o surgimento e a proteção desses direitos a seu assentamento em algum âmbito jurídico, o que retira o caráter sagrado, metafísico ou transcendental de sua origem, para configurá-los como meras criações humanas e sociais, dentro de dado contexto histórico. O autor critica essa posição por seu “agnosticismo axiológico”⁴³).

A terceira corrente, em lugar da vertente moral, citada por Tobeñas, chama-a Luño “alternativa”, a indicar a consideração dos direitos fundamentais como “*el producto de las*

⁴² LUÑO, Antonio Enrique Perez. op. cit., capítulo 3, especialmente p. 127. Além das classificações mencionadas por Tobeñas e Luño, mais enfatizadas porquanto consideradas mais pertinentes à presente abordagem, é de se consignar que muitas outras de destacada relevância são encontradas na doutrina, a exemplo da elaborada por Böckenförde e explicitada por Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 36 et seq) que distingue cinco teorias acerca dos direitos fundamentais, a saber: teoria liberal ou do Estado de direito burguês; teoria institucional dos direitos fundamentais; teoria axiológica; teoria democrático-funcional e teoria do Estado Social dos direitos fundamentais. Explica Canotilho (op. cit., p. 1395) que as teorias dos Direitos fundamentais, surgidas a partir da década de 70, sobretudo na Alemanha, objetivavam “*esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria dos direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores dos direitos fundamentais*”, a partir de suas bases jusfilosóficas e políticas. Esse autor desenvolve, ainda, classificação semelhante à enunciada por Alexy, acrescentando, contudo, uma sexta teoria, a saber (CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1396-1402): *Teoria liberal* (os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, essencialmente direitos de autonomia e de defesa); *Teoria da ordem de valores* (os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo, dotados de unidade material, e não como direitos e pretensões subjetivas, com o risco de, mediante um pretense método científico-espiritual, conduzir a uma hierarquia de valores subjetiva e estanque, como aponta o autor); *Teoria institucional* (também nega uma dimensão exclusivamente subjetiva dos direitos fundamentais, mas não procura uma ordem objetiva e sim o quadro (instituição) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício desses direitos); *Teoria social* (parte de uma tripla dimensão dos direitos fundamentais: individual, institucional e processual, considerando que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjetiva, tem também uma dimensão social. No âmbito social, a intervenção não é o limite, mas o fim do Estado, necessária à realização desses direitos. O componente processual, por seu turno, permite ao cidadão participar na efetivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus* na realização dos direitos); *Teoria democrático-funcional* (acentua-se aqui o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático, partindo da ideia de cidadão ativo, com direitos postos a serviço do princípio democrático); e *Teoria socialista dos direitos fundamentais* (para a qual os interesses do indivíduo confundem-se com os da sociedade, criticando o pensamento reputado burguês de que os direitos do homem são direitos individuais egoístas numa sociedade burguesa). Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 565. Idem em MEIRELES, Ana Cristina. *A Eficácia dos Direitos Sociais...*, p. 68), por seu turno, conclui que essas teses poderiam ser reduzidas a duas: a teoria liberal e a dos valores, englobando esta a institucional, a democrático-funcional e a do Estado Social, ao fundamento de que não há teoria de direitos fundamentais que não trate de valoração. Em apertada síntese, a teoria liberal, legitimadora do Estado liberal, prioriza a liberdade individual, em franco detrimento do coletivo, justificando um Estado minimamente intervencionista. A teoria dos valores, por seu turno, ganha relevo com o método científico-espiritual de interpretação da Constituição – cf. item 3.3.1 infra – pregando a ponderação de valores, com a prevalência daquele que, no caso concreto, mais reflita o espírito constitucional. Tal pensamento se sujeita às críticas de abstração e de subjetividade, mas o fato é que, mesmo a teoria liberal, supostamente mais objetiva em sua hierarquização, não deixa de representar uma valoração, que espelha a postura hermenêutica do intérprete, conforme observa Bonavides (op. cit., p. 579).

⁴³ LUÑO, Antonio Enrique Perez, p. 127.

exigencias del hombre histórico, que obedecen a una determinada praxis social, económica y cultural, y que tienen como soporte las relaciones de poder existentes en el seno de la sociedad y como meta la lucha por la emancipación”⁴⁴. Conquanto não dita expressamente, essa corrente revela também aproximação com a fundamentação moral, por associar esses direitos a exigências históricas e a uma práxis social e cultural que vise à emancipação humana. Por tudo isso, considera-se aqui que a visão de direitos morais (fundamentação moral) se mostra, de fato, mais adequada ao pensamento atual em torno dos direitos humanos.

Sobre a busca a um fundamento absoluto para os direitos humanos afinal, conclui Norberto Bobbio⁴⁵ que:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas [...] nossa tarefa hoje é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado – mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca [...] não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.

Tem pertinência a observação. Não significa que se pretenda desprezar a discussão teórica – mesmo porque a proposta atual é exatamente a apreciação do discurso jurídico sobre o tema, em face de seus aspectos fáticos, e, para isso, procura-se apoio no lastro que fundamenta esses direitos. Há que se ter em mente os atributos da palavra, até para uma

⁴⁴ Idem, *ibidem*, traduzindo-se como: “o produto das exigências do homem histórico, que obedecem a uma determinada práxis social, econômica e cultural, e que têm como suporte as relações de poder existentes no seio da sociedade e como meta a luta pela emancipação”. A essa tese alternativa, situada entre a jusnaturalista e a positivista, chama-a André Ramos Tavares (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 359-360), com fulcro no próprio Perez Luño, corrente realista, lastreada em fundamento diverso das anteriores, mas que deve ser considerado para o efetivo e real desfrute desses direitos. A positividade é, para os defensores dessa vertente, não o ponto final de um processo, mas condição a partir da qual se passa para o desenvolvimento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais. Consideram abstracionistas tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, enfatizando as condições sociais e políticas que determinam o real sentido dos direitos e liberdades, com foco em sua garantia e proteção. Nesse sentido, destaca Peces-Barba e resume que, enquanto o jusnaturalismo situa o problema dos direitos humanos no plano filosófico, e os positivistas, no plano jurídico, os realistas o inserem no plano político, ainda que deem importância decisiva às garantias jurídico-processuais desses direitos. O autor cita, ainda (op. cit., p. 377), Celso Albuquerque Mello, ao afirmar que “a essência dos direitos do homem [...] é política”.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 24. Discordando firmemente da irrelevância da discussão acerca dos fundamentos para esses direitos, levanta-se, seguindo Gregorio Robbles, Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 215), destacando a relevância do tema, seja por questões de rigor científico (para a elaboração de uma teoria coerente na área), seja por razões morais (para se conhecer o sentido da defesa a esses direitos), lógicas (para delimitar seu conteúdo sem descaracterizá-los); como, por fim, por razões pragmáticas – as mesmas priorizadas por Bobbio, acrescente-se – pois, conforme defende o professor baiano, a efetividade mesma dos direitos fundamentais depende da descoberta de seus fundamentos. Por fim, concorda esse autor, como também defendido nesta tese, com a fundamentação moral, como sendo a mais sustentável para esses direitos.

concretização mais adequada. É indubitável, contudo, que, partindo da discussão teórica, o principal desafio há de ser buscar meios que auxiliem na promoção à efetividade dos direitos humanos e fundamentais, notadamente, aqui, em relação ao direito à saúde, compatibilizando o discurso jurídico de garantia com as dificuldades que uma realidade de inevitável escassez apresenta.

Ora se defende a simultânea exigibilidade jurídica do referido direito, com fulcro em seu *status* de direito fundamental, mas, outrossim, a conveniência de se socorrer de parâmetros éticos e morais, lastro desses mesmos direitos, para embasar suplementarmente a alocação de recursos escassos na área e o próprio dimensionamento do conceito de saúde como mecanismo de prestação mais consensual do direito em exame. Com isso, busca-se conciliar o discurso constitucional e a realidade fática, a qual termina a comprometer, por vezes, o exercício de características comumente atribuídas aos direitos humanos e fundamentais, já que nem sempre são eles disponibilizados a todos, em que pese a ideia de *direitos comuns a todas as pessoas* ser justamente o elo que liga os direitos em questão, independentemente do fundamento adotado.

2.2.2 Características dos direitos humanos e fundamentais

A discussão sobre a fundamentação de direitos naturais ou direitos morais passa ainda, necessariamente, pela polêmica acerca da natureza universal ou relativa dos direitos humanos e fundamentais e, por conseguinte, acerca de seu caráter absoluto e indisponível ou não. A matéria tem dado ensejo a uma plêiade de discussões, devidas, entre outras razões, aos próprios fundamentos arguídos. Com efeito, de um lado, por exemplo, a moral é inegavelmente histórica e culturalmente condicionada; de outro lado, o direito natural, pretensamente atemporal e universal, já serviu de subsídio aos mais diversos conteúdos⁴⁶.

A despeito disso, dentre as características atribuídas aos direitos humanos (e reproduzidas nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade), apontam-se⁴⁷: a

⁴⁶ Nesse sentido, recorda Machado Neto (MACHADO NETO, A. L. *O Problema da Ciência do Direito: Ensaio de Epistemologia Jurídica*. Salvador: Progresso, 1958, p. 21), que o argumento do direito natural já servira, de um lado, a respaldar a oposição de Cálculos à democracia grega, que, a seu ver, feria o “*direito natural do mais forte*” e, de outra parte, embasara a crítica de Hípicas de Elis ao direito grego, escravista e etnocêntrico, que não condizia com o “*direito natural de igualdade absoluta*”.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 185; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111-112; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 223-224; MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 23; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 22; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. op. cit., p. 151; BITTAR, Carlos Alberto. op. cit., p. 11; CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. op. cit., p. 66, entre outros.

universalidade, a indisponibilidade (abrangendo a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade ou inalienabilidade e a impenhorabilidade), a extrapatrimonialidade, a imprescritibilidade ou vitaliciedade, a inerência, a generalidade, o caráter absoluto (substituído pela limitabilidade), a inviolabilidade, a efetividade, a concorrência, a complementaridade, a interdependência, a historicidade, a não taxatividade, vedação ao retrocesso, entre outras.

Em relação à *universalidade* – característica que guarda notória influência da fundamentação jusnaturalista –, busca-se indicar que a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos da espécie humana, independentemente de nacionalidade, raça, sexo, credo ou convicção político-filosófica. Defende-se aí uma proteção uniforme a todos os homens, uma vez que igualmente homens, e dotados, portanto, de idêntico grau de dignidade⁴⁸. A tese universalista intenta evitar que graves violações aos direitos humanos, como a violência contra mulheres, etnias ou crianças, sejam perpetradas, ao fundamento de variações culturais, ficando imunes, assim, ao controle internacional.

De outro lado, os defensores do relativismo cultural assinalam o caráter eminentemente etnocêntrico dos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional, representativos da evolução do pensamento ocidental e, como tais, impostos, e não inatos ao pensamento de outros povos, com cabedal de valores diverso.

Nesse sentido, pensar em direitos humanos como direitos morais implicaria aceitá-los, à primeira vista, como relativos, ao menos temporal e geograficamente, dentro de cada cultura, sob pena de se adotar premissa de aparência fortemente artificial, para supor a existência de uma moral universal, comum a toda a coletividade humana. Essa premissa é, porém, ainda que não sob o fundamento exposto de direitos morais, a ideia que se depreende dos documentos internacionais na área.

Com efeito, embora os catálogos de direitos, desde a Antiguidade, representem algum grau de limitação de condutas e de valorização de certos bens e valores⁴⁹ culturalmente

⁴⁸ Sobre a ideia de dignidade e as dificuldades de sua conceituação, cf. item 4.3.1 infra.

⁴⁹ A distinção se deve à lição de Robert Alexy (*Teoría de los Derechos Fundamentales...*, p.143), segundo o qual há que se distinguir entre o que *tem* valor e o que *é* valor, correspondendo aquele ao objeto valorado, e este aos critérios de classificação e qualificação em si. Dessa forma, a vida é um bem que *tem* valor. A justiça dos limites que se lhe impõem é um valor a ser aferido: se justos ou injustos tais limites, como também é um valor, por excelência, a dignidade, como quando se a utiliza para qualificar o bem vida. A valorização de bens ocorre quando se lhes atribui valor, quando se os considera preciosos, a ponto de merecerem a proteção social, ou quando se despreza e repudia certa conduta sobre eles incidente, de sorte a receber a punição por sua prática. Já a “valoração de valores”, na dicção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 344-345), equivale à *ideologia*, que conduz à apreciação de certo critério como mais relevante ou menos relevante que outro. Exemplo disso é a discussão acerca de o que deve prevalecer: se a segurança jurídica – um valor – da coisa julgada ou se sua relativização, em nome da justiça de uma decisão diversa. A diferença, diz Alexy (idem, *ibidem*, p. 147), entre a esfera de valores e a esfera dos princípios, está em que aqueles se situam no âmbito

condicionados, é de se perceber que, com maiores ou menores exceções, sempre se procurou preservar a sociedade de determinadas agressões, como atentados indiscriminados à vida. E veja-se que esse direito em especial, tão básico, sequer constou expressamente dos primeiros catálogos clássicos e primeiros do que se viria a conhecer como direitos humanos e fundamentais, a exemplo da *Magna Charta* inglesa. O referido diploma, contudo, protegeu a vida, indiretamente, mediante o *due process of law*, ao asseverar que ninguém seria privado arbitrariamente de sua vida ou de seus bens sem o devido processo legal.

Sugere-se, com isso, que determinados bens e valores, se não perenes e inatos, têm sido, ao menos, bastante assíduos na preocupação das sociedades humanas, justificando a crença de que são merecedores de proteção mais incisiva, porquanto relacionados intimamente com a própria valorização do ser humano em si, sugerindo um maior grau de consenso a seu respeito.

Nesse diapasão, a íntima relação desses direitos com a dignidade da pessoa humana⁵⁰ fala contra uma flexibilização excessiva, na medida em que a ideia de uma dignidade atinente a toda a espécie teria de encontrar um denominador comum, dentro das conquistas obtidas até então e de um consenso em larga escala – se é que isso é de fato possível –, a fim de formar, ao menos, um núcleo essencial que dê uniformidade ao conceito. Esse núcleo seria universal e indisponível, ao menos naquela época histórica, sendo o que se busca consagrar nos documentos internacionais e reproduzir nas constituições.

O problema está em desenhar esse núcleo, estipulando quais os limites intransponíveis e quais direitos seriam oponíveis à própria autonomia de seu titular, sob pena de ofensa a toda a espécie humana. A questão é saber, portanto, o peso que têm os aspectos culturais na determinação desses limites, a distinção entre a tolerância respeitadora da autonomia e das diferentes culturas, e a negativa condescendência a práticas violentadoras, que desrespeitam inaceitavelmente o homem e, com isso, a própria espécie. O próprio dimensionamento do direito à saúde se insere bem nesse contexto.

axiológico (do “bom” ou “mau”, “melhor ou pior”), enquanto estes – daí porque mais afeitos ao sistema do Direito – remetem ao campo deontológico, do dever ser (do “devido” ou “indevido”). Não há, contudo, como expurgar do Direito os valores, como pretendia, em certo momento o Positivismo, na medida em que, até para se apurar o devido e o indevido, é mister valorar. E a valoração, como a ideologia que a influencia, tem inegável componente cultural e histórico. A propósito, não por menos, já classificara Husserl (HUSSERL, Edmund. *A Idéia da Fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [19--]) a moral e o direito como objetos culturais, dentro do estudo da fenomenologia.

⁵⁰ Também em relação ao vínculo entre direitos humanos e a ideia de dignidade, mencione-se, entre outros autores, a manifestação de Perelman (PERELMAN, Chaïm, op. cit., p. 400), segundo o qual “*a noção de direitos humanos implica que eles sejam vinculados à qualidade do ser humano, titular de uma dignidade que lhe é própria e merece respeito enquanto sujeito moral livre, autônomo e responsável*”.

Nos dias atuais, os direitos fundamentais, face positivada dos direitos humanos, têm estatura de imperativo constitucional em grande número de nações, mas ainda é possível observar inegáveis influências culturais em sua interpretação e aplicação, dilatando ou restringindo o significado de determinados conteúdos, mesmo quando pacificamente aceitos, em seu aspecto formal, no próprio mundo ocidental, a exemplo do direito à vida. Assim é que alguns países adotam a possibilidade de pena de morte, eutanásia ou aborto, sem que considerem, com isso, estar ferindo o direito fundamental à vida, enquanto outros ordenamentos citam exatamente a proteção à vida como impedimento a tais disposições. Isso se deve ao fato de que, embora seja considerada dentre suas características a universalidade, os direitos humanos têm uma trajetória semelhante, mas não idêntica em todos os povos.

No intuito de preservar de modo mais uniforme a dignidade humana, e a despeito da acusação de etnocentrismo, a documentação internacional sobre direitos humanos posiciona-se expressamente no sentido de serem os direitos humanos ali consignados universalmente válidos em sua formulação⁵¹. Nesse sentido, destaca-se a Declaração Universal de Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas, em 1948. O caráter universal foi ratificado na II Conferência Internacional de Direitos Humanos, com a Declaração de Viena de 1993⁵².

Por conta disso, a documentação internacional no âmbito dos direitos humanos já foi alvo de críticas, como manifestação de intolerância e de imposição dos valores ocidentais. Na tentativa, então, de amenizar o alegado imperialismo cultural, elaborou-se, no início da década de 90, a Declaração de Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas, na defesa específica a aspectos culturais minoritários, a sua conservação e respeito. Seu escopo, contudo, parece estar mais associado à contenção de conflitos de fundo étnico, dentro de realidades nacionais estabelecidas – como aqueles verificados no leste europeu, logo após a queda do socialismo, marcada pela derrubada do

⁵¹ Diz o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu primeiro e último “considerando”, respectivamente: “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” e “*Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso*” (in. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 182)

⁵² “1. A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o empenhamento solene de todos os Estados em cumprirem as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da protecção de todos os direitos do homem e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relacionados com os Direitos do homem e com o direito internacional. A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável. Neste enquadramento, a efectivação da cooperação internacional no domínio dos direitos do homem é essencial para uma cabal prossecução dos objectivos das Nações Unidas. Os Direitos do homem e as liberdades fundamentais são um direito adquirido pela pessoa humana; a sua protecção e promoção constitui a primeira responsabilidade dos Governos” (grifou-se) – disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>, acessado em 07.set.08.

Muro de Berlim, em 1989 – do que propriamente à admissibilidade de confrontação dos direitos já consignados, por coletividades de culturas diversas⁵³.

Também no intuito de encontrar um equilíbrio entre o universalismo e o relativismo radicais, cultiva-se cada vez mais a ideia do respeito ao *pluralismo*⁵⁴. O pluralismo tem sido visto exatamente como a proposta intermediária entre o relativismo – que aceita sem ponderações a variedade de culturas, ainda quando discrepantes das conquistas temporais da espécie – e o universalismo acrítico, que massacra as expressões de diversidade. A vertente pluralista reconhece a convivência entre as diversidades culturais, por vezes dentro do mesmo espaço geográfico e não só temporal, defendendo uma tolerância positiva⁵⁵, e não

⁵³ Art. 4.º : “[...] 2. Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais” (disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/dec92.htm>>, acessado em 07.set.08)

⁵⁴ Sobre o embate entre o relativismo e o universalismo, cf. ROCHA, Acílio Estanqueiro. Relativismo cultural versus Universalismo ético. *Arquipélago*: Revista da Universidade dos Açores. Filosofia 7: Tendências Gerais da Ética na Segunda Metade do Século XX. Ponta Delgada, p.57-92, 2000. Em 2005, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), intitulou seu Artigo 12 como “*Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo*”, com o seguinte teor: “*A importância da diversidade cultural e do pluralismo deve receber a devida consideração. Todavia, tais considerações não devem ser invocadas para violar a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais nem os princípios dispostos nesta Declaração, ou para limitar seu escopo*”, reafirmando-se, mais uma vez, o universalismo preponderante, ainda que em busca de equilíbrio com a tolerância plural. (Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf> Acesso em 08.set.08).

⁵⁵ Há quem se oponha à própria ideia de tolerância, ao fundamento de que esta sugere a preponderância de uma cultura sobre a outra, que passa a ser, então, “suportada” pela primeira. Nesse sentido explica REIS, Marcus Vinicius. Qual concepção dos direitos humanos necessitamos em um mundo de insegurança? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 905, 25 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7759>>. Acesso em 07.set.2008. Esse autor também assinala a distinção entre multiculturalismo e pluralismo. O multiculturalismo equivale à realidade da multiplicidade de culturas, dentro de um mesmo espaço. Para o doutrinador em comento, o multiculturalismo pode ser relativista, se, a despeito dessa convivência, renega o diálogo entre as diferentes culturas, ou universalista, se aceita o diálogo, dentro de um denominador comum, que são os direitos humanos. O pluralismo equivaleria, por seu turno, à convivência de ideias e culturas distintas. O autor se opõe ao pluralismo, por entendê-lo contrário à própria globalização – também ela sujeita a imposições midiáticas – ao negar a possibilidade de um pensamento único ou mesmo de um consenso. Quer parecer, contudo, que o pluralismo mais se aproxima, em verdade, do que ali é chamado “multiculturalismo universalizante”, ao admitir o diálogo intercultural, dentro de uma inegável realidade multicultural, buscando exatamente um consenso, que respeite as diferenças plurais e viabilize a convivência pacífica e respeitosa, sem olvidar as conquistas temporais da espécie. – Recordar-se aí o Preâmbulo da Constituição brasileira, a saber: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*” (grifou-se). Corriqueiro observar que a própria menção a Deus é, nessa hipótese, discutível. – Diz Acílio Estanqueiro Rocha (op. cit., p. 62), tratar-se, nesse caso, “*não tanto de multiculturalismo*” (no sentido do fato da superposição e cumulação de culturas em um mesmo espaço – p. 58), “*mas de interculturalismo*”, no sentido da busca de “*uma ‘ética mínima’, isto é, um mínimo de valores éticos transculturais*”, a sustentar o diálogo e a convivência harmônica. Afirma esse autor, acredita-se aqui que com mais propriedade, que: “*O pluralismo reconhece como positiva esta constelação de nações e culturas, que podem coexistir de maneira pacífica porque aceitam algumas normas universalmente*

apenas condescendente, respeitados os limites considerados fulcrais à noção coletiva de dignidade. Tenta-se conciliar, desse modo, o respeito ao grau evolutivo e particular das diferentes culturas, sem, com isso, privar seus membros das conquistas angariadas pela Humanidade como indissociáveis de um núcleo básico de dignidade, mesmo dentro de uma realidade multicultural.

Para isso, ainda mais marcante se torna a ideia de um núcleo essencial de direitos, representativos do cerne das conquistas históricas da Humanidade como um todo, no âmbito de direitos já havidos como inerentes ao ser humano, e cuja flexibilização por grupos específicos não se poderia aceitar, ainda que ao fundamento da diversidade cultural, sob pena de afrontar, com isso, toda a espécie, em sua respeitabilidade e dignidade.

Diz Lepargneur⁵⁶ que “*seria digno o ser que a comunidade considera tal*”. Mas – questiona-se – qual comunidade, se hoje se vive numa “comunidade global”, em que as repercussões de cada acontecimento alcançam em segundos os rincões mais distantes? Ainda assim, é de se pensar se a universalização, nesses termos, não acelerará ainda mais esse processo, terminando por esmagar indefensavelmente séculos de história e de cultura que cometeram o grave e imperdoável pecado da diferença. Não se estaria com isso usando dos direitos humanos para assentar algo que eles vieram exatamente tentar evitar, qual seja a vitória da força contra o indivíduo, em sua esfera básica e inviolável de liberdade que a todos toca, como pregaram Rawls⁵⁷ e Kant⁵⁸? De outro lado, quais os limites dessa liberdade e, por conseguinte, da própria possibilidade de dispor pessoalmente dos direitos ora reconhecidos?

válidas – os direitos humanos”, admitindo-se, contudo, certa “*autonomia para o dissenso, frente à universalidade de qualquer consenso*” (idem, *ibidem*, p. 90). E acresce: “*Na racionalidade intercultural não há que pressupor, pois, uma grande lista de disposições universais; tal núcleo exige apenas uma ‘ética mínima’*”. O autor cita, ainda, Rawls, na menção a um “*consenso sobreponível*” (idem, *ibidem*, p. 75), conquanto critique o “*transcendentalismo*” de Rawls e do próprio Kant ao suporem um estado de natureza ou uma razão universal (idem, *ibidem*, p. 65), nos moldes, dir-se-ia, das fundamentações de inspiração jusnaturalista. Contra a ideia da necessidade de um mínimo de consenso para o diálogo produtivo, de outro lado, ainda que nada ali se diga sobre questões culturais, morais ou jurídicas desta ordem, levanta-se Karl Popper (POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 95), segundo o qual se trata de preconceito filosófico a tese de que a discussão somente é possível entre pessoas que concordam entre si quanto a princípios básicos. Esse autor considera tal pensamento pernicioso, na medida em que implicaria a inviabilidade de uma discussão crítica ou racional sobre princípios. No caso do pluralismo, não se parte necessariamente de premissas comuns (como se deduz no universalismo), mas se busca e permite chegar a conclusões comuns. O problema está em que, a despeito da origem mais convencional e dialética, tais conclusões são, então, universalizadas, sujeitando-se, assim, mais tarde, às críticas já feitas ao universalismo original. A manutenção do diálogo, respeitado o núcleo essencial mínimo, é a proposta permanente do pluralismo e que o diferencia do relativismo e do universalismo essenciais.

⁵⁶ LEPARGNEUR, Hubert. Dignidade... Alma secreta da bioética? In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética/Loyola/Centro Universitário São Camilo, 2003, p. 481-486.

⁵⁷ RAWLS, John. *Teoria da Justiça...*, passim.

⁵⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

A característica da *indisponibilidade* guarda, portanto, íntima relação com a universalidade, indicando a oponibilidade desses direitos ao próprio titular, na medida em que associados à defesa da dignidade da própria espécie, que a ninguém é dado afrontar.

A *indisponibilidade* abrange a *irrenunciabilidade*, a *intransmissibilidade* e a *impenhorabilidade*. Esses dois últimos aspectos se relacionam, por seu turno, com a *extrapatrimonialidade*. A *irrenunciabilidade* significa a impossibilidade de abdicar em caráter definitivo e irrestrito de seu direito. A *intransmissibilidade* ou *inalienabilidade* implica não ser possível a transferência desses direitos personalíssimos, seja a título gratuito, seja a título oneroso⁵⁹. A *impenhorabilidade* decorre da intransmissibilidade mesma, haja vista que esta seria, em última análise, a consequência, caso se pudessem penhorar direitos tais. Ademais, não há falar em penhora, se considerados esses direitos como *extrapatrimoniais*, é dizer, desprovidos de caráter patrimonial ou financeiro, visto que imensuráveis em termos monetários. Com efeito, embora possam existir aspectos patrimoniais desses direitos, como a negociação da imagem para fins específicos de uma campanha publicitária, por exemplo, isso não implica sua redução a aspectos exclusivamente patrimoniais, tanto que o direito à imagem em si permanece sendo de seu titular, que, com isso, não abriu mão dele em definitivo.

Acerca do direito à saúde, elemento particular deste trabalho, é de se observar que, como a integridade física, ele pode sofrer relativo grau de disponibilidade quando alguém se submete aos riscos de um esporte violento, *verbi gratia*, regulado pelo Estado, sabendo que disso poderão resultar lesões físicas, ou, ainda, quando escolhe fumar, conduta também permitida no ordenamento, a despeito dos danos reconhecidos à sanidade física, ou, ainda, no caso da doação de órgãos intervivos⁶⁰, cujos critérios e limites são ditados pela lei, a fim de coibir e evitar abusos, geralmente associados ao risco de uma “patrimonialização” de direitos marcados pela característica da extrapatrimonialidade. Ademais, é de se recordar que, conquanto a saúde não tenha preço, os cuidados para com ela têm e podem custar caro, donde a necessidade de se discutir criteriosamente sua alocação.

Poder-se-ia questionar: se se admite a restrição de direitos fundamentais pelo Estado, por força de lei ou pela cedência recíproca, por que não admitir sua disponibilidade ou renúncia pelo próprio titular, dela beneficiário?

⁵⁹ Essas características em particular estão consignadas no artigo 11 do Código Civil, acerca dos direitos da personalidade.

⁶⁰ Sobre a política de alocação de órgãos, cf. item 5.6 infra.

Interessante caso, que ficou mundialmente conhecido⁶¹, envolveu o julgamento acerca da possibilidade de um anão ser lançado como bólido em uma boate na França. Culminou-se por entender que tal circunstância era ofensiva à própria condição humana, deliberando-se por suspender o “espetáculo”.

A disponibilidade tem sido aceita, em verdade, nos limites da lei e dos costumes, como é particularmente notado em relação à integridade física. Diz Roxana Borges⁶² que é inegável certo grau de disponibilidade, como quando se fura a orelha, quando se colocam *piercings* ou se realizam tatuagens, ou, ainda, nas cirurgias, esportes arriscados ou quando se consomem produtos reconhecidamente nefastos para a saúde, não proibidos pela lei. O limite, defende, está no dever de cuidado para consigo mesmo, na não redução de sua capacidade física permanente; mas, ainda assim, poder-se-ia discutir, por exemplo, a situação do fumante, que reduz, voluntária e legalmente, sua capacidade respiratória, sem que com isso se entenda haver lesão coercível aos direitos fundamentais ou a sua dignidade, no quanto não afete diretamente a terceiros.

Em face dessa ponderação, já se chegou a questionar se o direito à saúde, dada a indisponibilidade dos direitos e os custos que, sobretudo no caso dos direitos sociais, são gerados direta ou indiretamente para o Estado, seria de fato um direito ou se implicaria também um dever fundamental, por parte de seu titular⁶³.

⁶¹ Citado, entre outros, por CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In. NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 169) e SÁ, Maria de Fátima Freire. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 83-100.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124. Em prol da disponibilidade, também VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. Quanto à abordagem legal, assinala-se, em particular, o artigo 13 do Código Civil pátrio: “*Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes*”.

⁶³ Sobre tal discussão, o artigo de SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: SBB, v. 2, n. 2, p. 187-200, 2006. Também em SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem: Nova Forma de Experimentação Humana Rumo à Imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20, fala-se em um direito-dever de autoconservação, que insere a questão na ótica social, além do aspecto individual que habitualmente a caracteriza, falando em favor da visão universalista de um núcleo essencial de dignidade devido à espécie e que se assegura, mas também se impõe a todos. Perez Luño (LUÑO, A. E. Perez. op. cit., p. 163), outrossim, fala, comentando a ordem jurídica espanhola, em um dever dos cidadãos de proteção à saúde pública, o que também remete, na história brasileira, ao evento conhecido como “Revolta da Vacina”, ocorrido no Rio de Janeiro, em 1904, quando a população se rebelou contra a vacinação compulsória contra a varíola, que assolava a cidade na época. O principal ponto que se observa na hipótese é a tentativa de substituir pela força o que poderia e deveria ser feito pelo convencimento, já que não houve, à época, qualquer tentativa de fazer ver à população as vantagens das novas medidas sanitárias, de modo que a população descreia na eficácia da vacina preconizada por Oswaldo Cruz. Situação semelhante se viu, recentemente, quando a redação original da Lei 9.434/97 previu a doação presumida de órgãos para transplantes, sem buscar informar previamente a população acerca do diagnóstico de morte encefálica e dos critérios de remoção e utilização de órgãos e tecidos para transplantes. O resultado foi uma resistência social de tal monta que, no ano seguinte, via medida provisória posteriormente

Veja-se que a eventual disponibilidade de direitos representaria, per si, o exercício de outro direito humano essencial, considerado por Kant, inclusive, como o único direito efetivamente inato e indissociável da condição humana e baliza última para a dignidade, qual seja: a liberdade⁶⁴. A saída possível para esse impasse reside no célebre balanceamento, proposto por Alexy⁶⁵ para situações envolvendo valores e normas com características de princípios jurídicos, identificando-se, para tanto, a teleologia das referidas normas e valores.

No caso, o que se pretende, com a vedação à disponibilidade e à renúncia dos demais direitos (vez que a renúncia voluntária à liberdade já seria, poder-se-ia dizer, um ato de liberdade) é evitar a atuação da falsa liberdade, da vontade viciada, sobretudo, pela necessidade econômica, pela pressão social, por motivações que vêm de fora e não do próprio indivíduo como exercício legítimo de autodeterminação. É o exemplo da vedação à venda de órgãos⁶⁶, pois não se cogita que alguém, senão por imperiosa necessidade, deseje vender seus órgãos em vida, reduzindo sua capacidade vital.

convertida em lei, alterou-se a redação legal para, em lugar da doação presumida, exigir-se, em qualquer caso, a autorização familiar para a remoção de órgãos e tecidos do ser humano morto. A tese da existência de um dever fundamental de zelo pela saúde – dentro de um limite razoável de autonomia essencial e inafastável – encontra subsídio, na legislação pátria, na previsão do Decreto 3.048/99, em seu art. 46, a saber: “*O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos*”. No mesmo sentido o art. 101 da Lei 8.213/91. A legislação portuguesa manifesta-se expressamente sobre o tema, ao estipular, entre os deveres dos doentes, o dever de zelar por seu estado de saúde, significando que o enfermo deve procurar garantir o mais completo restabelecimento e participar na promoção da própria saúde e da comunidade em que vive; o dever de respeitar as regras de funcionamento dos serviços de saúde e o dever de utilizar os serviços de saúde de forma apropriada e de colaborar ativamente na redução de gastos desnecessários. (PORTUGAL, Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes. In RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*: Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 508-513).

⁶⁴ Sinteticamente, no sentido da liberdade e da autonomia como expressões prioritárias da dignidade, atributos inatos do ser humano, cf., por todos, KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad Leopoldo Holzbach. São Paulo, Martin Claret, 2005, p. 63 et seq. Idem, no direito pátrio, em NOVELINO, Marcelo. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana..., p. 153-174 (“*a autonomia é incidível da dignidade, constituindo-se no elemento nuclear desta noção*” – p.158). Cf. também a respeito comentário em BOBBIO, Norberto, op. cit, p. 17. No sentido da dignidade como *limitador* da autonomia, cf., entre outros, interessante abordagem de BIK, Christian. Progrès Scientifique et Droits de l’Homme: la Rupture? In. VII CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA, 2007, São Paulo. Conferência. Lido no original digitado. Sobre a autonomia na principiologia bioética, cf. item 5.3 infra.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*.... Cf. item 3.4 infra.

⁶⁶ Cf. AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo, 2002; e BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. Trad. Isabel Regina Augusto. 2. ed. Brasília: UnB, 2001. Na feliz expressão de Sebastian Mello (MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *Conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. 2008. 427f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008, p. 16), de regra, “*Ninguém deseja, como ideal de felicidade, ter partes do seu corpo mutiladas, com comprometimento sério e permanente da saúde, mesmo que isso represente um acréscimo financeiro*”.

Quando se vedou, portanto, que o anão aceitasse ser lançado de um ponto a outro como ser inanimado, foi porque, possivelmente, em circunstâncias de absoluta equidade, em que sua liberdade se pudesse expressar sem as influências contingenciais que talvez o motivaram (e o anão fora contratado para isso), não seria razoável esperar que um membro da espécie humana aceitasse se submeter deliberadamente a tal tratamento⁶⁷.

A *imprescritibilidade* ou *vitalicidade* significa dizer que tais prerrogativas de direitos humanos e fundamentais não se perderão pelo não exercício durante o decurso do tempo, acompanhando o indivíduo, potencialmente, por toda sua existência. A essa característica se alia a *inerência*, segundo a qual os direitos humanos são próprios e inatos a cada pessoa, pelo simples fato de existir, como ser da espécie humana (ainda que, por questões práticas, possa-se exigir certo lapso para seu exercício, como nos direitos políticos). Aí se observa, portanto, a influência do fundamento jusnaturalista. Com efeito, diz o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁶⁸: “*a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”.

Nessa senda, a *generalidade* se aproxima da ideia de universalidade, por indicar o aspecto da abrangência de titularidade, decorrente da inerência. É característica mais

⁶⁷ Contrariando tal dedução, Roxana Borges (op. cit, p. 197) recorda situações de autolesão consentida, sobretudo de fundo religioso, que retomam a discussão sobre os limites do tolerável. Para essa autora, porém, tendencialmente autonomista, a dignidade há de ser mensurada, de fato, pela ótica de cada indivíduo, não se justificando semelhantes restrições, somente admissíveis, a seu ver, quando em risco a liberdade de outrem (p. 143-147). Cf. a respeito, ainda, na legislação brasileira, o art. 13 do Código Civil de 2002, que indica, como limitações à disposição do próprio corpo a diminuição permanente da integridade física e os bons costumes (estes, relacionados à repercussão social da conduta humana, também hão que ser levados em conta, ante determinadas condutas que parecem ter por franco escopo chocar seus pares, o que fala em favor, inclusive, do argumento da fundamentação moral dos direitos humanos e fundamentais). Já o art. 15 desse Diploma legal consagra a possibilidade de recusa terapêutica, notadamente quando se consideram os riscos do próprio tratamento proposto. A inobrigatoriedade de submissão aos recursos da ciência, defende-se, não deve ser entendida como disponibilidade do direito à vida ou à saúde, mas como expressão de não instrumentalização do indivíduo, perquiridas cuidadosamente, mais uma vez, as razões da opção que aparentemente põe em choque autonomia e beneficência. Sobre o tema, cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71-72, em que distinguido o risco anterior e o risco do próprio procedimento, como distintivos entre o referido dispositivo do Código Civil, em face do art. 146, parágrafo 3.º, do Código Penal, que excepciona do âmbito do constrangimento ilegal o tratamento realizado em situação de emergência, ainda que o paciente não tenha podido manifestar vontade. As ponderações acerca da disponibilidade e da renunciabilidade dos direitos fundamentais são notavelmente importantes em relação às questões de final de vida, como já se teve ocasião de analisar na obra VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Dá-se que alguns desses casos sugerem haver um conflito entre a ideia de dignidade e a conservação de determinados direitos fundamentais – dentre os quais o próprio prolongamento da vida – situações que requerem ponderação específica e acurada, na medida em que, quando entra em questão o bem vida, nem sempre é dada uma terceira opção, terminando-se por incorrer, ao menos aparentemente, na regra do “tudo ou nada” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 39), em lugar da “otimização” visada para os princípios e direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

⁶⁸ In. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais...*, p. 182.

utilizada, contudo, em relação a um ordenamento, ao passo que a universalidade tem contornos mais internacionalistas. Os direitos em comento são ditos gerais porquanto todos (e cada um) os têm, pelo fato singular de fazerem parte da espécie humana, não havendo distinção, por exemplo, em relação aos estrangeiros em trânsito, ainda quando o artigo 5.º, *caput*, da Constituição somente faça menção expressa aos estrangeiros residentes no país⁶⁹. Também dessa origem advinha, tradicionalmente, o *caráter absoluto*, que descrevia esses direitos como oponíveis *erga omnes* e, *prima facie*, intangíveis.

Esse caráter absoluto, entretanto, foi alvo de profusas discussões⁷⁰, notadamente porque, considerando a tessitura principiológica dos direitos fundamentais⁷¹, eles se acham sujeitos à ponderação, em caso de conflito. Nesse caso, será possível sua restrição fundamentada⁷² e mesmo o sacrifício de um em relação a outro, de igual ou maior estatura, no caso concreto, conforme se verifica no clássico exemplo da legítima defesa, ou em face de determinados interesses sociais tidos por relevantes e inegociáveis, como nas penas restritivas de liberdade. Diante disso, atualmente se indica, em lugar do caráter absoluto, característica justamente oposta, qual seja a *limitabilidade*⁷³, notadamente em face dessa cedência recíproca.

As características da *inviolabilidade* e da *efetividade* têm particular interesse para o tema em estudo, haja vista que a primeira implica a inadmissibilidade de desrespeito aos direitos fundamentais por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades

⁶⁹ Nesse caso, não são todos os direitos fundamentais que têm amplitude tão vasta, haja vista que alguns estão indelevelmente associados à cidadania, a exemplo dos direitos políticos, escapando a seu objetivo a abrangência dos estrangeiros, nesse caso. Em relação, contudo a direitos relacionados com a condição humana mesma, mais do que com cidadania estrita, a exemplo do direito à vida e do atendimento emergencial em saúde, não há de se cogitar de discriminação quanto à nacionalidade na espécie.

⁷⁰ José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, p. 185), por exemplo, considera que o suposto caráter absoluto dos direitos humanos é resquício de uma fundamentação jusnaturalista, incompatível com seu caráter histórico. Manoel Jorge e Silva Neto (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 466) aponta, contra a qualificação dos direitos fundamentais como absolutos, a teoria dos limites imanentes, segundo a qual a possibilidade de limites é imanente ao próprio reconhecimento dos direitos, devendo as limitações, contudo, ser devidamente fundamentadas, dentro de um critério de razoabilidade e ponderação. Também no sentido de que os direitos humanos (aqui utilizada exatamente essa expressão) não são absolutos, e apontando como característica, em seu lugar, a *relatividade*, manifesta-se André Ramos Tavares (op. cit., p. 375). Para outros, todavia, ainda é possível falar em uns poucos direitos fundamentais realmente absolutos, como o direito de não ser escravizado. Nesse contexto, fala Bobbio (op. cit., p. 04) em um direito de resistência à opressão, além do direito à liberdade religiosa, que independem do beneplácito do soberano.

⁷¹ Cf. item 3.4 infra.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 267 et seq.

⁷³ Nesse sentido, ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit., p. 111-112; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 223-224; e TOBEÑAS, José Castán, op. cit., p. 20-23, a despeito da tendência jusnaturalista desse autor (“*Así, en la doctrina pátria no se estima que los derechos naturales sean absolutos ni ilimitados*”; “*Pero la tendencia social, propia de las Constituciones de nuestro siglo, ha borrado de los derechos humanos todo asomo de derechos absolutos*”), entre outros. Destaca José Castán Tobeñas, todavia, que um pequeno núcleo essencial desses direitos deve sempre conservar seu caráter absoluto, como o direito a uma vida digna, cujo conteúdo conceitual, porém, é, em si mesmo, um desafio.

públicas, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal. A *efetividade*, por seu turno, exige a atuação do Poder Público, no sentido de garantir a realização dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que tais direitos não se satisfazem com seu mero reconhecimento abstrato. Significa dizer que o desrespeito e a falta de efetividade devem ser coibidos, seja na sua forma ativa (afrontados pela edição de normas ou pela prática de atos lesivos aos direitos fundamentais), seja na omissiva (pela inércia do legislador ou do administrador na concretização dos direitos assegurados), para o que se há de contar com a atuação judicial como garantidora última da proteção dos direitos⁷⁴, tanto na escala infraconstitucional, quanto no âmbito do controle mesmo de constitucionalidade⁷⁵.

A *interdependência* e a *complementaridade* também têm significado conjunto, é dizer: a *interdependência* indica que os direitos fundamentais, apesar de autônomos, apresentam interseções várias, a fim de atingirem suas finalidades, como, *verbi gratia*, a relação inexorável entre o direito à saúde e o direito à vida, ou, ainda, entre direitos e garantias⁷⁶, a exemplo da liberdade de locomoção, intimamente relacionada à garantia de *habeas corpus*. Já da *complementaridade* decorre que os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, e sim de forma conjunta, visando à finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte, de sorte que a interpretação de um não represente empecilho, mas, pelo contrário, favoreça uma compreensão mais efetivadora dos demais. A *concorrência*, por seu turno, significa que os direitos em questão podem ser exercidos cumulativamente, quando compatíveis entre si, como em relação a uma manifestação popular, na qual se verificam, simultaneamente, o direito de reunião e a liberdade de expressão.

A *historicidade* explica a forma como se dá a incorporação ou o surgimento gradativo de direitos humanos ao longo do tempo, com a perspectiva de que se recepcionem

⁷⁴ Sobre a judiciabilidade dos direitos sociais e a legitimidade do Judiciário na apreciação e coerção no sentido de seu cumprimento, cf. item 4.1 infra,

⁷⁵ A esse respeito, cf., por todos, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷⁶ Simplificadamente, a distinção entre direitos e garantias já se firmou, desde a época de Rui Barbosa, no sentido do caráter declaratório de faculdades daqueles e da natureza assecuratória e instrumental destas, as quais se destinam à defesa dos direitos, sem com eles se confundirem diretamente, de sorte que a suspensão das garantias não implica a suspensão dos direitos, conquanto os enfraqueça em sua proteção e consequente efetividade. Nesse sentido, por todos, cf. SILVA, José Afonso da (op. cit., p. 189-192). Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (op.cit., p. 32-33) distingue as garantias em acepção amplíssima (garantias-sistema, decorrentes do próprio sistema constitucional e aproximando-se dos pesos e contrapesos nela encontrados), ampla (garantias institucionais, visto que oriundas das próprias instituições de defesa, o que, no Brasil, remete ao sistema judiciário), restrita (garantias-defesa ou garantias-limites, decorrentes das vedações que asseguram a manutenção e o exercício dos direitos, como a vedação à censura, face à liberdade de expressão) e restritíssima (garantias instrumentais, ou remédios constitucionais, visando à proteção de direitos específicos e concretos, como o *habeas data*, o *habeas corpus*, o mandado de segurança. Para o autor, delas também se aproximam a ação popular e os mecanismos de controle de constitucionalidade).

ainda outros, os quais passem a ser reclamados como também essenciais, conforme as novas necessidades da Humanidade⁷⁷. É dentro dessa condição de historicidade que se encontra a divisão dos direitos humanos em dimensões ou gerações⁷⁸, as quais vão sendo somadas, com o acréscimo das progressivas conquistas humanas na esfera dos direitos.

Também da historicidade decorre a característica da *não taxatividade*, de sorte que as mutações e evoluções dos direitos humanos sejam gradativamente incorporadas aos catálogos já existentes, os quais, dessa forma, não se mostram como um rol fechado de direitos, mas, pelo contrário, estão abertos aos novos acréscimos conquistados.

A Constituição brasileira consagrou a não taxatividade em seu artigo 5.º, parágrafo 2.º, ao afirmar que os direitos e garantias expressos nessa Carta “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado*”, os quais terão também, para relevante parte da doutrina e da jurisprudência, a que esta tese se filia, caráter de direitos fundamentais, constitucionais e cláusulas pétreas⁷⁹.

Como corolário da historicidade, ainda, surgiu a necessidade de outra característica⁸⁰ – ou, para outros, princípio norteador – qual seja a *vedação do retrocesso*, que tem em Gomes Canotilho⁸¹ um de seus mais renomados baluartes. A proibição ao retrocesso representa o reconhecimento e a garantia das conquistas obtidas, de forma a evitar que avanços já alcançados no âmbito dos direitos humanos e fundamentais sofram restrições

⁷⁷ Neste sentido, cf. BOBBIO, Norberto. loc. cit. Diz o festejado autor italiano (p. 05-06) que: “*os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.*”

⁷⁸ Em VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Os princípios bioéticos e o direito positivo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador, n. 10, p. 255-276, jan./dez. 2002, já se teve ocasião de comentar a preferência atual pelo termo “dimensões”, mais indicativo de soma, acréscimo, superposição, em desfavor da expressão “gerações”, mais indicativa de sucessividade.

⁷⁹ Sobre a não taxatividade e a condição com que tais direitos ingressam no ordenamento pátrio, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2.º do Art. 5.º da Constituição Federal. In. TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01-33, e SARLET, Ingo Wolfgang. A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Observações sobre o § 3.º do Art. 5.º da Constituição. In. NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 57-74.

⁸⁰ Nesse sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 224-225: “*No plano normativo, essa característica impede a mera revogação das normas que consagram direitos fundamentais ou a substituição dessas normas por outras menos generosas para com tais direitos; já no plano concreto, a eficácia impeditiva do retrocesso obsta a implementação de políticas públicas de enfraquecimento dos direitos fundamentais*”. No sentido de se tratar de um princípio, CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 338: “*princípio do não retrocesso social*”. Não se vislumbra, contudo, divergência inconciliável, na medida em que, tratando-se de um princípio característico, imanente aos direitos fundamentais, pode ser enunciado entre as características, sem prejuízo do seu reconhecimento como princípio.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 338-340.

reacionárias. Tende-se, pelo contrário, a promover sua evolução, donde haver quem fale no correlato princípio da *progressividade*⁸².

Pode-se vislumbrar o registro dessa característica na Constituição de 1988, quando, em seu artigo 60, parágrafo 4.º, indica, como cláusulas pétreas, as normas protetivas de direitos e garantias individuais. Apesar de somente mencionados nessa ocasião os direitos ditos individuais, posiciona-se a doutrina mais atual no sentido de sua aplicação também às demais dimensões de direitos fundamentais, sob pena de descaracterização da própria face constitucional, considerando sua análise sistemática, que não aponta no sentido de uma carta liberal, mas de um documento de preocupação notadamente social. Ademais, em que pese o caráter misto de sua titularidade, por vezes expressados de forma coletiva e transindividual, os direitos sociais não deixam de ter relevante aspecto individual, como nos pleitos particulares pelo fornecimento de um medicamento ou por um benefício previdenciário de aposentadoria⁸³. É de se mencionar, por fim, que, sendo essa uma característica principiológica atribuída aos direitos fundamentais em geral, não caberia sua arbitrária restrição pelo legislador – ainda que o legislador constituinte – a apenas alguns desses direitos⁸⁴.

A vedação do retrocesso tem, assim, particular relevância ao se analisar a evolução dos direitos humanos e fundamentais em geral e seus acréscimos ao longo da história, notadamente em relação aos direitos sociais, em que se insere o direito à saúde.

⁸² Nesse sentido, o artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12/12/1991, assinado pelo Brasil em 24/01/1992 e promulgado pelo Decreto n.º 591, de 06/07/1992, a saber: “*Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas*”), artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica (a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil por força do Decreto 678, de 06/10/1992, e que estabelece: “*Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados*”) e princípio 14a dos Princípios de Maastricht sobre Violações de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1997 (que considera um atentado a esses direitos “*a derrogação ou suspensão da legislação necessária para a fruição contínua de um direito econômico, social e cultural de que já se goza*”), entre outros documentos internacionais.

⁸³ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 331 et seq.; MEIRELES, Ana Cristina. *A eficácia dos direitos sociais...*, p. 101, entre outros.

⁸⁴ Cabe aqui breve menção à teoria dos limites transcendentais, oponíveis, inclusive, ao Poder Constituinte Originário, e dentre os quais se situa a obrigatoriedade de respeito aos direitos humanos, como conquistas históricas da espécie e caracterizadoras mesmas da existência de constituição (cf., por todos, BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 92).

2.2.3 Perfil histórico ocidental: do Estado Mínimo ao Estado Providência, sob o prisma evolutivo dos direitos fundamentais

A história da evolução do discurso jurídico de proteção aos direitos fundamentais se mescla à própria história do constitucionalismo, é dizer, da existência e valorização de uma norma considerada como de estatura magna dentre as normas gestoras de dada comunidade.

Mas se, de um lado, a visão da norma constitucional, tal como hoje se a tem, e o desenho de seu conteúdo fundamental têm origens relativamente recentes sob a ótica ocidental, suas raízes são bem mais antigas, confundindo-se com a história mesma do homem e de suas sociedades primevas.

Defende Lassalle⁸⁵ que todos os países sempre possuíram e possuirão uma constituição. Assim é que a noção, ainda que não expressa, de constituição⁸⁶ já existia desde a Antiguidade, por intermédio de leis que organizavam o exercício do poder, distintas das normas comuns. O movimento constitucionalista⁸⁷, por seu turno, tem origem bem mais

⁸⁵ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6.ed. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 25.

⁸⁶ Para Canotilho (op. cit., p. 52), a ideia atual de constituição indica: 1. ordenação jurídico-política fundamental plasmada em documento escrito; 2. declaração escrita nessa carta de um conjunto de direitos fundamentais e respectivo modo de garantia; 3. instrumento de organização e disciplina do poder político, tendendo a torná-lo limitado e moderado. Aponta, contudo, o sentido histórico de constituição, algo diverso, a saber: “conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social”. Em outro momento, esse autor também a descreve como “norma jurídica fundamental e suprema, garantia do existente e programa para o futuro”, e, mais modernamente, sistema aberto de normas fundamentais (princípios e regras); “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de documento escrito no qual se declaram as liberdades e direitos e se fixam os limites do poder político”, sendo, portanto, produto da razão e “elemento legicêntrico, para articulação entre o individualismo e o estadualismo” (idem, ibidem, p. 107). Cuida-se, em síntese, do “estatuto jurídico do político”.

⁸⁷ Dirley da Cunha Júnior (*Controle Judicial das Omissões do Poder Público...*, p. 03-09) entende o constitucionalismo como movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. Em verdade, não se observa na doutrina uma definição unívoca para o termo. André Ramos Tavares (op. cit., p. 01-02) identifica pelo menos quatro acepções para a expressão constitucionalismo: movimento político-social com origens remotas e que pretende limitar o poder arbitrário; imposição de que haja constituições escritas; indicação dos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades; e, numa vertente mais restrita, a evolução histórico-constitucional de um Estado. Acerca do aspecto ideológico da expressão, esse doutrinador se reporta a Loewenstein, para o qual o constitucionalismo se aproxima de uma ideia-força, socialmente relevante, como nova crença liberal que se instaurou entre os governados, concluindo que o constitucionalismo, além de seu grande alcance jurídico, tem também feições sociológicas inegáveis. Nesse contexto, menciona que o constitucionalismo exprime uma ideologia, inicialmente associada ao liberalismo político e econômico e influenciada pelo individualismo filosófico do século XVIII. Canotilho (op. cit., p. 51) assinala que, a rigor, não há um único constitucionalismo, e sim vários “movimentos constitucionais”, notadamente o inglês, o americano, o francês. Tenta, então, conciliar as várias acepções, definindo constitucionalismo como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” e “uma teoria normativa da política”, que transporta um juízo de valor e tem como temas centrais a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades, objetivando criar governos limitados em seus poderes e submetidos a

próxima, pregando os direitos fundamentais e a separação das funções estatais como conteúdo necessário da Norma Magna.

Também desde a Antiguidade, identificam-se prenúncios dos direitos humanos e fundamentais, podendo-se citar, nesse sentido, o Código de Hamurábi e a Lei das Doze Tábuas⁸⁸. Com efeito, ainda quando não se assegurasse *ipsis litteris* o direito à vida ou à integridade física, ao se estipular, por exemplo, que as punições não poderiam ultrapassar o limite do dano, como na Lei de Talião, estava-se a admitir ser devida uma proteção à vida e à integridade do agressor, que o colocava no mesmo nível, como ser humano e dentro da comunidade, do agredido, cuja lesão sofrida determinaria o limite da lesão permitida, protegido o agressor quanto ao mais.

Foi a partir da Idade Média, entretanto, que o reconhecimento e a garantia desses direitos ganharam impulso, como forma de limitação do poder governante, em relação à pessoa dos súditos⁸⁹. A ideia pretérita de que os súditos pertenciam ao monarca, dotado de caráter divino, e que sobre aqueles detinha poder de vida e de morte conforme seu arbítrio, caiu gradativamente por terra com o surgimento do movimento constitucionalista, marcado notadamente pela defesa da limitação do poder, a partir de duas frentes principais: a separação de poderes e a garantia de direitos fundamentais oponíveis ao Estado.

Nas raízes dos direitos humanos e fundamentais ocidentais, tal como hoje são conhecidos, apontam-se, habitualmente, os forais e as cartas de franquia, concedidas pelos

constituições escritas. Acerca da divergência doutrinária sobre o papel atribuído às diversas épocas históricas na evolução constitucionalista, recorda-se que as classificações e nomenclaturas variam conforme os autores adotados. Assim é que alguns (como TAVARES, André Ramos. loc. cit.; e SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003) falam em constitucionalismo antigo, para reportar-se ao período da Antiguidade hebraica, grega e romana; ao passo que outros (como SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo...* e SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional...*) consideram essa época como precedente ao constitucionalismo. Para Santi Romano (*Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977), é o desenvolvimento das primeiras cartas de limitação ao poder inglesas que marca o início do constitucionalismo, enquanto a transição do constitucionalismo antigo para o moderno se faz – segundo CANOTILHO, op. cit.; e CUNHA JÚNIOR, op. cit. – com o surgimento das constituições escritas e rígidas da segunda metade do século XVIII. Em lugar dessa classificação, SILVA NETO, Manoel Jorge (op. cit., p. 38) prefere falar em constitucionalismo clássico – como sendo aquele observado a partir da Revolução Francesa, ante o fenômeno da *rationalization du pouvoir* e fortemente influenciada pelo pensamento iluminista – e constitucionalismo social, notadamente nos documentos pós I Guerra Mundial. Quer parecer que não há incompatibilidade inconciliável entre as duas últimas classificações, podendo-se subdividir o constitucionalismo moderno em clássico (de inspiração liberal) e social (a partir da inclusão das preocupações sociais como objeto constitucional).

⁸⁸ Tanto que, para Alexandre de Moraes (op. cit., p. 01), a ideia de direitos fundamentais – derivada da necessidade de limitação do poder – precede a de constitucionalismo, “*que tão-somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular*”.

⁸⁹ Sobre o histórico dos direitos humanos e fundamentais e sua vinculação com as Declarações de Direitos, cf. SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 153-175; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 172-212; CANOTILHO, op. cit., p. 380-388; SILVA NETO, Manoel Jorge e. op. cit., p. 37-61; TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 357-398; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 09-19; MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 06-21, entre outros.

soberanos aos vassallos, conferindo-lhes direitos, que, com isso, tornavam-se intocáveis, bem assim os primeiros documentos ingleses, que hoje compõem a Constituição costumeira desse país.

Assim é que, nos primórdios do século XIII, João sem Terra substituía seu irmão Ricardo, Rei da Inglaterra, que partira para as Cruzadas. O *modus operandi* do novo monarca, todavia, passou a incomodar os nobres do Reino, sobretudo em virtude dos impostos elevados que não raras vezes resultavam em confiscos e prisões.

Mediado o impasse pela Igreja, surgiu aquela que viria a ser, nas palavras de Ricardo Chimenti⁹⁰ a “*fonte formal histórica da idéia de constituição*”: a *Magna Charta Libertatum*, de 1215. Nesse documento, restringia-se, afinal, o poder do monarca, sobretudo quanto à possibilidade de tributação – que passava a exigir lei prévia (item 12) – passando-se a consagrar, ainda, o *due process of law* para a perda de propriedade ou da liberdade (item 39); o julgamento por seus pares (item 21), embrião do conselho de júri; a publicidade dos julgamentos (item 14); a previsão do *habeas corpus*⁹¹, para defesa do direito de ir e vir (itens 30, 41, 42); a proporcionalidade das penas (item 20), entre outras normas que muito se assemelham aos atuais direitos humanos e fundamentais⁹².

Esse documento, contudo, a despeito da relevância dos direitos consagrados, não era endereçado propriamente ao homem comum. Tanto assim que, redigido em latim, somente três séculos depois recebeu tradução em inglês. É curioso notar também que, tendo sido um documento de ajuste entre a nobreza e o governante de então, a *Magna Charta* tem uma preocupação nítida com a proteção à propriedade e à posição social e, somente em escala menor e secundária, com a dignidade da pessoa, que deve lastrear os direitos humanos⁹³. Representou, ainda assim, importante avanço na desigual relação travada entre o indivíduo e os que detinham o poder de mando.

Fato é que, com o retorno de Ricardo, regente decerto mais diplomático, as preocupações da nobreza caíram no esquecimento, de forma que somente quatro séculos depois esses direitos foram ratificados em um novo documento de tal porte. Cuidou-se da

⁹⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 04. Também para Paulo Napoleão Nogueira da Silva (loc. cit.): a “*primeira lei constitucional inglesa*”.

⁹¹ Cuja origem latina é identificada por José Afonso da Silva (op. cit., p. 154) no *Interdito in Homine Exhibendo*.

⁹² Minuciosa análise e transcrição desses documentos acham-se em COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, e em PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*...

⁹³ Acerca da relação entre a dignidade e os direitos humanos e fundamentais, Ana Cristina Meireles (op. cit., p. 38) tece feliz comentário, ao apresentar os direitos fundamentais como “*densificações normativas do princípio da dignidade da pessoa humana*”.

chamada *Petition of Rights*, de 1628, que ampliou o controle tributário e dos gastos públicos pelo Parlamento⁹⁴.

Outros dois documentos ingleses destacam-se, no século XVII, como relevantes marcos antecipatórios dos atuais direitos humanos: o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, em 1689. O primeiro – ementado como “*Lei para melhor garantir a liberdade dos súditos e para as prisões do ultramar*” – detalhou e ampliou a proteção da liberdade de locomoção, visando a coibir prisões arbitrárias. O *Bill of Rights*, por seu turno, corolário da Revolução Gloriosa, que derrubou o Rei Jaime II e entronizou o príncipe holandês, Guilherme de Orange, marcou oficialmente o início da chamada Monarquia Constitucional, submetida à soberania popular⁹⁵, superando a ideia da realeza de origem divina e da monarquia absoluta.

Com o *Bill of Rights*, erige-se o Parlamento como órgão de defesa dos súditos perante o Rei, embora composto somente pela nobreza e pelo alto clero. Fortaleceram-se, na ocasião, o júri e a vedação de penas cruéis e arbitrárias, bem como se consagraram o direito de petição e as imunidades parlamentares. Entre os atrasos verificados, contudo, destaca-se a negativa à liberdade religiosa, com a imposição de uma religião oficial do Reino.

No século seguinte, do outro lado do Atlântico, destacar-se-iam as primeiras normas de organização de um novo Estado, já contendo preocupações de proteção aos indivíduos como parte dessa organização. Nasceram os Estados Unidos da América e, com eles, as primeiras declarações modernas de direitos⁹⁶.

A Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776, foi elaborada duas semanas antes da independência americana, servindo de diretriz e inspiração, portanto, não apenas para outras colônias-irmãs, mas para a própria organização federal nascente. De clara inspiração iluminista, a referida declaração preocupa-se com a limitação de poderes (é dizer, do poder estatal como um todo e não apenas do poder do rei), mediante previsão de separação das três funções políticas, com investidura temporária. A soberania popular é elevada à condição de fundamento maior de legitimidade política⁹⁷. Além dos aspectos organizacionais, cuidou de assegurar direitos básicos aos novos cidadãos, notadamente a igualdade perante a lei (rejeitando privilégios decorrentes de hereditariedade), a liberdade religiosa, a supremacia da lei, o direito de defesa processual, entre outros, compatíveis com o Estado liberal nascente.

⁹⁴ Cf. SILVA, José Afonso. op. cit., p. 156.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 157.

⁹⁶ Nesse sentido, por todos, cf. SILVA, José Afonso. loc. cit., e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 180.

⁹⁷ Art. 2.º: “*Todo poder pertence ao povo, por conseguinte dele deriva. Os magistrados são os seus fiduciários e servidores, responsáveis todo o tempo perante ele*”.

Seu artigo 1.º não deixa dúvidas sobre a fundamentação jusnaturalista esposada para essa categoria de direitos, ao afirmar:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e segurança⁹⁸.

Em 1787, a II Convenção da Filadélfia inaugura o sistema de constituições escritas, apartando-se do modelo consuetudinário vigente na nação inglesa colonizadora. Num primeiro momento, é perceptível que a preocupação com a organização política, em um Estado flagrantemente artificial e eivado de disparidades, superou a ênfase aos direitos individuais. Recorde-se a dificuldade de, naquele contexto, ir além dos direitos cristalizados na Declaração da Virgínia, em face da própria diversidade de interesses em jogo, notadamente entre as antigas colônias do norte – mais comerciais – e as do sul – mais agrícolas e escravocratas. Cuidou-se de uma constituição minimalista, no intuito de acomodar territórios que pouco tinham em comum além do desejo de libertar-se do domínio inglês.

Foram as primeiras emendas que deram à Constituição americana cores mais intensas, no que tange aos direitos fundamentais. As dez primeiras emendas consagraram, então, a liberdade religiosa, de imprensa, de reunião; o direito de petição; a inviolabilidade domiciliar; o devido processo legal; o direito de propriedade e a vedação de penas cruéis. Posteriormente vieram outras, como a célebre 13.ª Emenda, que encerrou a escravidão, além da previsão de igualdade perante a lei e do sufrágio universal.

É de se destacar que o direito à vida ganha, enfim, *status* de direito fundamental, evidenciando-se, ademais, a inspiração jusnatural atribuída a esses direitos, quando dito que:

todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade⁹⁹.

A despeito da relevância dos documentos ingleses e das declarações de direitos americanas, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada na França

⁹⁸ SILVA, José Afonso. loc. cit.

⁹⁹ SILVA, José Afonso. op. cit., p. 158.

revolucionária, em 1789, que se constituiu no “*marco culminante do constitucionalismo liberal*”¹⁰⁰ e símbolo primeiro da vocação universalizante dos ideais de direitos humanos.

Com efeito, a Declaração em comento se desdobra em duas “frentes”: os direitos do homem – liberdades, de caráter universal – e do cidadão – direitos civis, dirigidos ao indivíduo em sociedade, de caráter nacional. Demonstra-se, com isso, pela primeira vez, a intenção de arrolar direitos que ultrapassam as fronteiras de um só país, mas devem, pelo contrário, ser reproduzidos em outras nações¹⁰¹.

De inegável inspiração iluminista e jusnaturalista racionalista, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão ratifica o direito à propriedade, à liberdade em diversas nuances (como a ambulatória, a religiosa e a liberdade de opinião, salientando, portanto, seu aspecto mais individual). Nesse documento, define-se a liberdade como sendo “poder fazer tudo quanto não incomode o próximo”, destaca-se o direito à igualdade (ao menos na esfera formal) e se corrobora a importância da legalidade na regulação das relações humanas.

Foram salvaguardados, outrossim, os princípios da reserva legal, da anterioridade, da presunção de inocência, o direito à segurança, o direito de resistir à opressão, o direito à associação política, entre outros. A vida e a saúde restam, mais uma vez, não mencionadas autonomamente, embora se exija que as penas sejam as estritamente necessárias, como ensina a lição do Marquês de Beccaria¹⁰². Como atraso percebido, ainda, cita-se o fato de o documento não se reportar à situação da mulher, alijada do processo de igualdade.

Também como corolário de sua natureza mais ampla e abstrata, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão constituiu verdadeira carta de princípios, nos moldes dos documentos de direitos humanos internacionais, com ênfase maior aos direitos do que às garantias que os respaldem.

Contra essa eventual crítica à abstratividade da Declaração, sustenta Bobbio¹⁰³ seu caráter eminentemente político, consentâneo com as necessidades da época, recordando, ainda, que, pelo contrário, futuramente alegaria Marx que a referida Declaração perdia-se, no fluxo da história, justamente por seu caráter excessivamente concreto, focado numa concepção individualista de sociedade. Essa trajetória, contudo, condiz com as circunstâncias

¹⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 183.

¹⁰¹ Aspecto que pode ser notado, inclusive, pelo teor do artigo 16, suprarreferido, que defende a inexistência de constituição onde não consagrados a separação de poderes e os direitos fundamentais. Sem dúvida, a relevância dessa Declaração é tal que, ainda hoje, ela se acha incorporada à Constituição francesa, como expressamente consignado no preâmbulo desta, formando, como recorda CUNHA JÚNIOR, Dirley da (op. cit., p. 184), o chamado bloco de constitucionalidade, “*conjunto de regras constitucionais, erigido em parâmetro do controle de constitucionalidade naquele país*”.

¹⁰² Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 11.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. op. cit, p. 98-100.

históricas que pavimentam a evolução do discurso protetivo dos direitos humanos e fundamentais, não se havendo de negar sua relevância, ao fundamento do surgimento posterior de direitos sociais. Pelo contrário, verifica-se que, ainda hoje, muitos dos direitos ditos individuais não têm sido de todo respeitados, assinalando-se, mais uma vez, a necessidade de cumulação das esferas, gerações ou dimensões de direitos.

Da obra clássica do Abade Sieyès¹⁰⁴, depreende-se facilmente a espécie de motivação sociopolítica da Revolução Francesa, que repercutiu na Declaração dela originada, naquele momento histórico. Veja-se que, decerto, o escopo foi notadamente de reestruturação do papel social exercido pela burguesia – classe de preocupações mais individualistas do que solidárias – e de subsídio para sua ascensão ao poder, não se vislumbrando escopo de mudança econômica profunda, por exemplo, que propiciasse alterações sociais estruturais. Daí a constatação de que, conquanto o movimento em tela tivesse por mote a defesa à liberdade, à igualdade e à fraternidade, representou, em verdade, consagração à liberdade, em seu aspecto individual, breve menção à igualdade, apenas no âmbito formal, nada se dizendo de prático no tocante à fraternidade.

Não foi em vão, contudo, o delinear do tríplice ideal, na medida em que sua menção passou à teoria dos direitos humanos como representativa exatamente da evolução desses direitos, mediante gerações ou dimensões superpostas, gradativamente surgidas ou reconhecidas, conforme o desenvolvimento da história social, econômica e política vivenciada em cada época. Assim, naquele contexto histórico, a despeito de consagradas como ideais, a igualdade de fato e a fraternidade ainda não eram clamores tão imediatos, como passariam a se tornar nos séculos subsequentes. Com efeito, registra Bartolomé Clavero¹⁰⁵ que o sujeito de igualdade era, à época, o homem proprietário europeu.

Assim é que, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ganharam espaço os ditos *direitos de primeira dimensão* ou direitos da liberdade¹⁰⁶, obrigando,

¹⁰⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers État?* 4.ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁰⁵ CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution: Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Trotta, 1997, p. 256.

¹⁰⁶ Expressão utilizada por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, loc. cit., para referir-se aos direitos fundamentais de primeira dimensão, abrangendo os direitos civis e políticos. Os direitos de segunda dimensão, por seu turno, reportam-se aos direitos sociais, econômicos e culturais. Também nesse sentido a classificação adotada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, quando relator do acórdão prolatado no Mandado de Segurança n.º 2.2164/SP, DJ1, 17 nov. 95, p. 39206, segundo o qual as três primeiras gerações desses direitos são, de modo didático: as liberdades clássicas (direitos civis e políticos), na primeira geração; as liberdades positivas, reais ou concretas (direitos econômicos, sociais e culturais), na segunda geração; e os que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (op. cit.) denominou direitos da fraternidade ou da solidariedade, na terceira geração, correspondendo aos direitos de titularidade transindividual e coletiva. Já na dicção de Eliana Calmon (As Gerações dos Direitos e as Novas Tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As Vertentes*

sobretudo, o Estado, mas também os demais membros da comunidade¹⁰⁷, a se absterem de os violar. Diz-se deles, portanto, habitualmente, que veiculam uma obrigação negativa por parte de seus destinatários. Essa generalização nem sempre é válida, como adiante se verá.

Na senda da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição francesa de 1791 abraça os conteúdos ali adotados, bem como sua fundamentação jusnaturalista, de sorte que, com a Revolução Francesa, o constitucionalismo ganha evidência e espalha-se pelo continente europeu¹⁰⁸. No Preâmbulo dessa Carta, a síntese de seu teor:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases de sua liberdade e da sua felicidade; o magistrado, a regra dos seus deveres; o legislador, o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão¹⁰⁹

Florescia, assim, o constitucionalismo clássico, marcado pelas ideias iluministas e pelo fenômeno da racionalização do poder (*rationalisation du pouvoir*), buscando seu exercício mais limitado, como importante signo da ascensão burguesa, nas asas do liberalismo e do individualismo humanista. Pregava-se, em linhas gerais, a redução da intervenção estatal na economia e na vida dos indivíduos, que passam a ser vistos como sujeitos moral e economicamente livres, em épocas de *laissez faire, laissez passer*: proprietários de sua pessoa e de seus bens¹¹⁰. Nascia, conjuntamente, um Estado marcadamente absentéista, fiado na crença liberal da autorregulação do mercado e na presumida desnecessidade (e mesmo negatividade) da intervenção estatal, bem como centrado na preservação da liberdade individual.

do Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 151-159), os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos políticos, delegando aos direitos sociais a posição de direitos de terceira geração e indicando a fluidez das referidas classificações. A versão adotada pelo Ministro Celso de Mello, contudo, sugere guardar mais similitude com a documentação internacional, se se considerar a formulação adotada na elaboração de documentos como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos na década de 60.

¹⁰⁷ Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cf. LUÑO, Antonio Enrique Perez. op. cit.; ALEX, Robert. op. cit.; a obra coletiva BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008; MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., entre outros.

¹⁰⁸ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. op. cit, p. 12.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 10.

¹¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 109-110.

Com a evolução do capitalismo rumo a sua fase industrial, porém, observou-se que a liberdade econômica e individual e a igualdade formal não eram suficientes para responder aos anseios do homem e da sociedade.

Em verdade, tal constatação se tornou gritante, ante o surgimento de movimentos sociais de reação ao capitalismo, ou, antes, à conjuntura social por ele estruturada, em que a excessiva liberdade de negociação somente favorecia aqueles que detinham o controle dos meios de produção.

Nesse contexto, é de se destacar o Manifesto Comunista, de 1848, vaticinando a derrocada do capitalismo por ação de seus explorados. Acossado por tais ameaças, o próprio capitalismo e setores de direita buscam respostas ideologicamente convincentes, no intuito de amainar os efeitos da crise social. Em 1891, a Igreja Católica, ferrenha combatente do comunismo à época, emite a Encíclica *Rerum Novarum*, pregando um tratamento mais condigno ao operariado. Começa-se a organizar, ainda, movimentos políticos de temperamento conciliador, primando pela inserção de compromissos de caráter social no próprio texto constitucional, como se observou na Constituição Mexicana de 1917 (em resposta aos movimentos populares locais de 1910) e na Constituição de Weimar de 1919 (também refletindo a instabilidade social alemã). Essa perspectiva conciliatória se mostrava, afinal, bem mais tentadora do que o exemplo ameaçador da Revolução Soviética, cuja Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918¹¹¹, representava o risco mais temido para a estrutura sociopolítica e econômica vigente.

Surge, nesse contexto, então, o movimento de constitucionalismo social, lastrado em três fundamentos¹¹², a saber: o sociológico (a motivação dada pelo temor dos movimentos sociais contestadores da estrutura vigente), o político (a decisão adotada pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte) e o jurídico (consistente na inserção, em sede da norma maior do sistema, de elementos sociais, como forma de expressar mais marcantemente o compromisso do Estado com a questão social, bem como para impedir ou dificultar sua retirada pelo legislador ordinário). Nasce, com isso, o Estado do Bem-Estar Social, trazendo consigo a responsabilidade de apascentar os clamores sociais, mediante o compromisso de participação estatal na promoção de melhores condições de vida e em favor

¹¹¹ Assinala Perez Luño (op. cit., p. 39) que, ao contrário dos documentos de marcada ideologia individualista do período anterior, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, redigida por Lenin e incluída na Constituição Soviética no mesmo ano de 1918, não reconhecia qualquer dos direitos individuais.

¹¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. op. cit., p. 44.

do favorecimento de uma igualdade material¹¹³. Segundo Dirceu Raposo de Mello e colaboradores¹¹⁴, passa-se do “Estado mínimo” ao “Estado máximo”.

Alexandre de Moraes¹¹⁵ vislumbra prenúncios dos direitos sociais já na Constituição Francesa de 1848. Também Manoel Jorge e Silva Neto¹¹⁶ recorda que os direitos trabalhistas já eram uma reivindicação à época da Revolução Francesa, quase sessenta anos antes. Essa Constituição resultou de uma revolução popular que, todavia, segundo Lassalle¹¹⁷, terminou por não assegurar as condições para garantir a correspondência entre a Carta então produzida e a realidade, passando a ilustrar, para esse autor, exemplo de Constituição que se configuraria em mera *folha de papel*, dada sua não correspondência com os *fatores reais de poder*. Assim, com o fracasso dessa tentativa, e a despeito de a primazia reconhecida na introdução de direitos de cunho social num documento constitucional caber à Constituição Mexicana de 1917, foi à Constituição de Weimar de 1919 que, situando-se dentro do cenário europeu, centro do mundo na época, tocaram os maiores lumes como influenciadora do constitucionalismo social.

A Constituição de Weimar encerrou seus dias com a Segunda Grande Guerra, mas não sem antes deixar sementes proíficas nessa área, que influenciaram muitos documentos constitucionais da época, inclusive no Brasil, passando a estabelecer um novo patamar de direitos fundamentais, cuja ausência já não se podia admitir na esfera das Cartas Magnas nacionais.

No âmbito do direito pátrio, destaca-se, como marco do ingresso brasileiro no contexto do constitucionalismo social, a Constituição de 1934, primeira a fazer constar em seu

¹¹³ O Estado Social não se esgota no mínimo existencial, mas este é um patamar a cujo atendimento não se pode esquivar. Nesse sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 306. Também assim, veja-se, ademais, ser entendimento corrente que o Estado brasileiro, ainda que não expressamente dito nesses termos na Constituição, trata-se de um Estado social, em face do teor da própria Carta que o gere. Por fim, tenha-se que, também por conta da participação do Estado na prestação dos direitos sociais, diz Andreas Krell (Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999, p. 240) que eles não devem ser entendidos como direitos *contra* o Estado, mas *por meio* dele.

¹¹⁴ MELLO, Dirceu Raposo de *et al.* Análise Bioética do Papel do Estado na Garantia ao Acesso a Medicamentos. In. GARRAFA, Volnei; MELLO, Dirceu Raposo de; PORTO, Dora. *Bioética e Vigilância Sanitária*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2007, p. 22.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. loc. cit.

¹¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. loc. cit.

¹¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. loc. cit.

texto um *direito à subsistência*, entendido por Carmen Lúcia Antunes Rocha¹¹⁸, como versão primeira do reconhecimento nacional ao mínimo existencial¹¹⁹ em sede constitucional¹²⁰.

Como, entretanto, conciliar a presença dessas normas de caráter destacadamente compromissário e prestacional dentro do corpo constitucional? A Constituição Italiana de 1947, que entrou em vigor em 1948, pouco antes da Lei Fundamental de Bonn de 1949, sucessora da Constituição de Weimer na Alemanha, consagrou o início de uma época de Constituições notadamente programáticas. Essa saída, de um lado, resolvia o problema da inclusão das normas sociais na Constituição; de outro lado, porém, fazia erigir nova questão de ordem prática: como tratar as normas sociais programáticas, trazendo-as do texto constitucional para a realidade política cotidiana¹²¹.

No escopo de buscar a igualdade substancial, comprometia-se o Estado a abandonar sua neutralidade e não mais apenas omitir-se de intervir na vida dos cidadãos, mas efetivamente agir, mediante prestações positivas e estabelecimento de diretrizes de política social, condizentes com as necessidades individuais e coletivas, em especial daqueles menos favorecidos. O surgimento dos ditos direitos fundamentais de segunda dimensão consagra a percepção – mesmo que nem sempre expressa – de que é preciso reconhecer um mínimo de direitos e de condições essenciais para a sobrevivência do indivíduo, não apenas sob o prisma biológico, mas também social.

Sagram-se, assim, os direitos de *segunda dimensão*, acarretando, de regra, obrigações positivas de proteção e efetivação. Eles abrangem, segundo Bobbio¹²², direitos sociais, como a educação, o lazer; a proteção ao trabalho, à maternidade e à infância, *verbi gratia*. Nesse rol é que se insere o direito à saúde, também como parte da seguridade social. Na dicção de José Afonso da Silva¹²³, os direitos sociais consistem em “*prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais*”.

Diante disso, é habitual a associação dos chamados direitos de liberdade – os direitos de primeira dimensão – com direitos negativos, prestações negativas ou omissões

¹¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, n. 5, p. 439-461, jan./jun.2005, p. 449.

¹¹⁹ Sobre a noção de mínimo existencial e seu reconhecimento na doutrina e na jurisprudência pátria, cf. itens 4.3.1 e 4.3.2. *infra*.

¹²⁰ Sobre o tema da evolução constitucional brasileira, cf., entre outros, CAMPANHOLE, Hilton; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 1998; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *op. cit.*; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *op. cit.*, bem assim item 2.4, no que tange à evolução do direito à saúde nos textos constitucionais pátrios e das políticas públicas na área.

¹²¹ Sobre a interpretação da linguagem programática, cf. item 3.2.2 *infra*.

¹²² BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 06.

¹²³ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 289.

estatais, dotados apenas de função de defesa, a implicar um dever de abstenção em relação à esfera de liberdade do indivíduo¹²⁴. Os direitos sociais, de segunda dimensão, por seu turno, são relacionados com a função de prestação positiva¹²⁵ e, portanto, vistos como necessariamente mais custosos, ao fundamento de que tornam o sujeito credor de alguma ação estatal, seja normativa ou material, de execução¹²⁶.

¹²⁴ No escopo de detalhar a questão, Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 419-430) subdivide os direitos a prestações em sentido amplo em três subgrupos: direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Os *direitos à proteção* implicam um direito fundamental do titular a que o Estado o proteja de intervenções de terceiros contra seus direitos. Aproximam-se, portanto, da função de defesa vislumbrada para os direitos de primeira dimensão, sendo que esta se associa a uma abstenção estatal – o Estado se abstendo de ele mesmo lesar o direito – ao passo que a função de proteção exige a ação protetiva do Estado contra a atuação indevida de terceiros. O autor exemplifica com o dever estatal de proteção ambiental, como decorrência do direito a um ambiente equilibrado. Os *direitos à organização e ao procedimento* envolvem o dever estatal de produzir as normas procedimentais necessárias à implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, enquanto os *direitos a prestações em sentido estrito* implicam a adoção de condutas materiais pelo Estado para a promoção fática dos referidos direitos. É onde o aspecto financeiro e orçamentário se revela mais significativo, levando à definição dos direitos sociais como direitos custosos. É a construção da escola ou do posto de saúde, por exemplo, para permitir a efetivação dos direitos à educação e à saúde.

¹²⁵ Outra vertente acerca das funções dos direitos fundamentais é encontrada em Canotilho (op. cit., p. 407-410), mesclando a teoria de Alexy com a descrição clássica dos *stati* de Jellinek. Diz o mestre lusitano que são quatro as funções dos direitos fundamentais, não necessariamente associadas com as dimensões históricas: função de defesa ou de liberdade (vedando interferências do Poder Público na esfera jurídica individual); função de prestação social (equivalendo aos direitos a prestações em sentido estrito de Alexy, em que se situam, mor das vezes, os direitos sociais); função de proteção perante terceiros (segundo a qual o Estado deve proteger o titular da ingerência de terceiros contra seus direitos) e função de não discriminação (exigindo do Estado condutas de equalização, de sorte a tratar os cidadãos como fundamentalmente iguais. Aí se inserem os projetos de ações afirmativas, como as cotas). Como se verifica, há grande aproximação com a ideia de Jellinek, ao dividir as espécies de situações jurídicas (*status*) em que se situa o indivíduo em face do Estado. Assim é que o *status subjectionis* ou passivo denota subordinação do indivíduo ao Estado, acarretando deveres daquele em relação a este, detentor do poder de vinculá-lo mediante ordens e vedações. O *status negativus* ou *libertatis* equivale ao âmbito dos direitos de defesa para Alexy e Canotilho, na medida em que o cidadão se mostra aqui como dotado de uma “*esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal*” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público...*, p. 158). Do *status positivus* ou *civitatis* derivam os direitos públicos subjetivos, aptos a respaldar que se exijam do Estado certas prestações. Para Perez Luño (op. cit., p. 184), há falar em um *status positivus socialis*, como categoria específica para os direitos sociais, dadas suas especificidades. Já o *status activus* ou *status activae civitatis* garante ao indivíduo a oportunidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, mediante o exercício de determinadas funções públicas e dos direitos políticos. Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 84) resume os quatro *stati* com que o indivíduo pode-se deparar em sua relação com o Estado, numa linha ascendente, em: passivo, envolvendo uma prestação ao Estado (dever de obediência); negativo (ou *status libertatis*), referente à liberdade frente ao Estado; positivo, implicando pretensões face ao Estado (o Estado é chamado a prestar ao indivíduo) e, por fim, ativo, em que o indivíduo é chamado a participar no exercício do poder político ou vem a ser reconhecido como investido do *imperium* estatal (*status civitatis*).

¹²⁶ Um terceiro ângulo da análise das funções dos direitos fundamentais os aponta como dotados de aspectos negativos e positivos, no sentido de, respectivamente, obstarem a edição de normas com eles incompatíveis e de, positivamente, compelirem o legislador e o administrador a empreenderem esforços, tanto na elaboração normativa, quanto na elaboração e execução de políticas públicas, a fim de lhes dar efetividade (sobre o tema, cf., entre outros, as obras de CUNHA JÚNIOR, Dirley da. op. cit., p. 155-165, e *Curso de Direito Constitucional...*, p. 625 et seq. Abramovich e Courtis (*Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2002, p. 29-31) traçam, ainda, interessante distinção entre os deveres de *respeitar*, *proteger*, *garantir* e *promover*, comuns a todos os direitos fundamentais. Resumidamente, define-se *respeitar* como o dever do Estado de não impedir o acesso a esses direitos e o gozo deles (assemelhando-se, portanto, à função de defesa, comentada acima). *Proteger*, por seu turno, implica o dever de impedir que terceiros afrontem o acesso e o gozo dos referidos direitos por seus titulares (assemelhando-se realmente à noção

Essa visão tem servido a justificar muitas das resistências levantadas à implementação dos direitos sociais. Não foram poucos os autores, entretanto, a advertir acerca da falha de um pensamento restrito nesse sentido, indicando que inexistem, de fato, direitos desprovidos de custos, ainda que aparentemente omissivos¹²⁷. Assim é que, para assegurar a liberdade, considerada o direito de caráter mais notadamente omissivo, há de se ter na retaguarda toda uma estrutura jurídica, administrativa e processual, haja vista não haver efetivamente direito sem o que o garanta, sob pena de se converter em “direitos de papel”. Daí a ideia da função de proteção, destinada contra terceiros, mas que, não raras vezes, obriga o Estado a mover sua estrutura contra suas próprias intervenções indevidas, como se verifica na interposição de *habeas corpus* ou numa ação de mandado de segurança, pensados justamente contra autoridades coatoras originalmente estatais. Essa estrutura implica custos nada desprezáveis.

Também a realização de escrutínios de escala local, estadual ou nacional exige gastos comparáveis, talvez, à montagem de um posto de saúde ou de toda uma política governamental em saúde. O constitucional direito à assistência judiciária integral e gratuita (artigo 5.º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988), previsto como direito de primeira dimensão, demandou, por seu turno, a estruturação da Defensoria Pública, com todos os custos contingentes e permanentes que isso acarreta. No sentido inverso, o direito de greve (artigo 9.º), a despeito relacionado às condições de trabalho, cuja natureza é tipicamente social, tem caráter bem mais abstencionista por parte do Estado.

Dessa forma, não há falar em direitos exclusivamente de defesa ou de prestação, haja vista que os direitos têm, simultaneamente, aspectos que exigem omissões ou ações, além das imbricações inexoráveis entre muitos direitos de primeira e de segunda dimensão, como se verifica entre o direito alegadamente social à saúde e os direitos individuais à integridade e à vida. A propósito, o próprio direito à saúde, exemplo frequente de direito social e

de função de proteção). *Garantir* envolve, para os autores argentinos, a obrigação estatal de assegurar o acesso a esses direitos, quando o titular não os puder alcançar por si mesmo (o que produz, para o cidadão, o direito de o exigir). Por fim, a obrigação de *promover* se caracteriza pelo dever de desenvolver condições para que os titulares do direito tenham acesso aos bens dele decorrentes por seus próprios meios (favorecendo, portanto, o desenvolvimento humano para além de uma interpretação meramente paternalista e assistencialista dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais).

¹²⁷ Inevitável citar, por todos, a conhecida obra de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Company, 1999. Também no Brasil se assinala, em sentido semelhante, a obra de GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Também sobre o intercâmbio entre omissões e prestações tanto nos direitos individuais, civis e políticos, como entre os direitos sociais, econômicos e culturais, assinalando que a distinção habitual somente enfatiza o aspecto mais visível e simbólico desses grupos de direitos, cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. op. cit., p. 23-25.

prestacional, também requer a defesa estatal, no sentido de abster-se o Poder Público de investir contra a saúde de seus cidadãos e de protegê-los contra a ação agressiva de terceiros.

Na esfera internacional, os direitos de primeira e de segunda dimensões ganharam espaço com os documentos que se seguiram à II Grande Guerra, quando, diante das brutais agressões à Humanidade, perpetradas sobretudo nos campos de concentração nazistas, e do crescimento da pobreza e da disparidade na distribuição de riquezas advinda desde a Revolução Industrial, ficou ainda mais patente a necessidade de se estabelecerem normas globais para a proteção ao ser humano.

Surgiram, nessa época, a Organização das Nações Unidas (ONU), o Código de Nuremberg (1947), com suas disposições limitando a pesquisa em seres humanos, ainda na esfera dos direitos ditos de liberdade, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), marco crucial na internacionalização e universalização dos direitos humanos e norteador das legislações nacionais nessa área. Nessa Declaração, o artigo 3.º consagra, afinal, o direito à vida; vedam-se a tortura, a escravidão, a degradação (artigos 4.º e 5.º); protege-se a privacidade (artigo 12); asseguram-se a participação democrática (artigo 21), a remuneração justa por seu trabalho (artigo 23), o lazer (artigo 24), a educação (artigo 26), entre outros direitos, somando-os às conquistas já firmadas e ordenando-os num documento de amplo reconhecimento internacional. Demonstra-se, assim, o convívio simultâneo dessas dimensões de direitos.

Assim, embora se sublinhe respeito, refuta-se de logo – por entender faltar-lhe, inclusive, sustentação, na análise dos documentos internacionais de direitos humanos – a tese defendida por alguns autores que negam a fundamentalidade dos direitos sociais, vendo neles apenas diretrizes governamentais de exigibilidade duvidosa, vez que condicionadas a decisões políticas e orçamentárias de discricionariedade supostamente intangível¹²⁸. Em verdade, como direitos fundamentais que são, os direitos sociais sujeitam-se, no âmbito interno, a critérios de controles semelhantes aos dos direitos individuais, observando-se, contudo, suas peculiaridades, tais como a própria realidade de escassez, mas sem afastar, com isso, um exame de constitucionalidade a que se sujeitam mesmo as decisões discricionárias¹²⁹.

¹²⁸ Nesse sentido, por todos, cf. Ricardo Lobo Torres (O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989), ao negar fundamentalidade aos direitos sociais, considerando-os como meros subsidiários dos direitos de primeira dimensão. A esse respeito, conferir as percutientes críticas tecidas por KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002; e, do mesmo autor: Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

¹²⁹ Sobre a judiciabilidade, justiciabilidade ou sindicabilidade dos direitos sociais, cf. item 4.1 infra.

Dando sequência à linha evolutiva desses direitos, numerosas declarações e tratados internacionais marcaram a segunda metade do século XX, ampliando consideravelmente a gama de direitos humanos e abrindo margem ao surgimento dos direitos chamados de *terceira dimensão*, como direitos coletivos *lato sensu*, de vocação transindividual, de que são exemplos mais característicos os direitos relativos ao ambiente ecologicamente equilibrado, bem assim os direitos dos consumidores.

Fala-se atualmente em direitos de *quarta dimensão*, embora sem univocidade de significação. Para Paulo Bonavides¹³⁰, trata-se dos direitos relativos à globalização; para outros, são os direitos da era digital¹³¹. Segundo Eliana Calmon¹³², consistem nos direitos referentes à biodiversidade. Abranger-se-ia, nesse caso, a proteção à biodiversidade ambiental, numa espécie de desdobramento dos direitos referidos na terceira dimensão, mas também aí se incluíam aspectos abordados na Bioética, enquanto mediadora do conflito entre o indivíduo e a evolução biotecnológica, de modo a representarem desdobramentos também dos direitos de primeira e segunda dimensões, ao abordarem preocupações com a vida e a saúde do indivíduo. Os direitos de quarta dimensão remetem a um zelo pelo futuro da Humanidade, ante novas formas de agressão à dignidade da pessoa, em face do desenvolvimento crescente das pesquisas biológicas, com repercussões no patrimônio genético do homem e de outras espécies de seres vivos¹³³, contexto em que bem se insere a aproximação ora verificada entre os direitos humanos e a preocupação bioética, resgatando, inclusive, o diálogo mais próximo daqueles com a ética e a moral, como relevante subsídio zetético para a positivação de catálogos mais amplos de direitos, como consequência da evolução protetiva à pessoa e ao meio que a sustenta¹³⁴.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* Do mesmo autor, cf., sobre o tema até então tratado da evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais, a obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹³¹ Uadi Lamêgo Bulos (BULOS, Uadi L. *Constituição Federal Anotada*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68) sintetiza, nos ditos direitos de quarta dimensão, os direitos relativos à informática, mas também às biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão de filhos gerados por inseminação artificial, clonagem etc., sem explicar, contudo, exatamente o fio que os une.

¹³² CALMON, Eliana. *As Gerações dos Direitos e as Novas Tendências...*, p. 151-159.

¹³³ Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit, p. 06: "*Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer*". Na mesma linha, com a qual se concorda, George Sarmento (LINS JÚNIOR, George Sarmento. Apresentação. In. LINS JÚNIOR, George Sarmento. (org.). *Direitos Humanos e Bioética*. Maceió: EDUFAL, 2002, p. 07) refere os direitos de quarta dimensão como aqueles associados ao biodireito, seguindo-se aos de primeira (as liberdades públicas e os direitos políticos), de segunda (direitos econômicos e sociais) e de terceira (abrangendo o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, os interesses difusos e coletivos).

¹³⁴ Evidenciando essa aproximação, cf. a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), 2005. Cf. ademais, item 5.2

Diz Eliana Calmon¹³⁵ que atualmente "*a preocupação [...] não é mais pela vida, mas pela qualidade de vida*" e destaca, nesse contexto, o acréscimo de poder humano na determinação de nascimento e morte em face das novas tecnologias, bem como a questão da manipulação genética de animais e plantas e do próprio ser humano, passando a requerer uma maior manifestação por parte do Direito, com o escopo de que a evolução científica não atrole os que deveriam ser por ela beneficiados.

Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner¹³⁶ vão além, ao considerarem os direitos de quarta dimensão como sendo os referentes às questões hoje enfrentadas pela Bioética (evolução biotecnológica, intervencionismo genético e outros) e direitos de quinta dimensão como aqueles "*frutos da revolução cibernética que levou à quebra das fronteiras tradicionais*". Nesse contexto, veem no direito à saúde um "*direito de cinco dimensões*", considerando simultaneamente seu caráter individual, social, difuso (destacando, então, a interferência do ambiente nas condições sanitárias), com influências inegáveis da biotecnologia, mas que também tem desenvolvido relação cada vez mais próxima com a cibernética.

Fato é que, a despeito do crescimento da rede de direitos humanos e fundamentais, sua efetividade tem sido muitas vezes preterida por opções políticas ou econômicas. No que toca aos direitos sociais – em que se situa oficialmente o direito à saúde – à dificuldade de sua aplicação se acresce substancialmente a escassez de recursos para implementá-los. Isso não significa, entretanto, que se lhes deva negar o caráter de direitos e sucumbir às dificuldades práticas, desistindo da busca à igualdade material. O primeiro passo foi dado. O direito está proclamado. Cumpre buscar meios de converter o verbo em realidade carnal.

2.2.4 O direito à saúde nos documentos internacionais de direitos humanos

infra. Essa é, ainda, a posição que esta tese perfilha, considerando, inclusive, que as divergências culturais intra e transfronteiriças e a preocupação com a saúde mundial, tão discutidas no tema da globalização, tampouco escapam à preocupação bioética.

¹³⁵ CALMON, Eliana. loc. cit.

¹³⁶ SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A Tutela Antecipada no Direito à Saúde: A Aplicabilidade da Teoria Sistêmica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, [2003], p. 110. Semelhante, em defesa de uma "pluritutela normativa" do direito à saúde, posiciona-se ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito à Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 2000.

Como fruto das conquistas históricas, o direito à saúde é hoje assegurado em numerosos documentos de direitos humanos. Isso não implica, naturalmente, sua automática garantia e efetivação, o que depende, como se verá adiante, do implemento de políticas públicas e, por vezes, da atuação judicial concretizadora. Representa, todavia, sem dúvida, um grande avanço para a Humanidade.

Um dos primeiros documentos internacionais que tiveram por objeto a saúde, em sede de um direito humanitário internacional, voltados para tempos de guerra, foi a Convenção de Genebra que, em 1864, criava a Cruz Vermelha (Convenção sobre o socorro aos feridos nos campos de batalha) e previa normas de atenção e cuidados, que ultrapassassem as diferenças bélicas, para priorizarem o ser humano enfermo. Estipulou essa Convenção:

Artigo 1: Ambulâncias e hospitais militares devem ser reconhecidos como neutros, e devem ser protegidos e respeitados pelos beligerantes enquanto os feridos necessitem de cuidados. A condição de neutralidade será retirada caso as forças militares ocupem as ambulâncias ou hospitais.

[...] Artigo 6: Feridos ou enfermos devem receber cuidados, qualquer que seja a nação a que pertençam. Comandantes possuem o poder de entregar imediatamente aos postos devidos os soldados inimigos que tenham sido feridos nas batalhas, quando as circunstâncias o permitam, com o consentimento de ambas as partes. Aqueles que forem considerados feridos ou incapacitados devem ser entregues aos seus países¹³⁷.

Dentre as Declarações internacionais contemporâneas que aludem ao tema, é de se assinalar, inicialmente, a Declaração Universal de Direito do Homem, elaborada pela então recém-criada Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948. Em seu artigo XXV.1 dispõe esse documento que:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a si e à sua família a saúde e o bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹³⁸.

¹³⁷ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/1824_convencao_cruz_vermelha.htm> e em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1864.htm>>, acessados em 15.set.08. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Internacional Humanitário*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1864.htm>>, acessado em 15.set.08, que afirma, acerca da Convenção de Genebra (1864): “Ela inaugura o que se convencionou chamar direito humanitário, em matéria internacional; isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico. É a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio em sua obra seminal no início do século XVII (*Ius Belli ac Pacis*), passou, desde então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes”.

¹³⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 289.

Nessa época, como visto, o documento constitutivo da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) já dispusera que:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social¹³⁹.

Nascia, segundo Giovanni Berlinguer¹⁴⁰, a *cidadania sanitária*, destacando, ainda, que a Organização fora dita *mundial*, e não apenas *internacional*, exatamente para assinalar a universalidade da saúde como exigência supranacional dos povos, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, e não apenas como acordo internacional entre Estados.

Também da lavra da Organização Mundial de Saúde, a Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários em Saúde, de 1978, buscou traçar metas para a saúde mundial até o final do século XX (ano 2000), que, todavia, não foram atendidas a tempo, cogitando-se da ampliação de sua expectativa para 2020. Diz essa Declaração:

I) A Conferência enfatiza que a saúde – estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde¹⁴¹.

É inquestionável que a pobreza aumenta os riscos de vulnerabilidade¹⁴² e adoecimento – seja pela má alimentação, pela falta de higiene, pela desinformação e até pela dificuldade em tornar politicamente visíveis suas premências – e, simultaneamente, o acesso aos cuidados de saúde de boa qualidade é bem menor nesse meio, agravando o ciclo de enfermidade e pobreza¹⁴³. Seguindo essa linha de entendimento, e no intuito de descontinuar essa cadeia, a Lei Orgânica da Saúde brasileira reconheceu como fatores determinantes e condicionantes de saúde a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, o acesso aos bens e serviços essenciais. De

¹³⁹ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/saude/oms_const.html>, acessado em 15.set.08.

¹⁴⁰ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana...*, p. 226-228.

¹⁴¹ Disponível em <<http://www.opas.org.br/coleiti/ua/uploadArq/Alma-Ata.pdf>>, acessado em 30.set.08.

¹⁴² Sobre os conceitos de vulnerabilidade, consagrados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Unesco, 2005, cf., por todos, NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v.2, n.2, p. 157-172, 2006. Neste Programa, o tema foi desenvolvido por LINS, Emanuela Vilar. *As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico*. Salvador, 2007, 201f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

¹⁴³ LORENZO, Cláudio. Vulnerabilidade em Saúde Pública: implicações para as políticas públicas. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 2, n. 3, p. 299-312, 2006, p. 300-305.

fato, não há falar em um Estado Social sem o zelo por essas necessidades. A questão é como alcançá-las de modo adequado, sem levar à falência a economia estatal, por um lado, nem recair numa realidade de discurso social vazio, por outro.

Como visto, o Estado Social, que converte impostos em serviços, instala, idealmente, uma condição de solidariedade social, que visa a equilibrar as melhores condições de quem as tem com as carências associadas à pobreza. É aproximadamente o que alguns documentos de direitos humanos buscam fazer no plano internacional, entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, como se verifica na referida Declaração de Alma-Ata, destacadamente em seu item 2.º, a saber:

II) A chocante desigualdade existente no estado de saúde dos povos, particularmente entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, assim como dentro dos países, é política, social e economicamente inaceitável e constitui, por isso, objeto da preocupação comum de todos os países.

Adiante, especifica a que se referem os cuidados primários buscados, dentre os quais se assinalam:

VII) Os cuidados primários de saúde:
[...] 2 - Têm em vista os principais problemas de saúde da comunidade, proporcionando serviços de proteção, cura e reabilitação, conforme as necessidades.
3 - Incluem pelo menos: educação, no tocante a problemas prevalentes de saúde e aos métodos para sua prevenção e controle, promoção da distribuição de alimentos e da nutrição apropriada, previsão adequada de água de boa qualidade e saneamento básico, cuidados de saúde materno-infantil, inclusive planejamento familiar, imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças localmente endêmicas, tratamento apropriado de doenças e lesões comuns e fornecimento de medicamentos essenciais. [...]

Veja-se que esse é argumento frequentemente apresentado pelo Estado, na justificativa de suas opções políticas, ao defender que lhe toca o fornecimento de cuidados básicos e de medicações essenciais, segundo as necessidades epidemiologicamente mais comuns e significativas para a população. Busca eximir-se, assim, de gastos específicos e individualizados com medicações de ponta e doenças raras. Ocorre, contudo, que a proposta da Conferência de Alma-Ata de atendimento a necessidades primárias não exclui a atenção global em saúde¹⁴⁴, a qual pode abranger também necessidades individualizadas. Por outro lado, há de se avaliar o abuso de procedimentos, que, segundo Berlinguer¹⁴⁵, tem convertido

¹⁴⁴ Nesse sentido, PENCHASZADEH, Víctor B. Bioética y medicina social? Una confluencia necesaria. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v.3, n.2, p. 129-149, 2007. Para esse autor, a proposta de Alma-Ata não abrange apenas cuidados superficiais ou um primeiro nível de cuidados, mas uma atenção integral em saúde.

¹⁴⁵ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética Cotidiana...*, p. 251.

uma “medicina baseada em evidências” em uma “medicina baseada na invasividade” e no consumo, olvidando-se, por vezes, a proposta primeira de profilaxia que deve nortear as ações em saúde.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, assinala-se a relevância do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que prevê objetivos dos cuidados em saúde, a saber:

Artigo 12.º: Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;

O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;

A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença¹⁴⁶.

Documentos voltados para a proteção de grupos específicos, como indígenas, mulheres e crianças, também demonstram preocupação com a previsão e a implementação do direito à saúde, como se verifica na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, que detalha os pontos de atuação reputados mais relevantes na matéria em seu Artigo 24, a saber:

1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a se beneficiar de serviços médicos e de reeducação. Os Estados Partes velam pela garantia de que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a tais serviços de saúde.

2. Os Estados Partes perseguem a realização integral deste direito e, nomeadamente, tomam medidas adequadas para:

a) Fazer baixar a mortalidade entre as crianças de tenra idade e a mortalidade infantil;

b) Assegurar a assistência médica e os cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários;

c) Combater a doença e a má nutrição, no quadro dos cuidados de saúde primários, graças nomeadamente à utilização de técnicas facilmente disponíveis e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição do ambiente;

[...] 4. Os Estados Partes comprometem-se a promover e a encorajar a cooperação internacional, de forma a garantir progressivamente a plena realização do direito reconhecido no presente artigo. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Disponível em <<http://www2.idh.org.br/pidesc1.htm>>, acessado em 15.set.2008.

¹⁴⁷ Os pontos omitidos foram: “d) *Assegurar às mães os cuidados de saúde, antes e depois do nascimento; e) Assegurar que todos os grupos da população, nomeadamente os pais e as crianças, sejam informados, tenham*

Mais recentemente, a UNESCO, órgão da Organização das Nações Unidas, elaborou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, em que a saúde ganha contornos mais ambiciosos, alavancada pela evolução tecnológica, quais sejam:

Artigo 14 – Responsabilidade Social e Saúde:

- a) A promoção da saúde e do desenvolvimento social para a sua população é objetivo central dos governos, partilhado por todos os setores da sociedade.
- b) Considerando que usufruir o mais alto padrão de saúde atingível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve ampliar:
 - (i) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e a medicamentos essenciais, incluindo especialmente aqueles para a saúde de mulheres e crianças, uma vez que a saúde é essencial à vida em si e deve ser considerada como um bem social e humano;
 - (ii) o acesso a nutrição adequada e água de boa qualidade;
 - (iii) a melhoria das condições de vida e do meio ambiente;
 - (iv) a eliminação da marginalização e da exclusão de indivíduos por qualquer que seja o motivo; e
 - (v) a redução da pobreza e do analfabetismo¹⁴⁸.

Importantes registros na área também são encontrados, naturalmente, nas Declarações da Assembleia Geral da Associação Médica Mundial. Nessa linha, apontam-se, entre outras, a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada na 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, reunida em Lisboa, Portugal, em setembro/outubro de 1981, e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Bali, Indonésia, em setembro de 1995, que afirma:

Direito a cuidados médicos de boa qualidade. [...] e) Em circunstâncias onde deve ser feita escolha entre pacientes para um tratamento especial e limitado, todos os outros pacientes devem estar cientes de que a seleção daquele procedimento foi feita de forma justa para aquele tratamento. Aquela escolha deve estar baseada em critério médico e tem de ser feito sem discriminação¹⁴⁹.

Indica-se, aqui, como se pode perceber, a necessidade de transparência e equidade, que devem marcar a alocação de recursos escassos em saúde, sem eleger, contudo, um critério de alocação em especial, embora consigne, de logo, a opção por critérios médicos.

acesso e sejam apoiados na utilização de conhecimentos básicos sobre a saúde e a nutrição da criança, as vantagens do aleitamento materno, a higiene e a salubridade do ambiente, bem como a prevenção de acidentes;
f) Desenvolver os cuidados preventivos de saúde, os conselhos aos pais e a educação sobre planejamento familiar e os serviços respectivos. 3. Os Estados Partes tomam todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças”. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html>>, acessado em 21.set.08.

¹⁴⁸ Disponível em <<http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br/hm/X%20-%20htm/documentos/declaracaojulho2006.pdf>>, acessado em 15.set.08.

¹⁴⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão (Coord). *Comissões de Ética: Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*. 2.ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, [2002], p. 516-517.

É também de se destacar, nessa seara, a Declaração de Hamburgo (II) sobre melhoria da qualidade contínua em cuidados de saúde, adotada pela 49ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Hamburgo, na Alemanha, em 1997, em que dito:

O propósito dos cuidados de saúde é prevenir, diagnosticar ou tratar enfermidades e promover a saúde da população. A meta de revisão de qualidade em cuidados de saúde é a melhoria contínua da qualidade de serviços provida aos pacientes e à população, e aos meios e modos de produzir estes serviços¹⁵⁰.

Evidenciando, ainda, que a garantia do direito à saúde é uma constante nos documentos de direitos humanos, ao menos desde a segunda metade do século XX – a despeito das diferenças culturais e em que pesem eventuais divergências quanto à dimensão desse direito – observa-se que a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, enunciada pela liga dos Estados Árabes, em 1981, preconiza:

XVIII – Direito à Seguridade Social:

Toda a pessoa tem direito à alimentação, moradia, vestuário, educação e assistência médica, compatível com os recursos da comunidade. Esta obrigação da comunidade se estende em particular a todos os indivíduos sem condições, em razão de alguma incapacidade temporária ou permanente¹⁵¹.

Também a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul e Nairobi, 1981) se direciona no sentido da proteção à saúde, em seu máximo grau possível, e da atuação do Estado para promovê-la, a saber:

Artigo 16º: [...]

1. Toda pessoa tem direito ao gozo do melhor estado de saúde física e mental que for capaz de atingir.

2. Os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a tomar as medidas necessárias para proteger a saúde das suas populações e para assegurar-lhes assistência médica em caso de doença¹⁵².

No âmbito da União Europeia, destaca-se, entre outros, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2007, que, todavia, deixa a cargo dos Estados Membros o estabelecimento e a condução das políticas em saúde, ao estabelecer, de forma bem resumida:

Artigo 35: Proteção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de se beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União é assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana¹⁵³.

¹⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. op. cit, p. 228-229.

¹⁵¹ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html#XVIII>>, acessado em 15.set.08.

¹⁵² Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>, acessado em 25.set.08.

¹⁵³ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/hm/C2007303PT.01000101.htm>>, acessado em 21.set.08.

A Carta Social Europeia, por seu turno, conquanto oriunda da década de 60, indica uma diretriz mais precisa, ao afirmar:

- 11) Todas as pessoas têm o direito de se beneficiar de todas as medidas que lhes permitam gozar do melhor estado de saúde que possam atingir;
- 12) Todos os trabalhadores e os seus dependentes têm direito à segurança social;
- 13) Todas as pessoas carecidas de recursos suficientes têm direito à assistência social e médica;
- 14) Todas as pessoas têm o direito de se beneficiar de serviços sociais qualificados¹⁵⁴;

Dentre os documentos produzidos em terras americanas, interessante proposição é encontrada na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, fruto da IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, por demonstrar expressa preocupação com a escassez de recursos, de sorte a reconhecer o direito à saúde dentro dessas limitações, a saber:

Artigo XI - Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade¹⁵⁵.

O tema da escassez é também reconhecido entre os documentos elaborados no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em que se destaca o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (Protocolo de San Salvador, 1988), enfatizando-se aqui, entretanto, a primazia da saúde “*até o máximo dos recursos disponíveis*”, ao verberar:

Artigo 1 - Obrigação de adotar medidas:
Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo¹⁵⁶.

Adiante se afirma, de modo mais específico:

¹⁵⁴ Disponível em <[http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Carta_Social_Europeia_\(Revista\)_%201996.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Carta_Social_Europeia_(Revista)_%201996.htm)>, acessado em 21.set.08.

¹⁵⁵ Disponível em <<http://www2.idh.org.br/daddh.htm>>, acessado em 15.set.08.

¹⁵⁶ Disponível em <http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/documentos/instrumentos_regionais/america/protocolo_convencao_direitos_economicos.pdf>, acessado em 15.set.08. Cumpre assinalar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), conquanto seja referência mais frequente no âmbito dos direitos humanos e fundamentais no Brasil, é bastante sucinta em relação aos direitos sociais, não fazendo menção expressa ao direito à saúde em seu artigo 26, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos ao desenvolvimento progressivo.

Artigo 10 - Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Já a Conferência Pan-americana de Educação em Saúde Pública, realizada em 1994, adotou, escudada no item 11 da Declaração de Viena da ONU, de 1993, a ideia de “saúde integral”, relacionada à realização do potencial humano – biológico, psicológico e social – incluindo o acesso e desfrute dos benefícios do desenvolvimento, principalmente na área das ciências biomédica.

Cabe ressaltar, ainda, os compromissos firmados sob o pálio do Mercosul, em que ressaem a Declaração Sociolaboral do Mercosul (1998) e a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social no Mercosul, Bolívia e Chile (2000)¹⁵⁷. São, contudo, documentos que pouco precisam as políticas públicas a serem adotadas na área, enfatizando mais a questão da seguridade social voltada para a atividade laboral.

A Declaração de Princípios Éticos dos Médicos do Mercosul (Assunção, 1996), de outro lado, é mais afirmativa, ainda que de forma ampla e genérica, demonstrando particular preocupação com a autonomia do paciente e com a oferta de recursos novos e experimentais, sem se ater, todavia, às questões de escassez, ao prescrever:

¹⁵⁷ Disponíveis em <http://www2.mre.gov.br/siteunir/publicacao/arquivos/FILE_14.doc>, acessado em 21.set.08. Exemplo dessa formulação se acha no artigo 19 da Declaração Sociolaboral do Mercosul, a saber: “*Os trabalhadores do MERCOSUL têm direito à seguridade social, nos níveis e condições previstos nas respectivas legislações nacionais. Os Estados Partes comprometem-se a garantir uma rede mínima de amparo social que proteja seus habitantes frente à contingência de riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte, buscando coordenar as políticas na área social, de forma a suprimir eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários*”. Já a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social no Mercosul, Bolívia e Chile diz ainda menos, ao prometer: “*Intensificar los esfuerzos de sus Gobiernos para mejorar la calidad de vida en sus respectivos países y en la región, mediante la atención prioritaria a los sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación*” (é dizer: Intensificar os esforços de seus Governos para melhorar a qualidade de vida em seus respectivos países e na região, mediante a atenção prioritária aos setores mais desprotegidos da população em matéria de alimentação, saúde, emprego, moradia e educação).

[...] 6. É direito do paciente decidir livremente sobre a execução das práticas diagnósticas ou terapêuticas, sendo-lhe assegurados todos os recursos das ciências médicas onde seja atendido, sem discriminação de nenhuma natureza.

7. É vedado ao médico empregar experimentalmente qualquer tipo de terapia não liberada para o uso no país, sem autorização dos organismos competentes e sem o consentimento expresso do paciente ou de seu responsável legal.

8. Os conhecimentos cientificamente comprovados devem estar sempre ao serviço do ser humano. O médico tem a obrigação de divulgá-los, sendo-lhes vedados o privilégio de guardá-los para seu uso pessoal ou restringir sua utilização em detrimento do bem estar da humanidade¹⁵⁸.

Como se verifica, os dispositivos assinalados nos documentos mencionados constituem importantes textos jurídicos a lastrear o reconhecimento e a proteção do direito à saúde. Não fornecem, todavia, por sua própria natureza, elementos concretos para assegurar seu implemento na prática, no dia-a-dia dos cidadãos e das sociedades de cada país, ainda que sujeite sua prestação a uma maior vigilância internacional.

Essa divergência de efeitos culmina por propiciar o choque, repetidas vezes verificado, entre os direitos *no papel* e os direitos *na realidade*. Daí a necessidade de dissociar, no estudo do direito à saúde, sua evolução como direito e como objeto de práticas públicas e sociais, sem, contudo, perder de vista a necessidade de buscar que essas duas conjunturas encontrem, enfim, coincidência e efetividade no plano concreto.

2.3 O surgimento das políticas públicas em saúde

Se a evolução dos direitos fundamentais, e, dentre eles, o direito à saúde, tem sido, como se pode ver, verdadeira saga na história da Humanidade, menos conturbado não foi o desenvolvimento das políticas públicas na área.

Inicialmente, cumpre definir o que se denominam *políticas públicas*. Gonzalez Casanova¹⁵⁹ chama atenção para as diversas acepções do termo *política*, quando nesse contexto utilizado. Essa polissemia se mostra bastante evidente nos países anglo-saxônicos, em face da diversidade de termos para cada um dos significados apontados pelo autor para a expressão, que, na língua latina, é única.

Assim, o que os anglo-saxões chamam *policy* implica a acepção de uma *ação humana de relação social com um projeto e uma finalidade*, estando aproximada, segundo o

¹⁵⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. op. cit., p. 286-287.

¹⁵⁹ CASANOVA, J. A. Gonzalez. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 2.ed. Barcelona: Editorial Vicens-Vives, 1982, p. 03-13.

autor, do conceito genérico de governo e de governar-se e dos atos singulares para tanto despendidos.

Já o termo *politics* indica um conjunto de ações concretas (*policies*) que se inter-relacionam, formando uma trama complexa em um país ou época, um processo de organização dos comportamentos sociais, aproximando-se na noção de *regime*, como cristalização da sociedade, em seu processo de organização e distribuição de bens, cargos e riquezas.

Por fim, a expressão *polity* – advinda de *polis*, *politeia*, a comunidade histórica ideal – indica o resultado dessa unidade cristalizada no Estado ou formação política que organiza historicamente as sociedades nacionais ou plurinacionais. Tem por fim, explica o autor, uma comunidade suprema e ideal, movida não apenas por ações, mas por *boas ações e bons fins*, para o atendimento das necessidades humanas globais, e não apenas a mera convivência, que poderia não distinguir o Estado de uma Igreja, de um clube ou mesmo de uma quadrilha.

Quando se fala, assim, em políticas públicas em saúde, está-se a remeter à segunda acepção, como *conjunto de ações concretas*, movidas, contudo, em direção à obtenção da terceira acepção: um *status* político ideal, consentâneo com os programas consignados constitucionalmente e que assim se pretende atender.

Nesse diapasão, fazendo distinção semelhante com relação à primeira e à segunda significações, porém dando à segunda caráter mais ideal e menos concreto, posiciona-se Nagibe de Melo Jorge Neto¹⁶⁰. Distingue esse autor entre a ação ou atuação pública ou estatal, com vistas a concretizar um fim estatal, notadamente os direitos fundamentais (ou seja, o que Casanova define como *policy*) e o programa ou planejamento que antecede a ação (e que, por dar unidade às ações concretas e individualizadas, Casanova define como *politics*). Esclarece esse autor que não deseja analisar políticas públicas como programas de objetivos ou metas, mas, sim, analisar as ações ou omissões concretas que compõem a atuação estatal em determinada área. Tomada, porém, a *politics* como regime e conjunto das *policies* – ações concretas, porém isoladas – quer parecer que a segunda acepção permite uma visão mais global da evolução das atuações governamentais em relação à saúde ao longo da história, sem se esquivar, naturalmente, das análises particularizadas, quando essas se fizerem necessárias, e sem dar ao conjunto um caráter de programa utópico ou irreal, mas, tanto pelo contrário, defendendo sua constante concretização e dialética com a realidade social.

¹⁶⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. op. cit., p. 53-54.

Posto isso, mostra-se oportuno fazer remissão à história do surgimento da medicina social e dos hospitais, como antecedentes e primórdios das políticas públicas na área de saúde.

Diz Berlinguer¹⁶¹, acerca das políticas sanitárias nascentes – ou da ausência delas – que, a partir da descoberta da América, em 1492, à época da primeira fase mercantilista, muito antes de se falar em globalização da saúde, globalizou-se a doença, no que ele chama de “*unificação microbiana do mundo*”. Junto com as especiarias, passa-se a mercar, por todos os continentes, toda a sorte de males que acometiam um lado e outro do Atlântico, em situação agravada pela falta de higiene e de conhecimento, ampliando, ainda, os preconceitos entre os povos, que passam a ser associados às novas patologias havidas.

A internacionalização da saúde, contudo, não seguiu o mesmo ritmo, inclusive por força dos aludidos preconceitos que, de um lado, limitavam a possibilidade de partilhar os cuidados já existentes com povos tidos por incivilizados e, de outro, obstavam importantes aprendizados com as novas culturas, chegando-se a visualizar nas intervenções pró-saúde lesões à vontade divina. O autor cita como exemplo a resistência médica europeia à incipiente vacinação contra varíola, desenvolvida entre curandeiras turcas, a partir de pústulas variólicas já curadas, a despeito de seus bons resultados locais, e atribui essa resistência à crença de que haveria três fortes indicadores de suposto subdesenvolvimento intelectual de suas criadoras: porque mulheres, porque curandeiras e porque turcas.

Em interessante narrativa sobre o tema, Foucault¹⁶² defende que, ao contrário do que se poderia supor ao tomar por parâmetro a evolução do Estado liberal capitalista – de marcado teor individualista – a medicina social e coletiva, surgiu exatamente com a modernidade e com o capitalismo (anteriormente, portanto, aos direitos sociais em si, reflexos que foram da crise capitalista, como supracomentado). Alega o autor que a medicina antiga e a medieval eram bem mais individualistas, e que foi o capitalismo industrial, em fins do século XVIII, o primeiro responsável pela socialização do corpo humano como força de produção, tornando-o uma realidade biopolítica, razão por que a medicina também passaria a ser uma estratégia biopolítica, ante a percepção da necessidade de assegurar a manutenção do “equipamento humano”, sustentáculo de todo o sistema.

¹⁶¹ BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana...*, p. 213-225; e BERLINGUER, Giovanni. Em direção à globalização da saúde. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, v. 3, n. 4, p. 435-450, 2007.

¹⁶² FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 79 et seq. No mesmo sentido, HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. op. cit., p. 196; e SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde...*, p. 33. Observa este autor, com percuciência, que a visão da época era a de que o trabalhador doente (“estragado”) precisava ser curado (“consertado”), a fim de se manter a produção.

Assim é que, desde o final do século XVI, as nações europeias começaram a se preocupar com a saúde de suas populações, vez que o mercantilismo – fase inicial do capitalismo – buscava majorar a produção da população e de cada indivíduo. A fim de calcular a força ativa de suas populações, iniciaram-se, na França, Inglaterra e Áustria, as estatísticas de nascimento e de mortalidade e as grandes contabilidades populacionais. Não havia, com isso, porém, nenhuma intervenção organizada para elevar o nível de saúde populacional.

Na Alemanha, pelo contrário – motivo pelo qual o autor atribui a esse país a primazia na medicina social – desenvolvera-se uma prática médica efetivamente centrada na melhoria dos níveis de saúde da população, apresentando-se, pela primeira vez, uma política médica de Estado, mediante uma espécie de “polícia médica”. Em síntese, tal política consistia em: um sistema mais completo de observação da morbidade do que o mero registro de nascimento e óbito; um fenômeno de normalização, parametrização da prática e do saber médicos (donde notar-se que o médico – e não o doente – foi o primeiro indivíduo normalizado na Alemanha, diferindo da França, em que se normalizou, primeiro, a indústria militar e, a seguir, os professores); uma organização administrativa para controlar a atividade médica; e a criação de funcionários médicos, nomeados pelo governo, com responsabilidade sobre uma região (seu domínio de poder ou de exercício da autoridade de seu saber), passando o médico a surgir como administrador da saúde. Ressalta Foucault¹⁶³ que, desde então, nenhum Estado propôs uma medicina tão nitidamente funcionalizada, coletivizada e estatizada.

Foi nessa época também, entre 1883 e 1889, que surgiu, sob a tutela de Bismarck, a criação do primeiro sistema previdenciário, mediante seguros obrigatórios contra a doença, a invalidez e a velhice¹⁶⁴.

A segunda vertente no desenvolvimento da medicina social ocorreu na França, a partir de um fenômeno diferente do suporte estatal ocorrido na Alemanha: a urbanização. Com efeito, as cidades se tornam o lugar de mercado, de produção, das indústrias, mas também de tensões políticas, pelo maior confronto espacial entre ricos e pobres. Nota-se, ainda, o desenvolvimento de um medo urbano em relação à saúde, envolvendo as oficinas e fábricas em que se amontoava a população, as epidemias, os cemitérios que invadiam pouco

¹⁶³ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 83-85.

¹⁶⁴ LORENZO, Cláudio. op. cit., p. 299-312; DUARTE, Marina Vasquez. *Direito Previdenciário*. 4.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 17.

a pouco as cidades, os esgotos, entre outras situações, gerando uma inquietação político-sanitária.

Para dominar estes fenômenos médico-políticos que intranquilizavam a população das cidades, sobretudo a burguesia, lançou-se mão do modelo da quarentena, que marcou o século XVII, motivado, em especial, por duas epidemias de grande monta e nefastos efeitos: a lepra e a peste negra ou bubônica. Esse modelo de conduta, baseado no isolamento do doente, alijando-o do espaço social (na visão do autor, à semelhança do que ocorre até hoje com os loucos e os presos), consistia, basicamente, em cinco passos: 1º) a proibição de as pessoas saírem de casa, devendo permanecer, se possível, cada uma em seu compartimento; 2º) um sistema de vigilância por bairros, para assegurar o cumprimento da etapa anterior; 3º) um sistema de registro relatando a vigilância; 4º) a revista diária da população, para aferir se estavam doentes, vivos ou mortos; 5º) a desinfecção das casas, mediante queima de perfumes.

Datam dessa época cuidados higiênicos e sanitários no sepultamento dos mortos, mediante cemitérios controlados, além da separação entre as águas “mortas” (de esgotos) das águas destinadas ao consumo. Para Foucault¹⁶⁵, inclusive, foi a questão político-sanitária, e não o cristianismo, que ensinou à sociedade ocidental moderna o culto dos mortos. Para que os vivos estivessem abrigados do perigo dos mortos, era preciso que estes fossem tão bem classificados quanto os vivos, ou, se possível, melhor.

Surgia, assim, uma medicina científica, mais apurada, contrastando com o arcabouço quase (ou totalmente) religioso que marcara os cuidados com a saúde até então¹⁶⁶. A preocupação, contudo, nessa nova fase, versava mais sobre as “coisas” – a circulação do ar, das águas e o ambiente urbano mais salubre – do que sobre as pessoas em si, donde se considerar esse período como de uma medicina estatal e urbana, mas não propriamente social.

Segundo o filósofo francês¹⁶⁷, o direcionamento para a medicina social, voltada, afinal, para os pobres e trabalhadores – ainda que bem distante da medicina social que hoje se desejaria – é dado na Inglaterra, onde o desenvolvimento industrial e, portanto, de uma classe proletária, dera-se com maior intensidade. Pondera que, se os pobres ainda não haviam sido problematizados até então como fonte de perigo médico, juntamente com os cemitérios, é porque, de um lado, o amontoado humano não era tão grande naquela época, e, de outro, porque a pobreza fazia parte da instrumentalização da vida urbana, sendo, portanto, útil. Foi somente no século XIX que a classe passou a ser vista como perigo em potencial, tornando

¹⁶⁵ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 90.

¹⁶⁶ Cf. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-fé objetiva: Uma abordagem sobre os reajustes abusivos*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 26-27.

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 94.

imperioso seu controle, sobretudo no âmbito político, ante a Revolução Francesa e as agitações sociais inglesas no começo do século XIX, e evidenciando que a população pobre tornara-se uma força política relevante.

Ademais, nessa época surgiram meios de dispensar, em parte, os serviços prestados pela população, mediante a mecanização crescente, e, para agravar a questão, agora no âmbito médico-social, a epidemia de cólera de 1832 atingiu vincadamente a população proletária, passando-se a considerar que a coabitação entre ricos e pobres na mesma região implicava perigo sanitário e político para a cidade¹⁶⁸.

Assim, como assinalam Holmes e Sunstein¹⁶⁹, o surgimento de programas sanitários e das modernas políticas de saúde, bem assim a deflagração de cuidados indicativos de alguma inclusão cívica, foram motivados pelo fato de que, por mais que os ricos pudessem pagar os melhores médicos e medicações, não tinham como se proteger totalmente das doenças contagiosas a que estavam sujeitos os pobres e os trabalhadores em geral, dadas as más condições sociais.

Os projetos de medicina social na Inglaterra tiveram influência dos outros tipos de medicina social e se iniciaram basicamente com a chamada Lei dos Pobres, que implementava um controle médico sobre essa classe, a partir do momento em que ela se beneficiava do sistema de assistência, gerando, portanto, uma situação ambígua de assistência-proteção *versus* assistência-controle e estendendo um cordão sanitário no interior das cidades entre ricos e pobres¹⁷⁰.

A Lei dos Pobres foi complementada por um serviço autoritário de controle médico da população, os *health services*, que tinham por funções básicas: o controle de vacinação, obrigando a população a vacinar-se; a organização de registros de doentes; a localização de locais insalubres e a eventual destruição desses focos, representando a adoção de medidas preventivas junto à população em geral, mas só indiretamente interessada no efetivo bem-estar desta.

Observa-se, contudo, que era um modo de completar, no âmbito coletivo, os controles individualizados garantidos pela Lei dos Pobres, visando, particularmente, ao

¹⁶⁸ A epidemia de cólera nas Antilhas serviu de fundo para obra magistral de Gabriel García Márquez, da qual se pode pinçar a seguinte descrição dos efeitos sociais da doença na cidade da personagem: “*a epidemia de cólera, cujas primeiras vítimas tombaram fulminadas nos charcos dos mercados, causara em onze semanas a maior mortandade da nossa história [...]. Nas duas primeiras semanas, o cemitério transbordou [...]. O cólera se encarniçou muito mais contra a população negra, por ser a mais numerosa e pobre, mas na realidade não teve contemplação com cores nem linhagens*” (MARQUEZ, Gabriel García. *O amor nos tempos do cólera*. Trad. Antônio Callado. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 140-141).

¹⁶⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. op. cit., p. 196 et seq.

¹⁷⁰ LORENZO, Cláudio. op. cit., p. 299-312.

controle das classes mais pobres e tomando contornos de autoritarismo sanitário¹⁷¹. Dentro desse panorama reativo, formaram-se grupos contra a medicalização, reivindicando o direito das pessoas de não passarem pela medicina oficial, o direito sobre seu próprio corpo, o direito de viver, de estar doente, de se curar e de morrer como quisessem.

Nota-se, em resumo, na medicina inglesa da época, um objetivo essencial de controle da saúde e dos corpos das classes mais pobres, a fim de torná-las mais aptas para o trabalho e menos perigosas às classes mais ricas. Essa fórmula teve mais futuro que as outras duas formas de medicina social, ao conectar três aspectos: a assistência médica aos pobres, o controle da força de trabalho e o esquadramento geral da saúde pública. Permitiu-se, assim, a realização superposta dos três sistemas médicos: uma medicina assistencial para os pobres, uma medicina administrativa encarregada dos problemas gerais, como vacinação e epidemias, e uma medicina privada que beneficiava quem pudesse pagar por ela.

Na esteira dos controles sanitários e políticos do século XVII é que surgiram também os hospitais como casas de tratamento sistematizado e instrumentos terapêuticos. A origem da palavra hospital (de mesma raiz que hospitalidade) vem da Grécia, onde eram assim chamados determinados locais nos quais se buscava prover conforto aos moribundos. Hospital significava, precisamente, “lugar bom para se morrer”¹⁷², o local para onde iam aqueles que não tinham a chance de morrer num lar, entre os seus.

Até a Idade Média, por seu turno, as categorias médica e hospitalar não se sobrepunham, ou seja, o hospital não era uma instituição médica, e a medicina não era uma prática hospitalar. Recorda Michel Foucault¹⁷³ que, antes do século XVIII, o hospital era essencialmente uma instituição de assistência aos pobres, mas também um local de separação e de exclusão, pois, se de um lado o paciente requeria assistência, de outro ele era, como portador de doença, um potencial perigo. A função do hospital na época era, então, assistir sobretudo o pobre que estava morrendo, mas também proteger os outros do perigo que ele

¹⁷¹ Intensa discussão é suscitada ainda hoje, no âmbito da autonomia na tomada de decisões em saúde, acerca da questão dos tratamentos compulsórios, questionando-se se a saúde é, de fato, um direito do cidadão e um dever do Estado, ou se ela pode se tornar um dever do cidadão, a fim de evitar o risco para outros e para si mesmo, ante a característica de irrenunciabilidade do referido direito fundamental. Cf., a respeito, item 2.2.2 supra.

¹⁷² VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial...*, p. 11. Semelhante em SILVA, Joseane Suzart Lopes da. op. cit., p. 28. Hoje a tecnicização excessiva terminou por tornar os hospitais, pelo contrário, os lugares mais frios e pouco acolhedores para o processo de morrer, estando associados, muitas vezes, a tratamentos fúteis, destinados a prolongar indevidamente o morrer, em processo de franca distanásia. Contra isso, levanta-se a luta pelo direito a uma morte mais natural mesmo para os que podem ter acesso a modernos tratamentos, quando esses se revelem vão, como a outra face da luta por melhoria dos direitos sanitários para aqueles que não podem pagar. Ambas as batalhas se travam no campo e em defesa das condições protetivas da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, cf. PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida*. São Paulo: Loyola/Centro Universitário São Camilo, 2001, e, do mesmo autor, *Eutanásia: por que abreviar a vida*. São Paulo: Loyola, 2004.

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 101.

encarnava. Visava-se, nesses locais, mais à salvação da alma que do corpo, e o pessoal hospitalar era basicamente caritativo, leigo ou religioso, buscando, com isso, também sua própria salvação eterna. Recorde-se, ademais, que a medicina medieval fora descrita como eminentemente individual, de sorte que nela não cabia a prática hospitalar, como centro de tratamento coletivo.

O primeiro fator de mudança desse quadro, que preparou os hospitais para a era da medicina social, não foi a busca de uma ação positiva do hospital sobre a doença e o doente, mas simplesmente a anulação dos efeitos negativos do hospital. Conta Foucault¹⁷⁴ que o ponto de partida da reforma hospitalar foram os hospitais marítimos e militares. Isso porque o hospital marítimo era um lugar de desordem econômica e de tráfico de mercadorias pelos doentes, que assim escapavam ao controle da alfândega, donde surge a necessidade de regulamento, controle e vigilância, num esquadramento primeiramente econômico.

Os hospitais militares, por sua vez, decorreram da especialização da mão-de-obra. É dizer, com o surgimento do fuzil, o exército se tornou mais técnico, e o preço do soldado passou a superar o da simples mão-de-obra mal qualificada, de sorte que não convinha deixar um soldado já formado morrer de doença. Ademais, era preciso evitar que desertassem, bem assim obstar que, curados, fingissem ainda estar doentes.

A reordenação dos hospitais, portanto, se deu essencialmente a partir de uma tecnologia que pode ser chamada de política: a disciplina. Tratava-se de uma nova maneira de gerir os homens, controlar suas multiplicidades, utilizá-los ao máximo e majorar o efeito útil de seu trabalho e de sua atividade, mediante um sistema de poder suscetível de controlá-los¹⁷⁵.

Foi, então, a introdução dos mecanismos disciplinares no espaço confuso do hospital que possibilitou sua medicalização, ao lado do processo de deslocamento da intervenção médica, que passa a se dirigir não mais à doença em si, mas ao que a circunda: o ar, a água, a temperatura do ambiente, o regime, entre outros aspectos, passando-se a constituir uma medicina do meio, em que a doença é vista como obedecendo a leis naturais e requerendo particular atenção ao ambiente destinado ao doente, ao lado de uma preocupação mais especializada em relação a este.

Com a concentração de pessoal técnico, cuidados específicos e registros mais precisos para fins de controle, o hospital passa a ser, além de lugar de cura, local de registro,

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 103.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 105

acúmulo e formação de saber¹⁷⁶, permitindo constatar fenômenos patológicos comuns a toda a população, que passa a ser alvo de intervenção da medicina, mediante a tecnologia hospitalar. Surgem, assim, políticas públicas de saúde mais extensivas, cujos caminhos, contudo, não coincidem necessariamente com os do direito fundamental à saúde, haja vista que o interesse defendido é, ainda, bem mais o da sociedade ou de certa classe favorecida dela, do que propriamente o dos doentes acometidos.

A nosopolítica da época inscrevia a questão específica da doença dos pobres no problema geral da saúde das populações, mas, na figura do "pobre necessitado" que merece hospitalização, a doença ainda era apenas um dos elementos em um conjunto que compreendia também a idade, a impossibilidade de encontrar trabalho, a ausência de cuidados. Tudo isso era visto, então, como um problema social a ser eliminado, e não como uma falha da sociedade no seu papel de instrumento para a plenificação de seus cidadãos.

Ampliaram-se as preocupações no âmbito da saúde, é fato. Ao “problema das crianças” (sua natalidade/mortalidade), por exemplo, acrescenta-se o da "infância" (sua sobrevivência até a idade adulta, atenção às condições físicas e econômicas, investimentos necessários etc.)¹⁷⁷. A velha noção grega de “regime”, entendida como regra de vida e como forma de medicina preventiva, tende a se alargar e a se tornar o "regime" político de uma população considerada em geral, tendo como tríplice objetivo: o desaparecimento dos grandes surtos epidêmicos, a redução da taxa de morbidade e o aumento da duração média de vida. Nota-se, portanto, uma preocupação prática com mecanismos de realização do que hoje se reconhece como direitos sociais, mas não sob o prisma de direitos subjetivos do cidadão, e antes mesmo de que eles fossem cogitados no âmbito jurídico.

A medicina como técnica geral de saúde, em lugar de como simples serviço das doenças e arte das curas, assume espaço cada vez mais importante nas estruturas administrativas. O médico penetra em diferentes instâncias de poder. A administração serve de ponto de apoio e, por vezes, de ponto de partida aos grandes inquéritos médicos sobre a saúde das populações. As técnicas e recursos evoluem, as necessidades tornam-se maiores e mais caras, e o Estado, provedor de fato, mesmo que não ainda de direito, já não pode entregar determinadas funções à mera caridade social.

Se não para atender aos pleitos individuais, mas, nesse primeiro momento, ao interesse de controle social, fato é que cada vez mais se evidencia a discrepância entre os

¹⁷⁶ Sobre o tema, cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In. ARANHA, Mário (org.). *Direito sanitário e saúde pública*. v.I. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 39-61; FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 110.

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 198-200.

recursos necessários e os recursos disponíveis. E as políticas públicas, assim nascidas do interesse do Estado, passam a requerer alocações de recursos gradativamente maiores e mais complicadas.

Com efeito, a saúde e a medicina não se podem esquivar de considerações econômicas e políticas, e se intensifica a questão de quem arcará com os custos dessa evolução, do desenvolvimento tecnológico, dos novos fármacos, do aumento da expectativa de vida da população. Como otimizar as políticas públicas em saúde, sem esquecer que elas têm, hoje, a outra face da expectativa coletiva e individual, assegurada pelos direitos fundamentais? É esse o desafio do tema e da tentativa de conciliar direitos e realidade, necessidades, desejos e escassez, dentro de critérios de razoabilidade.

2.4 A disciplina sanitária no ordenamento brasileiro até o Sistema Único de Saúde

O estudo do direito à saúde e das políticas sanitárias no Brasil remete, inicialmente, à história constitucional pátria e à evolução experimentada pelo tema no país, ao longo do tempo.

Em apertada síntese, a apreciação do panorama constitucional brasileiro revela que a Constituição Imperial de 1824 espelhou a ideologia liberal dominante. Seguindo a tradição individualista-liberal da época, o direito à saúde não mereceu qualquer menção constitucional nessa Carta.

A Constituição Republicana de 1891 representou modificação política, mas não necessariamente econômica ou social. Em 1926, todavia, reforma constitucional conferiu competência ao Congresso Nacional para legislar sobre direito do trabalho, inaugurando uma preocupação social, embora ainda não sediada na Legislação Maior, que, a exemplo da Carta anterior, tampouco referiu o direito à saúde em seu conteúdo, limitando-se a enunciar os direitos individuais clássicos.

Em relação às políticas sanitárias, a crescente urbanização após os primeiros anos – ainda agrícolas – da República trouxe consigo o crescimento de doenças associadas à aglomeração e à falta de higiene. Infelizmente, não divergem muito do quadro de patologias que ainda hoje assolam, episódica ou endemicamente, as grandes cidades brasileiras, como a febre amarela, a tuberculose, a hanseníase, o tifo, a dengue, o cólera. Na época, sob a presidência de Rodrigues Alves, instalou-se na capital do país, o Rio de Janeiro, uma das primeiras políticas de saneamento básico e de higienização sistemática, visando à melhoria das condições sanitárias. Em 1904, contudo, a criação de uma lei para vacinação compulsória

contra a varíola ensejou revolta à população, a qual não fora devidamente informada de sua necessidade, gerando o episódio conhecido como Revolta da Vacina, e que culminou com a decretação de estado de sítio, prisões e mortes.

Com o início do século XX, o fenômeno do constitucionalismo social, decorrente da crise do Estado Liberal no mundo ocidental, torna inadequado o sistema de 1891, ensejando sua ruptura. A Constituição de 1934 foi, então, a primeira a inscrever e garantir os direitos sociais no corpo constitucional, por influência da Constituição alemã de Weimar, passando-se a apresentá-los como instrumentos de consecução de um bem-estar geral e assumindo um compromisso de resgate a uma dívida social, ao instituir não apenas direitos trabalhistas, mas direitos sociais relativos à família, à educação, à saúde, dentre outros.

Em relação à saúde, passa-se a arrolar, no capítulo referente à organização estatal, a competência concorrente da União e estados para:

Art 10 [...]

I - velar na guarda da Constituição e das leis;

II - *cuidar da saúde e assistência públicas*;

III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;

IV - promover a colonização;

V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;

VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;

VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente.
(grifou-se)

No artigo 113, em tópico destinado aos Direitos e Garantias individuais, prevê-se que “*A todos cabe o direito de prover a própria subsistência e a de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência*”, mas não se faz, ainda, menção expressa à saúde como direito do cidadão.

No pioneiro Título IV, referente à Ordem Econômica e Social, verifica-se que a preocupação maior diz respeito à atuação econômica e às questões trabalhistas, mas a saúde ganha, afinal, algum destaque, junto com a disciplina previdenciária, ao se prever que a legislação trabalhista há de contemplar:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Prevê, ainda, a incumbência profilática da União, estado e municípios para:

Art 138 [...]:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

- b) estimular a educação eugênica;
 - c) amparar a maternidade e a infância;
 - d) socorrer as famílias de prole numerosa;
 - e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
 - f) *adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;*
 - g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.
- (grifou-se)

A Constituição de 1937 passou à história constitucional brasileira como a Carta do Estado Novo, regime autoritário instituído por Getúlio Vargas. O direito à saúde mereceu menções ainda mais escassas, restritas à organização nacional, em que se previu a competência privativa da União para legislar sobre “*normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança*” (art. 16, XXVII), com a competência supletiva do Estado para disciplinar a “*assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais*” (art. 18, c). A Ordem Econômica e Social vira apenas Ordem Econômica.

Observa-se, assim, que, na década de 30, houve uma aproximação marcante entre saúde e trabalho. A questão social resultante dos conflitos entre capital e trabalho é tratada de forma a limitar a autonomia política dos trabalhadores, mediante o controle de organizações sindicais e partidárias. A política trabalhista propiciou, todavia, o desenvolvimento da previdência social mediante a organização de Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs, sucedendo as anteriores Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs)¹⁷⁸ por categorias de trabalhadores e, com eles, da medicina previdenciária.

No que diz respeito às condições de saúde, há um predomínio das doenças da pobreza (doenças infecciosas e parasitárias evitáveis, destacando-se a tuberculose, a sífilis, as

¹⁷⁸ COHN, Amélia *et al.* *A Saúde como Direito e como Serviço*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 14 et seq. Também sobre a evolução das políticas públicas em saúde no país, cf. PAIM, Jairnilson Silva. Determinantes da Situação de Saúde no Brasil a partir da República. In. SILVA, L.V. (org.). *Saúde Coletiva*. Salvador: Centro Editorial e Didático da Universidade Federal da Bahia, 1994, p. 47-59. Acerca da história previdenciária brasileira, DUARTE, Marina Vasquez (op. cit., p. 17-19) informa que a Constituição de 1891 foi a primeira a conter a expressão *aposentadoria*, e que somente em 1923 se implantou efetivamente a Previdência Social no país, mediante a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão, originalmente para os empregados das empresas ferroviárias, a quem, por essa via, eram providos assistência médica, aposentadoria por tempo de serviço, por idade avançada e por invalidez (esta somente possível após dez anos de serviço) e pensão para os dependentes. A partir da década de 30, essas Caixas foram estendidas para as demais categorias profissionais e convertidas em Institutos. A Constituição de 34 passa a estabelecer a tríplice forma de custeio (empresas, trabalhadores e Estado), e a Constituição de 46 passa a utilizar a expressão *previdência social* em relação à proteção aos eventos de doença, invalidez, velhice e morte. Na Constituição de 1988 (art. 194 et seq.), essa expressão será substituída por outra mais ampla – seguridade social – abrangendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social. Também sobre a evolução do sistema de saúde brasileiro, cf. o trabalho de SILVA, Joseane S. L. da. op. cit., p. 36-53.

endemias rurais, além das desnutrições carenciais) e a emergência de morbidades modernas (doenças cardiovasculares, neoplasias, causas externas, entre outras). Começa a ocorrer uma transição demográfica, não apenas do setor rural para o urbano, mas também no âmbito etário, pela redução da mortalidade precoce e pelo envelhecimento gradativo da população. Isto enseja novas demandas na organização de serviços de saúde. O próprio Departamento Nacional de Saúde Pública, que antes fazia parte do Ministério da Justiça e Negócios Interiores (a saúde vista como caso de polícia), transformou-se em Departamento Nacional de Saúde do Ministério da Educação e Saúde, instalado em 1930.

Com o final da II Guerra Mundial, clamou-se pelo restabelecimento dos princípios democráticos, de modo que Getúlio Vargas enviou ao Congresso a Lei Constitucional n.º 09, que, entre outras alterações, consagrava a eleição direta para Presidente, e a Lei Constitucional n.º 15, dispondo sobre a eleição da Assembleia Constituinte. Deflagrou-se, então, o processo elaborativo da Constituição de 1946, que se caracterizou pela diversidade e pelo pluralismo no tocante à Assembleia Constituinte e prescreveu a organização do Estado de acordo com o postulado da justiça social, promovendo a conciliação, a um só tempo, da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, e delineando no país um Estado de Direito Social, a retomar o caminho inaugurado pela Constituição de 1934 nessa área.

A Constituição de 1946 previu, ainda, amplo acesso aos Tribunais, instalando, no âmbito constitucional, o princípio do direito de ação, da inafastabilidade do controle judicial e do acesso ao Judiciário, embora atrelados aos direitos individuais, ainda não extensíveis aos direitos sociais. Prevê-se a assistência judiciária aos necessitados. Retoma-se a expressão “*ordem econômica e social*”, mas se continua restringindo o aspecto social, notadamente quanto à saúde, ao espectro trabalhista e previdenciário, aos quais se atribui disciplinar a “*assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante*” (art. 157, XIV) e, ao se tratar da organização estatal, confere-se à União, com atuação supletiva dos estados-membros, legislar sobre “*direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde*” (art. 5.º, XV, b, c/c art. 6.º).

A partir de 1930, tinham sido institucionalizadas campanhas sanitárias que progressivamente vão-se transformando em órgãos integrantes da estrutura governamental, primeiramente do Departamento Nacional de Saúde e, depois de 1953, do próprio Ministério da Saúde, então criado. Assim, em 1941, são incorporados os serviços de combate às endemias; em 1943, surge o Serviço Especial de Saúde Pública (depois convertido na Fundação SESP e atual Fundação Nacional de Saúde - FUNASA); em 1948 é elaborado o

plano SALTE (Saúde, Alimentação, Transporte e Energia)¹⁷⁹ e, em 1956, instala-se o Departamento Nacional de Endemias Rurais (DNERU).

Enquanto a saúde pública se institucionalizava pela justaposição de órgãos responsáveis por campanhas específicas (sanitarismo campanhista) ou por serviços estruturados sob o modelo americano fundacional (sanitarismo dependente), os diferentes institutos (IAPs) iam criando serviços próprios de assistência médico-hospitalar e/ou contratando serviços de terceiros, da iniciativa privada. Os estratos da sociedade com melhor nível de renda utilizavam os serviços médico-hospitalares particulares, e a população não-previdenciária tinha acesso restrito a serviços filantrópicos ou públicos, que abrangiam, na maioria das vezes, apenas o atendimento emergencial aos indigentes. A mesma estrutura social que produzia as doenças de massa relacionadas com a pobreza e gerava processos sociais que influenciavam no perfil demográfico e nas condições de saúde da população (com o aparecimento da patologia moderna) era incapaz de atualizar a ação do Estado para garantir uma atenção universal e integral à saúde.

O propalado sanitário desenvolvimentista, que influíra nas políticas de saúde da década de 50, não dispôs de propostas abrangentes para enfrentar a complexa situação de saúde que se configurava. Supunha-se que o desenvolvimento econômico, naturalmente, melhoraria as condições de saúde. Não se questionava o tipo de desenvolvimento nem se considerava a importância das ações específicas dos serviços de saúde. A economia urbano-industrial expandia as migrações internas (especialmente do Nordeste para São Paulo), preservava a estrutura agrária de qualquer reforma e possibilitava a penetração do capital multinacional através das indústrias automobilística e farmacêutica, entre outras.

A medicina se afirmava pelo modelo liberal para os segmentos da população que podiam pagar pelos serviços particulares e assumia, progressivamente, um padrão empresarial, vendendo serviços no mercado ou ao Estado, mediante contratos com os IAPs. Estes institutos ampliavam seu raio de ação, independentemente da disponibilidade de bases financeiras, diante das pressões por consumo de serviços das massas urbanas, de um lado, e por interesses clientelistas que marcaram a atuação populista dos governos. Desse modo, a expansão da assistência médico-hospitalar terceirizada, de 1946 a 1964, vai superando, nessa

¹⁷⁹ Cf. TEIXEIRA, Francisco M. P. *Brasil: História e Sociedade*. São Paulo: Ática, 2000, p. 273. Também sobre uma análise crítica do histórico do desenvolvimento socioeconômico do país, cf. FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, e HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

conjuntura, as ações e serviços de saúde pública e criando as bases para a capitalização da medicina e do setor de saúde em geral¹⁸⁰.

A Constituição de 1946 sucumbiu por força do golpe militar de 1964, sendo substituída em 1967. A Constituição de 1967, embora inserida no contexto autoritarista, não abandonou os direitos sociais incipientes, sendo o período caracterizado por avanços e retrocessos na busca por uma sociedade menos desigual. Aliás, como já observaram com percuciência Celso Albuquerque Mello¹⁸¹ e Perez Luño¹⁸²: em épocas de totalitarismos, é até mais fácil verificar a atenção aos direitos sociais e a busca a seu cumprimento, a despeito de alegadamente mais custosos, do que aos direitos de liberdade, supostamente omissivos.

Com a Carta de 1967, passa a competir à União, além da legislação da matéria, a função de “*estabelecer planos nacionais de educação e de saúde*” (art. 8.º, XIV), numa tentativa de concentrar e unificar as políticas sociais. A assistência sanitária permanece como direito trabalhista (art.158, XV), no Título da Ordem Econômica e Social. Com a Emenda de 1969, porém, os direitos sociais foram jungidos à ordem econômica. No âmbito dos direitos individuais, o impacto foi ainda maior, e o Ato Institucional n.º 05 vedou o *habeas corpus* em crimes políticos e a apreciação judicial de qualquer ato do governo militar.

Já na redação de 1969, com Emendas posteriores, passa-se a estabelecer, pela primeira vez, um montante mínimo de investimento na saúde por parte dos municípios (6%

¹⁸⁰ Também sobre a hegemonia do modelo de saúde médico-liberal-privatista e a mercantilização da saúde no país, cf. NASCIMENTO, Maria Ângela do. A Saúde como política em defesa da vida. In. GOMES, Maria da Glória Sampaio; REIS, Nilo Henrique Neves dos (orgs). *IV Dia de Bioética: um exercício diário*. Feira de Santana: Academia de Medicina de Feira de Santana, 2007, p. 17-36; p. 22, 24, 27. Conclui essa autora, citando: “*É preciso adotar modelos de desenvolvimento que gerem saúde como uma das riquezas, e não riqueza às custas da saúde*” (p. 33). Semelhante em BERLINGUER, Giovanni. Em direção à globalização da saúde..., p. 441, e, do mesmo autor, *Bioética Cotidiana...*, p. 250, onde recorda frase de Benjamin Franklin, segundo o qual “*Health is Wealth*” (Saúde é Riqueza). Sobre o tema, GARRAFA, Volnei. Reflexões sobre políticas públicas brasileiras de saúde à luz da bioética. In. FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (orgs). *Bioética e Saúde Pública*. 2.ed. São Paulo: Loyola-São Camilo, 2003, p. 49-62 (p. 52) critica a excessiva mercantilização atual, em que a saúde passou a ser mais um bem de consumo, em relação ao qual, quem tem condições compra recursos, e quem não tem, sucumbe. Observa que, com isso, a saúde deixa de ser instrumento de libertação e de cidadania, para se tornar refém da oferta capitalista. Não há como desconsiderar, entretanto, a íntima simbiose atual entre saúde e capitalismo, sobretudo no que tange à indústria farmacêutica, que, se, de um lado, enseja avanços rápidos e notáveis, subsidiados pelos investimentos financeiros multinacionais, de outro lado resulta nas célebres doenças negligenciadas, pouco pesquisadas e objeto de desinteresse mercadológico, pelo baixo potencial de consumo de seus acometidos. Nesse sentido, cf., entre outros, ALVES, Jeovanna Viana; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa; SANTANA, Viviane M. Indústria farmacêutica, poder e subdesenvolvimento: a Bioética na Investigação de Novos Medicamentos. In. SEXTO CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA, 2002, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética. *Anais...*, 2002, p. 152.

¹⁸¹ MELLO, Celso Albuquerque. O § 2.º do Art. 5.º da Constituição Federal..., p. 07.

¹⁸² LUÑO, A. E. Perez. op. cit., p. 204, em pertinente observação, escorada em Bobbio e a referir o caso específico da antiga União Soviética, demonstrando que o obstáculo maior para a efetivação dos direitos nem sempre são os custos, passando, sim, muitas vezes, pela acirrada resistência ideológica à implementação de dados direitos, em determinados grupos sociais.

do que lhes fosse repassado pelo Fundo de Participação dos Municípios, segundo o artigo 25, parágrafo 4.º). Também ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal, prevê-se que:

Art. 119 – *omissis*. o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido (grifou-se).

Verifica-se, nesse último dispositivo, ainda que sob o intuito de restringir a atuação jurisdicional à cúpula judiciária, a semente da confirmação de que ameaças à saúde são aferíveis judicialmente. A questão passa a ser ampliar o entendimento dessa atuação, do só controle de decisões judiciais para o controle também de decisões políticas e administrativas, na prestação e execução de políticas públicas.

Em termos de políticas públicas, econômicas e sociais, nessa época, tem-se que, superada a etapa inicial de estagnação, logo após a instauração do regime militar, vivenciou-se, entre 1968 e 1973, o período do chamado "milagre econômico", em que o Produto Interno Bruto (PIB) crescia a uma média de 10% ao ano¹⁸³. O modelo econômico adotado, entretanto, favoreceu a concentração de renda, aumentou as migrações do campo para a cidade e promoveu a urbanização acelerada, sem garantir, simultaneamente, os investimentos necessários à infraestrutura urbana, como saneamento, transporte, habitação e saúde.

Com isso, as condições sanitárias – que pareciam iniciar uma transição epidemiológica na conjuntura anterior, com redução nas taxas de mortalidade (especialmente infantil) entre 1940 e 1960 – sofreram piora no período do dito milagre, com aumento das taxas de mortalidade infantil, da incidência de tuberculose, malária, acidentes de trabalho, entre outros marcadores negativos. O perfil epidemiológico brasileiro refletia a concomitância da morbidade moderna com a morbidade de pobreza, diversamente dos países desenvolvidos, em que as mudanças demográficas e sociais, aliadas ao desenvolvimento técnico-científico da medicina, permitiram a substituição progressiva da morbidade de pobreza pela morbidade moderna.

O país continuou a conviver, então, com a manutenção das endemias rurais (como doença de Chagas, esquistossomose, malária) e a sua urbanização. Já o predomínio da mortalidade por doenças infecciosas e parasitárias, particularmente no Nordeste, Norte e Centro-Oeste, deu lugar, ao longo dos anos 80, ao gradativo aumento da morbidade moderna (por doenças crônico-degenerativas, acidentes do trabalho e de trânsito), chegando as doenças

¹⁸³ TEIXEIRA, Francisco M.P. op. cit., p. 299-322.

do aparelho circulatório a ocuparem o primeiro lugar da mortalidade proporcional no Brasil e na maioria das regiões, inclusive no Nordeste¹⁸⁴.

No âmbito da organização dos serviços, operou-se, nessa época, um relativo esvaziamento do Ministério da Saúde, de modo que, em 1974, seu orçamento correspondia a apenas 0,9% do orçamento da União¹⁸⁵. Na esfera previdenciária, estabeleceu-se, em 1966-1967, a unificação dos diversos Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAPs, organizados por categorias profissionais (IAPC, IAPETEC, IAPI, IAPM e congêneres¹⁸⁶) no Instituto Nacional da Previdência Social (INPS). Este novo instituto concentrou recursos vultosos decorrentes das contribuições previdenciárias, especialmente no ciclo de crescimento econômico, porém utilizou como diretriz a compra de serviços de terceiros, reduzindo a contratação de recursos humanos e a construção de hospitais e ambulatórios próprios. Isto resultou na hegemonia do modelo médico-assistencial privatista e na consequente capitalização do setor de saúde. Aqui também se reproduzia o tripé do modelo geral de desenvolvimento, constituindo-se um acordo médico-industrial, em que o Estado viabilizava a compra de serviços e a expansão das empresas médicas de capital nacional, o que, por sua vez, favorecia o consumo de bens, equipamentos e medicamentos produzidos pelo setor industrial, de capital internacional.

O modelo médico-assistencial privatista aprofundou a crise do setor de saúde, então caracterizada pela baixa cobertura, pelo alto custo e pelo pequeno impacto efetivo sobre os problemas da área. Uma epidemia de meningite, na primeira metade da década de 70, atestou os limites do modelo, ensejando o surgimento de propostas de reforma, mediante políticas racionalizadoras, especialmente a partir de 1974, com a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, criado em 1960. Também na década de 70, substituiu-se o INPS pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS)¹⁸⁷.

A assistência médica prestada pelo INAMPS, porém, ficava restrita aos empregados contribuintes junto à Previdência Social. Quem não fosse segurado da

¹⁸⁴ Cf. PAIM, Jairnilson Silva. loc. cit. Sobre a cronificação do processo de morrer e a substituição das causas prioritariamente agudas por causas crônicas, ao longo do século XX, cf. SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: I. Fundamentos e Ética Biomédica*. Trad. Orlando Soares Menezes. São Paulo: Loyola, 1996, p. 607.

¹⁸⁵ PAIM, Jairnilson Silva. loc. cit.

¹⁸⁶ IAPC – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes; IAPETEC – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas IAPI – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários; IAPM – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos.

¹⁸⁷ Nesse diapasão, ressalta-se, em 1977, a instituição do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), com o intuito de reorganizar a Previdência Social e integrar as atividades de previdência social, assistência médica, assistência social, gestão administrativa, financeira e patrimonial das entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social (DUARTE, Marina Vasquez. op. cit., p. 19).

Previdência havia de contar apenas com servidos filantrópicos. Essa previsão somente se modificou com a instituição do Sistema Único de Saúde pela Constituição Federal de 1988, num processo de progressiva democratização da saúde, buscando-se ajustar a previsão constitucional de um direito universal à saúde e o provimento de políticas públicas que o assegurassem.

O Estado Democrático de Direito somente foi restaurado com a Constituição de 1988. Consagrou-se, nesse texto, de forma sem precedentes, um Estado Social, contando, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e enaltecendo as garantias à cidadania, conforme seu Capítulo II do Título II, mas também em outras normas constitucionais, a exemplo do artigo 196, dedicado ao direito à saúde. A própria formulação estrutural da nova Carta, enunciando os direitos fundamentais logo em seu início, anteriormente à organização estatal, já denota um pioneiro espírito de valorização da pessoa e de visualização do Estado como instrumento para o seu desenvolvimento, ao menos no plano normativo.

Assim, o artigo 6.º, ao enunciar os direitos sociais, expressamente prevê a saúde como um dos primeiros deles, ao lado da educação, do trabalho, da moradia (acrescida esta pela Emenda Constitucional n.º 26, em 2000), do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.

O direito à saúde é objeto, ainda, dos artigos 196 e seguintes da Constituição vigente, em que se enunciam as diretrizes para as políticas públicas na área. O artigo 196 é enfático em reafirmar o caráter universal desse direito, a ser assegurado não apenas como promessa, mas mediante ações práticas de concretização, a saber: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Nos artigos seguintes, notadamente do 197 ao 200, prevê-se a possibilidade de prestação da saúde diretamente pelo Poder Público – a quem cabe ainda sua regulamentação, fiscalização e controle – ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Franqueia-se a atuação em saúde à iniciativa privada, inclusive, de forma complementar, junto ao Sistema Único de Saúde, restringindo-se, porém, a participação de empresas de capital estrangeiro, na forma da lei (art. 199)¹⁸⁸.

¹⁸⁸ É de se observar que, conquanto a menção à remoção de órgãos e tecidos para transplantes encontre-se situada no artigo 199, referente à iniciativa privada, esse tipo de procedimento é controlado pelo Sistema Único de Saúde no país, justamente para permitir uma maior equidade em sua gestão, como se comentará no item 5.6.

Em relação ao Serviço Único de Saúde (SUS), os artigos 198 e 200 o orientam, apresentando como diretrizes: “*I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade*”. Esclarece-se, ainda, o financiamento por recursos da seguridade social e de outras fontes, determinando a aplicação de recursos mínimos em cada esfera estatal, nos termos da Emenda Constitucional n.º 29, de 2000. A competência do referido Sistema abrange, de forma não taxativa (art. 200):

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Verifica-se aí, de logo, a íntima imbricação entre o direito social à saúde e os cuidados ambientais, previstos como direitos de terceira dimensão, indicando, mais uma vez, a complementaridade e interdependência entre os direitos fundamentais, já evidenciada quando se constata que o direito individual à vida não pode ser pensado apenas como omissão exigível *erga omnes*, mas também como atuação garantidora e protetora do Estado, passando, indubitavelmente, pela promoção da saúde.

Aponta-se como importante precedente para o nascimento do SUS a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que contou com ampla participação da sociedade civil, passando-se a reconhecer, como direito da população, não apenas o acesso aos diferentes níveis de assistência à saúde, mas também a participação na formulação de prioridades na área¹⁸⁹, o que interfere nos critério de alocação de recursos escassos.

Além das diretrizes constitucionais, a atuação do SUS é orientada, ainda, pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90), de que se deduz, como um ponto principal, logo em seu artigo 2.º, a reafirmação da saúde como direito humano fundamental, “*devendo o Estado*

¹⁸⁹ MELLO, Dirceu Raposo de *et al.* Análise Bioética do Papel do Estado na Garantia ao Acesso a Medicamentos. In. GARRAFA, Volnei; MELLO, Dirceu Raposo de; PORTO, Dora. *Bioética e Vigilância Sanitária*. Brasília: ANVISA, 2007, p. 17-18; e LORENZO, Cláudio. *op. cit.*, p. 311.

prover as condições indispensáveis para seu pleno exercício”. Ainda nesse artigo, esclarece-se que o dever do Estado quanto à garantia da saúde consiste, além da formulação e execução de políticas públicas preventivas, no estabelecimento de condições de acesso “*universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*”.

O artigo 6.º da referida legislação inclui expressamente, no campo de atuação do SUS, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Essa disposição tem sido causa de pedir de muitas das ações individuais que pretendem o fornecimento de medicações nem sempre disponibilizadas protocolarmente pelo Sistema Único, mas que se mostram indicadas para a situação concreta do paciente. A questão é discutir quão amplo é esse dever de provimento farmacoterápico, considerando, inclusive, que as indicações são feitas muitas vezes por médicos particulares, ou em usos não autorizados, experimentais ou extraordinários, havendo de se discutir os critérios que deverão nortear a atuação estatal perante casos que tais.

2.4.1 Os Princípios Gestores do Sistema Único de Saúde

Os princípios balizadores do Sistema Único de Saúde estão afirmados no artigo 7.º da Lei n.º 8.080/90, em que se sublinham:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade [...]

Entre esses princípios, verificam-se de logo certas contradições, tendentes a se tornarem relevantes paradoxos práticos. Ao se mencionar, por exemplo, a autonomia – importante aspecto da relação profissional-paciente, reconhecida como um dos princípios

clássicos da Bioética¹⁹⁰, bem assim salvaguardada, entre outros, no artigo 15 do Código Civil de 2002¹⁹¹ – há que se identificar a existência de limites no âmbito dessa autonomia.

Tais limites não decorrem apenas dos cerceamentos morais e legais amplos (vedação à eutanásia, ao aborto ou ao auxílio ao suicídio, *verbi gratia*), mas são também advindos das próprias normas específicas, regentes do Sistema Único de Saúde, passando, a balizar não somente a autonomia do paciente, como também, em certa medida, a própria autonomia profissional¹⁹², buscando-se priorizar, em suas prescrições e entre opções tecnicamente equivalentes, aquelas já incorporadas pelo SUS. De outro lado, tampouco pode a referida autonomia médica ser mortalmente ferida, se há fundamentos relevantes para acreditar que a prescrição de determinada medicação seja substancialmente favorável ao paciente. Assim, como ponto de equilíbrio, o profissional deverá dar preferência às medicações e tratamentos constantes no rol do Sistema Único de Saúde, desde que em condições de equivalência, de modo que dessa escolha não advenham reconhecidos prejuízos ao paciente.

Mesmo em relação a atendimentos particulares, há que se evitar a prescrição desarrazoada de medicações de eficácia não comprovada, que, em última análise, virão a ser reclamadas do Sistema Único de Saúde¹⁹³, convertendo o paciente em verdadeiro sujeito de pesquisa não organizada e gerando gastos e expectativas vãos.

Também nessa linha de racionalização, é de se notar que não se justificam pleitos por cobertura de procedimentos meramente estéticos, sem caráter reparador, funcionalmente desnecessários e muitas vezes de alto custo¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cf. item 5.3 infra.

¹⁹¹ “Art. 15: *Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.*”

¹⁹² O artigo 21 da Resolução n.º 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, o Código de Ética Médica vigente até abril de 2010, aponta, como direito do médico: “*Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País*”.

¹⁹³ Vide item 5.6 infra.

¹⁹⁴ O mesmo se aplica a muitos dos partos por operações cesarianas, optadas por mera conveniência, sem indicação de necessidade, gerando procedimento mais caro e potencialmente mais arriscado. É de se assinalar, nesse ponto, que o Brasil detém o título de país com maior número de cesarianas no mundo, alcançando mais de 80% dos partos realizados em hospitais privados e 35% daqueles realizados nas unidades públicas, segundo dados do Ministério da Saúde, e embora a Organização Mundial de Saúde estime em 15% a proporção ideal de indicações do procedimento (disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32343&janela=1>, acesso em 02.set.09). Essa proporção é de 14% na Holanda; chegando a 19% na Inglaterra, 26% nos Estados Unidos; a 34% no México e a 40% no Chile, que disputa com o Brasil o título de país com maior percentual de partos artificiais, quando associados os dados públicos e privados. Isso eleva não apenas os custos, mas também os riscos do procedimento de parto, já que a operação cesariana tem três a quatro vezes mais riscos de morbimortalidade materna, em cotejo com o parto natural, e um risco também aumentado de patologias respiratórias no neonato, sobretudo em caso de cesáreas eletivas, realizadas antes de quarenta semanas de gestação. Poder-se-ia argumentar, nesses casos, que, se a autonomia do paciente há de ser levada em conta para a recusa terapêutica, por que não se consideraria a mesma autonomia,

Pode-se alegar, contudo, em contrário a esse entendimento, justamente a conceituação de saúde pela Organização Mundial de Saúde, que, de tão ampla, é apta a albergar a afirmativa de que qualquer situação vista pelo indivíduo como geradora de mal-estar ou de sensação de inadequação seria lesiva a sua saúde e, portanto, objeto de intervenção como parte do conceito e do direito social da saúde. Retorna-se, aqui, ao problema da associação entre saúde e consumo supramencionada¹⁹⁵ e que, se incorporada levemente, levará de fato à falência do Sistema, fugindo, ainda, à noção de essencialidade que o caracteriza (ainda que tampouco seja unânime a noção de essencialidade¹⁹⁶).

Outro aparente paradoxo se poderia assinalar em relação aos princípios arrolados nos itens II e VII. De um lado, assegura-se a integralidade da assistência. De outro, contudo,

quando a paciente desejasse o procedimento cesariano, por razões de sua conveniência (isso quando a sugestão não parte do próprio médico, a despeito da ausência de óbices para o parto natural)? A questão é que a adoção de uma terapêutica deve-se pautar na díade *indicação e consentimento*, de sorte que, ausente a indicação de determinado procedimento – que tem natureza técnica e objetiva a própria segurança dos envolvidos – não pode a autonomia exclusiva determinar sua realização. Isso sofre certa flexibilização em caso de tratamentos opcionais, de natureza estética não reparadora, por exemplo, embora se recomende, mesmo nesses casos, a parcimônia do profissional em avaliar as expectativas do paciente, face às perspectivas reais do procedimento.

¹⁹⁵ Item 2.1 supra.

¹⁹⁶ Enquanto o SUS já contava com acompanhamento psicológico – embora nem sempre se disponha de acesso efetivo a esse recurso – como serviço essencial (e de fato o é), apenas recentemente se passou a exigir dos planos de saúde privados o reembolso de certo número de consultas psicológicas ao ano. Procedimentos como esclerose de varizes também caminham na dubiedade, entre tratamentos estéticos e funcionais. A reprodução assistida não se acha coberta, embora se discuta eventual direito a um filho, como possível parte da previsão constitucional de planejamento familiar – que, na hipótese, para os que defendem o direito ainda mais discutível a esses tratamentos (alguns dos quais reconhecidamente caros e nem sempre exitosos) haveria de ser o suposto direito a um filho biológico, na medida em que a adoção já permitiria um filho, com a vantagem ainda maior de assegurar, simultânea e prioritariamente, o direito (este indubitável e assegurado no Estatuto da Criança e do Adolescente) do menor a uma família. O tema foi objeto de estudo neste Programa no trabalho COUTO, Michelle Cristine Assis. *Existe um direito de ter filhos?* Salvador, 2007, 203f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, tendo-se concluído pela ausência de exigibilidade de tal expectativa. Em outra esfera, cirurgias de transgenitalização, hoje consideradas terapêuticas, com fundamentos médico-psiquiátricos, foram originalmente admitidas como tratamentos experimentais, somente realizáveis no âmbito público, embora sua inclusão protocolar no sistema seja alvo de discussão judicial. O transexualismo, que difere do homossexualismo e consiste na sensação de aprisionamento em gênero diverso de seu gênero psíquico, é considerado distúrbio catalogado no Código Internacional de Doenças, demandando tratamento que adapte o sexo físico ao sexo psíquico imutável, precedido de criterioso acompanhamento médico e psicológico, conforme previsto na Resolução n.º 1.652/2002, a qual revogou a Resolução n.º 1.482/97 do Conselho Federal de Medicina, ampliando a possibilidade de realização da referida cirurgia também para unidades privadas, e retirando seu caráter experimental em determinadas modalidades. Sobre o tema, cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: Temas Atuais e Seus Aspectos Jurídicos*. Brasília: Consulex, 2006, p. 129-145. Em favor da realização da referida cirurgia pelo SUS, o acórdão prolatado em 14 de agosto de 2007, na Apelação Cível Nº 2001.71.00.026279-9/RS. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Rel. ROGER RAUPP RIOS. A referida decisão, que mandava incluir o procedimento na lista habitual de procedimentos do SUS foi suspensa pelo STF, sob a relatoria da Ministra Ellen Grace, ao fundamento de repercussões orçamentárias na alocação dos recursos em saúde, persistindo, então, como caso de abordagem individual. Outra situação que tem ensejado discussões assíduas diz respeito às cirurgias bariátricas, para redução de estômago em obesos. Nesse caso, tem-se admitido a cirurgia quando indicada em face de risco grave à integridade física e mesmo à vida, como na hipótese dos obesos mórbidos, com índice de massa corpórea – que coteja peso e altura – igual ou superior a 40, em face das repercussões metabólicas, circulatórias e outras, decorrentes do quadro. Já quando o procedimento é motivado por razões estéticas, não se acha incluído no conceito básico de saúde coberto pelo SUS e mesmo exigível para os planos de saúde suplementar.

adota-se o uso da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades e a alocação de recursos. Como proceder, então, se for necessária assistência profissional para doença epidemiologicamente rara e de tratamento particularmente caro? É o que se tem notado em muitos dos casos que chegam ao Judiciário, nos quais se passa a discutir, ainda que não expressamente, a visão utilitarista e o impasse entre a prevalência do interesse individual ou coletivo na alocação de recursos em questão.

Seguem-se, nos artigos 8.º a 19, a organização descentralizada (que compõe o nono princípio gestor do Sistema, juntamente com a direção única em cada instância) e sua divisão entre as três esferas – nacional, estadual e municipal. Cuida-se aqui de circunstância também comumente suscitada pelos entes estatais réus, arguindo não serem partes legítimas na hipótese, haja vista a separação de atribuições desenhada na legislação específica. Veja-se, contudo, que a separação de tarefas entre as esferas estatais não retira delas o dever global do Estado de provimento da saúde, cuja responsabilidade é, em última instância, solidária¹⁹⁷. Consta-se, assim, típico exemplo do chamado federalismo cooperativo ou de colaboração¹⁹⁸ (em contraposição ao federalismo dual ou clássico), mais característico dos Estados de Bem-Estar Social, e em que há uma divisão de tarefas menos rígida e mais intercambiante, conforme as necessidades práticas que se apresentem, ainda que persista o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a instância superior deve agir quando não resolvido o problema nas instâncias menores.

Nesse mister, o artigo 7.º prevê, ainda, como princípios simultâneos do Sistema: a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (inciso IX), enfatizando a descentralização dos serviços para os municípios; a regionalização e a hierarquização da rede de serviços de saúde, bem assim a organização dos serviços públicos, de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (inciso XIII) – o que é realmente um risco na incumbência solidária. Considerando-se, todavia, a falha no provimento por todas

¹⁹⁷ Sobre a discussão acerca da solidariedade entre os entes estatais na área, cf. item 4.5 infra, ao se mencionar a legitimidade passiva nas ações relativas a prestações em saúde. Em favor da responsabilidade sucessiva, e não solidária, por força da descentralização do Sistema, cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157-161. Em favor da responsabilidade concomitante e solidária das três esferas estatais, cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 37-42; e SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde...*, p. 101, 203, entre outros, com os quais ora se concorda. Também no sentido de que regionalização e a descentralização têm por escopo favorecer a acessibilidade, e não dificultá-la, não obstante, portanto, a solidariedade entre os entes públicos, cf. COHN, Amélia *et al.* op. cit., p. 68.

¹⁹⁸ Cf., por todos, TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional...*, e STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Sobre o princípio da subsidiariedade nesse caso, cf. também CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* Ainda sobre o tema da influência do federalismo na matéria, cf. o trabalho de DALLARI, Sueli Gandolfi. loc. cit., assinalando a abordagem diferenciada, em cada constituição estadual, acerca do conteúdo do direito à saúde.

as esferas, a motivar a provocação judicial, o mesmo artigo estipula a “*conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população*” (inciso XI) e a “*capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência*” (inciso XII), o que reafirma a noção de solidariedade federativa no dever de provimento da saúde.

Ainda no que tange à conflituosa relação entre as previsões legais e suas implementações práticas, é de se notar que, em 1999, foi incluído capítulo referente à atenção à saúde indígena e, em 2002, previu-se um subsistema de atendimento e internação domiciliar. Esses últimos cuidados, ditos *home care*, conquanto ainda pouco utilizados, vêm adequar-se ao quanto previsto na Constituição Federal, em seu artigo 230, parágrafo 1.º, notadamente em relação aos idosos, a saber: “§ 1.º - *Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares*”. Em 2005, acolheu-se na legislação um subsistema de acompanhamento durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, prevendo a possibilidade de acompanhante nesses eventos, a exemplo do que já fizera o Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação à previsão de acompanhante para o menor internado no âmbito do SUS (artigo 12 da Lei 8.069/90 e Resolução n.º 41/95, sobre os direitos da criança e do adolescente hospitalizados), revelando uma tendência de humanização dos procedimentos públicos de saúde.

Na prática, ainda não se implementaram amplamente esses novos espectros do direito à saúde, mas não se os diga impossíveis nem desnecessários. É curioso notar que, quando do surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco era praxe a manutenção dos pais junto aos pequenos pacientes – algo que hoje soa imprescindível – e a afirmação legislativa desse direito foi reputada como inviável dentro da estrutura hospitalar da época. Menos de uma década depois, todavia, embora não existam ainda hoje instalações ideais em termos de conforto, já não se cogita mais internar crianças ou adolescentes, sem lhes assegurar a permanência de um dos responsáveis. Demonstrou-se, com isso, que muitas das resistências à implementação de direitos são bem mais culturais, por hábito ou falta de vontade, do que propriamente por reais inviabilidades financeiras ou operacionais.

Em relação ao planejamento e orçamento, a propósito, outro argumento habitual do Estado-réu diz respeito justamente à impossibilidade de deslocamento de verbas não previstas na organização orçamentária, dentro do Sistema Único de Saúde ou de outras áreas para este, sob pena de responsabilização fiscal. Nessa seara, porém, o artigo 36, parágrafo 2.º, da Lei n.º 8.080/90 é enfático ao estabelecer que: “*É vedada a transferência de recursos para*

o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde” (grifou-se).

Para exercer suas atividades, o Sistema Único de Saúde conta com inúmeras outras normas gestoras – não apenas leis de âmbito nacional, mas também Portarias e normas de âmbito estadual e local – que detalham essa atuação. Assim é que, por exemplo, a Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998, estabelece a Política Nacional de Medicamentos, a ser auxiliada por normas outras, como a Lei n.º 9.787/99, dita “Lei dos Genéricos”, definindo o medicamento genérico como o *“similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade”*, devendo tais medicamentos ser preferidos no âmbito do SUS, pelo custo e, acrescente-se, pela impessoalidade mesma que deve caracterizar a atuação administrativa estatal, desaconselhando a preferência por produtos de laboratórios ou marcas determinados, em detrimento de produtos de denominação comum brasileira ou, na sua falta, internacional, a indicar maior neutralidade em prestação equivalente.

Já se tem aí um parâmetro a nortear as prescrições e decisões na matéria: deve a prestação farmacológica do Sistema Único de Saúde se pautar pelo fornecimento de medicações que, dentre as que contêm a substância ativa necessária, atendam às necessidades de eficácia e segurança, porém com menor custo, maior impessoalidade e generalidade, pois não associada a marca específica. O uso racional desses recursos passa, ainda, pela orientação dos médicos, na criteriosa avaliação das medicações prescritas, privilegiando, dentro de um parâmetro de equivalência, aquelas já constantes fornecimento regular pelo Sistema¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Os produtos padronizados constam da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). No sentido de promover a observância da lista, cita-se, por exemplo, a Portaria Estadual n.º 1.475/BA, publicada no Diário Oficial do Estado de 30.09.08, que *“Constitui Grupo de trabalho no âmbito do SUS, com o escopo de elaborar orientações e diretrizes aos profissionais médicos no sentido de esgotarem as alternativas de fármacos previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde e demais atos que lhe forem complementares, antes de prescrever tratamento medicamentoso diverso aos pacientes, nos termos da Notificação Recomendatória 002/2007 da Promotoria de Justiça e da Cidadania do Ministério Público do Estado da Bahia”*. De acordo com a Organização Mundial da Saúde - OMS (Nairobi, Quênia, 1985) *“Há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade”*. Segundo o Ministério da Saúde, o uso racional de medicamentos consiste no *“processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade”*. (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política nacional de medicamentos 2001/Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Também disponível em <<http://www.opas.org.br/medicamentos/site/UploadArq/pnm.pdf>>, acessado em 02.out.08). Outros programas para estimular o uso racional de medicamentos encontram-se na página eletrônica do Ministério da Saúde (http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1141, acessado em 05.out.08).

A alocação de medicamentos no país está dividida, segundo o Ministério da Saúde, em três categorias básicas²⁰⁰: medicamentos básicos ou essenciais, “*pertencentes a um elenco mínimo obrigatório a ser dispensado na atenção básica*”, ou, na dicção legal, aqueles considerados “*básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população*”, previstos na Portaria do Ministério da Saúde n.º 3.237/2007; medicamentos estratégicos, utilizados em programas específicos do Ministério da Saúde, como aqueles de combate à AIDS, tuberculose, hanseníase, diabetes, doença de Chagas, malária, coagulopatias e outras, conforme Portaria do Ministério da Saúde n.º 204/2007; e medicamentos de dispensação especial ou excepcional, é dizer, aqueles geralmente de alto custo, destinados a patologias específicas e complexas, que atingem um número limitado de pacientes, para uso prolongado, estando arrolados na Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.577/2006. É de se observar que, sendo essa última uma das categorias mais solicitadas judicialmente e mais associadas com a evolução biotecnológica, chama a atenção o fato de ser justamente a Portaria de data mais antiga, deixando margem à crítica de eventual desatualização, em relação aos avanços atuais.

Analisando-se os montantes empregados em cada uma das categorias, verifica-se que os gastos com medicamentos especiais superam em muito aqueles com medicações básicas²⁰¹. Dentre os medicamentos estratégicos – responsáveis pelo maior montante de

²⁰⁰ MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 27-28; SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A Defesa da Saúde em Juízo: Teoria e Prática*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 112-113.

²⁰¹ Segundo quadro comparativo elaborado em MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 28-29, a partir de dados do Ministério da Saúde, os gastos com medicamentos básicos em 2006 foram da ordem de 290 milhões de reais, representando 6,7% dos gastos com medicação, ao passo que o montante despendido com medicamentos de dispensação especial alcançaram a cifra de um bilhão, 355 milhões de reais, equivalendo a 32% do orçamento para a área. Dentre os medicamentos estratégicos, aqueles destinados ao programa de DST/AIDS custaram aos cofres públicos naquele ano 960 milhões de reais, enquanto no ano anterior representaram despesa de 550 milhões de reais. Cumpre assinalar que o programa de fornecimento gratuito de medicações antirretrovirais aos portadores de HIV no país é elogiado em todo o mundo pela iniciativa pioneira na área, apontada como exemplo na universalização do tratamento e inclusão a esses pacientes. A Lei que cuida da matéria – Lei n.º 9.313/96 – foi acompanhada por uma série de decisões judiciais pró-direito à saúde, determinando o efetivo provimento das medicações e sua atualização, conforme o estado científico mundial, nos termos da redação legal. Nesse sentido se assinala, entre outros, o seguinte acórdão, proveniente do Supremo Tribunal Federal, defendendo a aplicabilidade imediata das normas relativas ao direito à saúde: *PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, CAPUT, E 196). 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, 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 entender, ainda que por*

custos com medicações entre as três categorias – aqueles dirigidos ao programa de HIV/AIDS sofreram acréscimo substancial em 2006, ante as novas drogas incorporadas ao catálogo farmacológico de tratamento da doença, passando a representar, sozinhos, quase uma vez e meia o gasto com todas as demais drogas estratégicas. Mais uma vez, fica evidente que prevenir, além de melhor, sai bem mais barato que remediar²⁰².

Fato é que:

Nenhum país, até o momento, conseguiu estabelecer um limite ótimo de gasto financeiro para melhorar a saúde de seus cidadãos; os EUA gastam 14,6% do PIB com saúde, sendo o Estado responsável por 44,9% desse total e 5% dos gastos públicos com saúde dizem respeito aos medicamentos. Ainda sobre os EUA, dados de domínio público informam que cerca de 50 milhões de cidadãos não têm acesso aos serviços de saúde. No Brasil, os gastos com saúde correspondem à cifra de 7,9% do PIB, sendo que o setor público é responsável por 45,9% desses gastos e os medicamentos representam 7,4% desses gastos públicos²⁰³.

Sem dúvida, a garantia adequada do direito à saúde não constitui um problema apenas para os países em desenvolvimento, embora nesses falte o acesso ao que há de mais básico possível para a manutenção e a recuperação da saúde. Também os países desenvolvidos têm problemas para assegurar os cuidados de saúde esperados pela população, situação que se agrava progressivamente com o envelhecimento da população (ensejando graves consequências para o equilíbrio previdenciário) e com o desenvolvimento crescente

censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (AGRRE n.º 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, STF, DJ 24.11.00, p. 101).

²⁰² Além das despesas já esperadas com tais medicamentos, avultam, ainda, os gastos decorrentes de processos judiciais. A esse respeito, notícia veiculada em setembro de 2008 na imprensa deu conta de que: “*Entre 2005 e 2008, o governo federal aumentou em 1.820% (quase 20 vezes) as despesas decorrentes de ordens judiciais que obrigam a União a pagar por medicamentos especiais. Apenas na primeira metade deste ano, foram gastos pelo governo federal, por ordem da Justiça, R\$ 48 milhões nesses tratamentos. Em 2005, o investimento foi de R\$ 2,5 milhões*”. Também foi informado que “*a cada mês, São Paulo gasta R\$ 400 milhões com remédios obtidos pelos doentes mediante ordem judicial e que não são fornecidos pelo SUS. A situação não é muito diferente no Rio Grande do Sul. Foram R\$ 31 milhões com ações judiciais envolvendo medicamentos em 2006 e R\$ 50 milhões em 2007, e a previsão é de que sejam gastos R\$ 150 milhões neste ano – o equivalente a um terço do total de recursos de custeio dos programas da Secretaria Estadual de Saúde*”. Dentro desses valores, apurou-se, ainda, a ocorrência de fraudes, envolvendo médicos e advogados, que, mediante pedidos judiciais providos, teriam resultado em prejuízo de R\$ 63 milhões aos cofres públicos (TREZZI, Humberto. Saúde. Aumento no gasto do governo em remédios especiais é investigado: Promotores e policiais suspeitam que quadrilhas falsificariam atestados para obrigar a União a fornecer medicamentos de alto custo a pacientes por via judicial. *Jornal Zero Hora*. Porto Alegre, edição n.º 15734, disponível em <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default2.jsp?uf=1&local=1&source=a2195502.xml&template=3898.dwt&edition=10739§ion=1003>, acessado em 12.out.08). Deduz-se daí que, conquanto via relevantíssima para o controle do atendimento do direito fundamental à saúde, a prestação jurisdicional há de ser particularmente cautelosa na análise de tais pleitos, sobretudo quando em sede de provimentos liminares, por não se poder desconsiderar o grave impacto que essas decisões têm tomado no orçamento sanitário. É imprescindível, então, sempre que possível e especialmente quando o fornecimento é feito a entidades privadas, sobre as quais incide menor controle na utilização desses recursos, a realização de perícia médica judicial, a constatar a efetiva necessidade e infungibilidade do recurso demandado naquele caso concreto. Sobre a atuação judicial nas prestações em saúde e as sugestões possíveis para otimizar esse desempenho, cf. itens 4.5 e 5.6 infra.

²⁰³ MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 23.

dos recursos farmacêuticos e biotecnológicos, criando patamares cada vez mais elevados de atenção à saúde²⁰⁴. É um aspecto positivo, mas que gera, outrossim, consequências de difícil equilíbrio econômico.

Se, de um lado, “*limites impostos ao progresso contínuo da biotecnociência não são bem aceitos nem pela população, nem pela comunidade científica; as pessoas querem o que é oferecido de mais ‘moderno’ em tratamentos e terapias*”, de outro, há quem afirme que “*o estímulo do mercado à eficiência médica e ao consumo de tecnologias e de medicamentos, tem agido contra a equidade e trazido consequências mais negativas do que positivas para a saúde coletiva*”²⁰⁵. Questiona-se, então: diante da escassez, “*quanto cada indivíduo pode utilizar dos bens coletivos?*”²⁰⁶ Ou, ainda: “*todo benefício é uma necessidade?*”²⁰⁷ E, por fim, seriam a universalidade e a integralidade ideais fadadas ao fracasso, justamente quanto mais cresçam as condições científicas de saúde no mundo?²⁰⁸.

Questionado sobre formas de viabilização do SUS dentro desse contexto, ponderou primeiramente Diego Gracia²⁰⁹ que “*quem tem receituário faz alocação*”. Com efeito. Ao fazer uma mera prescrição individual, o médico está a indicar ali os parâmetros para o exercício do direito à saúde pelo paciente. É para alcançar o recurso prescrito que o cidadão vai à Justiça pleitear que o Estado ou o plano de saúde o forneça. É na prescrição que se baseia o Juiz, quando antecipa uma tutela, muitas vezes sem ouvir a parte adversa, na confiança de que há urgência no acesso àquele recurso. Mister, assim, para racionalizar o uso de medicamentos e recursos no SUS, orientar e racionalizar também as prescrições médicas, de modo que, sem sacrificar a saúde do paciente, tampouco se sacrifique indevidamente o Sistema organizado para protegê-la e garanti-la.

Nesse aspecto, importante evitar que as prescrições sejam influenciadas indevidamente pela pressão da indústria farmacêutica, reconhecidamente uma das mais rentáveis nos dias atuais (ao lado, ironicamente, da indústria bélica)²¹⁰, pressão esta que eleva

²⁰⁴ Nesse sentido, cf. a obra AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: Rationing Hospital Care*. Washington: Brookings Institution, 1984, referente, sobretudo, aos Estados Unidos e à Inglaterra, mas que também menciona a situação de outros países desenvolvidos, como a França e o Canadá. Também trata do assunto, entre outros, PENCHASZADEH, Victor. op. cit., p. 137.

²⁰⁵ MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 24.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 25.

²⁰⁷ DRANE, James; PESSINI, Leo. *Bioética, Medicina e Tecnologia: Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano*. São Paulo: Loyola, 2005, p. 216.

²⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 207 e 218.

²⁰⁹ GRACIA, Diego. Bioética Clínica e Contexto Social. In. *VII Congresso Brasileiro de Bioética*, São Paulo, 2007. Conferência.

²¹⁰ Nesse sentido, cf. DRANE, James; PESSINI, Leo. op. cit., p. 207 et seq. Também sobre o crescimento dos investimentos na área farmacêutica, cf. ALVES, Jeovanna Viana; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa; SANTANA, Viviane M. loc. cit.. Veja-se, contudo, que esse crescimento se faz, majoritariamente, às custas de produtos

custos e cria expectativas muitas vezes infundadas para os pacientes, no deslumbramento por novidades incessantes e muitas vezes pouco vantajosas de fato.

De outro lado, é preciso ajustar constantemente as políticas públicas, de sorte a mantê-las condizentes com as carências da comunidade e atualizadas dentro das margens de efetividade terapêutica, a fim de se tentar, com isso, reduzir a necessidade de intervenções judiciais na área, além de favorecer o próprio funcionamento adequado do Sistema, em conformidade com seus princípios gestores. Recentemente, duas políticas de saúde têm buscado aproximar-se dos princípios norteadores do SUS, no escopo de favorecer o acesso global à saúde: o Programa de Saúde da Família (PSF) e a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (PNA SI)²¹¹, visando a implementar a preocupação acrescida à Lei Orgânica da Saúde em 1999. Os desafios são, contudo, como se pode ver, imensos. Daí a necessidade de se buscarem parâmetros que intentem viabilizar a alocação de recursos em saúde, sem acarretar a falência do Sistema nem converter o direito universal à saúde em mera retórica demagógica.

2.4.2 A saúde como “*direito de todos e dever do Estado*”: entre o SUS e os planos de saúde privados

O parágrafo 2.º do artigo 2.º da Lei 8.080/90, a Lei Orgânica da Saúde, assinala que o dever do Estado em prover as condições necessárias ao pleno exercício do direito à saúde “*não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*”.

Essa disposição dá ensejo a dois principais questionamentos: primeiramente, retorna-se à discussão acerca de se a saúde constitui um eventual dever fundamental para o indivíduo, que tudo deve fazer para proteger sua própria saúde, de sorte que riscos deliberados poderiam ser de algum modo punidos, inclusive pela possibilidade de preterição na assistência²¹².

O segundo questionamento diz respeito à atuação das empresas seguradoras e de convênios de saúde, bem assim à indagação acerca da possibilidade de limitar a atuação

estéticos ou de medicações de alto custo para tratamento das chamadas “doenças do desenvolvimento” (câncer, doenças cardíacas e vasculares, entre outras), enquanto inúmeras doenças associadas à pobreza permanecem na condição das chamadas “doenças órfãs”, pois a falta de condições dos beneficiários para arcar com os custos das novas medicações não estimula os investimentos necessários à elaboração de novos fármacos na área. Idem em BERGEL, Salvador Darío. *Responsabilidad social y salud...*, p. 453.

²¹¹ LORENZO, Cláudio. op. cit., p. 310.

²¹² Cf. a esse respeito, o item 5.5 infra, acerca dos critérios de alocação, especialmente no que tange ao critério do merecimento, estigmatizações sociais e responsabilização moral do indivíduo.

estatal àqueles que não puderem de fato arcar com os custos inerentes à saúde, de forma que o dever do Estado, não excluindo o de quem pudesse pagar, tornar-se-ia, em verdade, subsidiário, aparentemente se chocando com o princípio da universalidade.

Conquanto a relação entre planos de saúde privados, Estado e sociedade não seja o objeto prioritário deste trabalho, há de se mencioná-la, ainda que brevemente, no quanto interfere na alocação de recursos públicos destinados aos cuidados sanitários. Nesse contexto, é indispensável registrar que a defesa da tese acima pode estar associada a forma de promoção da igualdade material, mediante política de discriminação positiva, priorizando, como beneficiários do Sistema Único de Saúde, aqueles que dispõem de menos recursos para, por seus próprios meios, buscarem soluções para os males que os acometem²¹³.

Para ilustrar isso, Daniel Serrão²¹⁴ narra caso de empresário, detentor da quarta maior fortuna pessoal de Portugal, que realizara procedimento em hospital público, ao fundamento da universalidade do direito à saúde e do acesso a ele, pelo Sistema Nacional de Saúde, incitando à discussão acerca da correção dessa conduta, bem assim do amparo estatal a

²¹³ Em MELLO, Dirceu Raposo *et al.* op. cit., p. 19, diz-se que: “*Para cumprir o que a Constituição determina e operacionalizar os princípios do SUS, o Estado precisa atuar no sentido de minimizar ou suprimir esses contrastes por meio de políticas desenhadas a partir da proteção aos vulneráveis; de intervenção nas situações de maximização das assimetrias, considerando também os princípios de beneficência, não maleficência, autonomia, justiça e a dignidade da pessoa humana*”. Em sentido semelhante, BERGEL, Salvador Darío, op. cit., p. 451): “*Así, la equidad se refiere a una aplicación casuística del principio de justicia que, ratificando la igual dignidad de todos los hombres, establece una igual accesibilidad a los cuidados de la salud a través de la redistribución diferenciada; esto es, atribuyendo más a quienes tienen menos y atribuyendo lo mismo a quienes se encuentran en iguales condiciones*”. Trata-se de tradução quase literal ao pensamento expressado em NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas. *Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 2, p. 159-163, 1999, a saber: “*No domínio específico a que nos dedicamos, o princípio da equidade reporta-se ainda a uma aplicação casuística da justiça que, ratificando a igual dignidade de todos os homens, estabelece uma igual acessibilidade aos cuidados de saúde através de sua redistribuição diferenciada: isto é, atribuindo mais a quem tem menos e vice-versa (vertical); e atribuindo o mesmo aos que se encontram em iguais condições (horizontal), numa ação auto-discriminatória, reguladora das desigualdades [...] Assim sendo, o princípio da equidade apela ao princípio da solidariedade como sua condição de efetivação: a igualdade de direito entre todos os homens só pode ser restabelecida de fato se também todos os homens redistribuírem os bens entre si*”. Bergel (op. cit., p. 452-453) pondera, contudo, a necessidade de considerar a doença e os gastos dela decorrentes como relevantes fatores de empobrecimento, passando a ameaçar a sobrevivência do paciente e de seu núcleo familiar, de sorte que também esse aspecto há de ser levado em consideração na avaliação da necessidade e da carência social. Em sentido contrário, PENCHASZADEH, Víctor (op. cit., p. 134) defende peremptoriamente o dever do Estado em prover a saúde a ricos e pobres, tecendo acerba crítica contra o estímulo à atuação privada na assistência à saúde, reputada pelo autor como indicativa de *duplo standard* (duplo padrão de tratamento ou conduta), circunstância tão combatida pela Bioética.

²¹⁴ SERRÃO, Daniel. Direito à Saúde e a Distribuição de Recursos. In: NEVES, Maria do Céu Patrão. *Comissões de Ética: Das Bases Teóricas à Actividade Quotidiana*. 2.ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, [2002], p. 407-421; 495-496. Admite esse autor, contudo, que, a despeito das “*generosas intenções*” constitucionais, ainda há muita desigualdade no acesso aos serviços de saúde naquele país. Acrescenta que “[n]essas condições o médico tem o dever de ajustar as despesas que vai criar com as suas decisões, aos recursos disponíveis, procurando oferecer ao doente os melhores cuidados possíveis que a sociedade possa pagar”. E conclui: “*os direitos individuais são exercidos de forma independente e pessoal, mas o exercício do direito à proteção da saúde, por cada um, é interdependente, influencia e é influenciada pela forma como os outros exercem esse direito, particularmente no que se denomina por saúde pública*”. O problema é: como esperar que as pessoas aceitem o razoável, em nome do coletivo, numa época em que se cultua o máximo?

ela. Veja-se, contudo, que, segundo a previsão constitucional portuguesa, o Sistema Nacional de Saúde, seguidor do *National Health Service* britânico, é “*universal, geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito*”. Também se afirma, na ocasião, que a atenção em saúde incumbe *prioritariamente* ao Estado. Tais normas poderiam, interpretativamente, obstar a conduta do empresário naquele país.

De outro lado, é fato que, nos moldes constitucionais brasileiros, a atuação privada na área de saúde é considerada secundária, de sorte que, ao contrário do quanto constante na Lei Orgânica (segundo a qual “*o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade*”) parece que, em verdade, estipula a norma constitucional que *o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade não exclui o do Estado*, atribuindo-se a este a condição de titular maior do dever fundamental de prover a saúde à população, de modo universal e aparentemente indiscriminado²¹⁵.

Esse entendimento prevaleceu por longo tempo em relação à educação, em que não se cogitava da condição social do aluno para lhe franquear o acesso às instituições públicas. Até hoje, a tônica nos países europeus é que o ensino fundamental seja público, ressalvadas as instituições de formação religiosa, por exemplo. Também assim vigorou no Brasil até pouco depois de meados do século XX, quando as escolas públicas gozavam de grande renome e acolhiam tanto os alunos mais pobres quanto aqueles das famílias abastadas, permitindo a todos um ensino de qualidade e a ansiada “igualdade de oportunidades”, de que fala Rawls²¹⁶, entre outros.

Na segunda metade do século XX, o ensino fundamental público sofreu notável decréscimo de qualidade e de prestígio, de forma a se observar completa evasão dos alunos que detinham melhor condição econômica em direção às instituições privadas. No ensino superior, contudo, manteve-se a preferência pelas instituições públicas, gerando um impressionante paradoxo consistente em que, a despeito de públicas, essas instituições passaram a albergar majoritariamente filhos de famílias financeiramente favorecidas, que, na

²¹⁵ Em sentido contrário, a clássica distinção aristotélica, belamente esposada por Ruy Barbosa, em sua *Oração aos Moços* (BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1956, p. 32: “*A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real*”), em prol da igualização por compensação. Apontando aplicações práticas desse princípio, cf., entre outros, ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *op. cit.*, p. 56, 92, 164 e 177. Também como exemplos de sistemas de saúde ditos solidaristas, calcados na universalidade de acesso, além do *National Health Service* inglês, como precursor, apontam-se a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Austrália, a Nova Zelândia, Cuba, entre outros. Acerca das definições e aplicações das noções de igualdade e equidade, cf. item 5.4 infra.

²¹⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim*.

disputa de ingresso, contavam com melhores chances, por haverem estudado em melhores colégios particulares, dada a falência do ensino público fundamental.

Veja-se, portanto, que não vigia aí a visão da universalidade do direito como corolário real do igual acesso a todos, nem do compensatório “mais a quem tem menos”; tanto pelo contrário.

Visando a corrigir essa distorção, contudo, em lugar de se resgatar o ensino público fundamental, de forma a dar a seus alunos “igualdade de oportunidades” e condições de competição em pé de igualdade com os alunos particulares, optou-se por concentrar as ações afirmativas no ensino superior, assegurando cotas aos candidatos afrodescendentes, provenientes de escolas públicas e, nas atuais circunstâncias, presumivelmente mais carentes, segundo as condições históricas e atuais do país²¹⁷. O temor é que, prorrogando mais uma vez a evidência das deficiências básicas na prestação do dever educacional pelo Estado, não se resolva de fato o problema, mas apenas se crie mais um nicho diferencial – graduados por instituições públicas e graduados por instituições privadas, em franco desfavor daqueles – a repercutir no mercado de trabalho, dando mera continuidade ao ciclo de pobreza.

Nesse aspecto, soaria mais razoável, de fato, a priorização dos realmente carentes no atendimento estatal dos direitos sociais, mas desde que a prestação oferecida na espécie – ao contrário do que sucedeu à educação no ensino fundamental – fosse efetivamente compatível com a média vivenciada por aqueles que podem pagar, de sorte a se verificar real universalidade de acesso ao razoável, seja pela via privada, para os que podem pagar por ele, seja pela via pública, para os que não podem. Cada vez mais difícil, contudo, é estimar essa média, ante os avanços técnicos verificados e o crescimento das demandas que, no âmbito da saúde, advêm dos profissionais e dos pacientes, sendo verificável não apenas nos pleitos dirigidos diretamente ao SUS, mas também naqueles movidos por quem participa dos serviços de saúde suplementar, porém não se sente adequadamente atendido por eles, no nível terapêutico buscado.

Outra dificuldade está na verificação da carência econômica e social que justifique eventual priorização na prestação estatal. Tal intuito já consta do ordenamento pátrio, por exemplo, quando o artigo 5.º, LXXVI prevê a gratuidade do registro de nascimento e da

²¹⁷ Observou-se, na prática, a prevalência da utilização das cotas por alunos provenientes de colégios militares, geralmente filhos de militares e, portanto, mais representativos da classe média. Sobre o tema das ações afirmativas, notadamente em relação à defesa das cotas em educação superior, cf. MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Jurídica, 2005. Recentemente, a Súmula Vinculante n.º 12 do STF afirmou ser indevida a cobrança de qualquer taxa de matrícula em universidades públicas, com fulcro no direito constitucional à educação, independentemente, portanto, da condição econômica de fato dos estudantes.

certidão de óbito aos “*reconhecidamente pobres*”. O mesmo artigo, em seu inciso LXXIV, dispõe que “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. Nesse sentido, além da previsão da Defensoria Pública nos âmbitos estadual e federal, assinala-se a Lei n.º 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, qualificando como tal “*aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*” (artigo 2.º, parágrafo único, c/c artigo 4.º). Para caracterizar essa situação de carência, exige-se apenas a afirmação pessoal nesse sentido, presumida veraz até prova em contrário. Já para a dispensa de taxa de inscrição em concurso público, mostrou-se a legislação mais exigente, demandando-se geralmente comprovantes de isenção em imposto de renda, limites de renda familiar, entre outros aspectos.

O problema da mensuração da carência social também tem sido discutido nos pleitos submetidos à Lei de Organização da Assistência Social, que, ao regulamentar a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal (“*a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei*”), estipulou como parâmetro, em seu artigo 20, parágrafo 3.º: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo*”. Tal dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.232, mas, ainda assim, nem sempre o parâmetro objetivo supre a necessidade de uma avaliação em concreto, conforme se verifica da variação jurisprudencial, ora se aceitando a dedução de gastos com medicação, ora se recorrendo a critérios outros, indicativos da miserabilidade, mediante perícia social, quando falta o critério objetivo dos ganhos, algo bastante comum no meio de empregos informais²¹⁸.

Além das dificuldades naturais de aferição da capacidade financeira, é de discutir, ainda, se a redação constitucional autoriza de fato a interpretação de priorização ao hipossuficiente, na medida em que, em última análise, o direito à saúde consta como dever universal do Estado, sem distinções materiais. A interpretação de priorização se faz, em verdade, no intuito de racionalizar a alocação de recursos, mas tampouco é possível impor às instituições privadas, de forma desproporcional, ônus excessivos, decorrentes dos irrefreáveis

²¹⁸ Cf. item 4.3.2 infra.

avanços científicos, que possam vir a gerar desequilíbrio contratual tal, que chegue a justificar a menção à teoria da imprevisão em defesa do próprio fornecedor. Há que se avaliar com cautela o caso concreto e a razoável expectativa decorrente do contrato e do arcabouço legal que gere o tema.

Nesse sentido se manifesta Luiz Fux²¹⁹, entendendo que os custos extraordinários, não previstos contratualmente não de ser suportados, em última instância, pelo Estado, a quem toca o dever primordial de prover a assistência em saúde, a saber: “*estatuída a responsabilidade pública quanto à saúde, a atividade subsidiária particular não é sucedâneo da ineficiência estatal, não se podendo atribuir às entidades privadas deveres além do contrato, sob pena de gerar insustentável insegurança jurídica*”. Nada obsta, contudo, a ação regressiva do Estado contra a operadora privada, caso se entenda que o recurso em questão acha-se efetivamente coberto pelo plano, conforme previsão legal²²⁰.

De outro lado, o histórico da saúde suplementar tem evidenciado muito mais abusos perpetrados pelas operadoras de planos de saúde do que excessos efetuados contra elas. Vista a questão sob o prisma do direito do consumidor, a operadora vende o produto “saúde”, e vende caro, mediante um contrato eivado de forte dose de *alea*. Todos os meses, o indivíduo paga para se sentir seguro, para garantir que suas doenças serão tratadas com todos os recursos possíveis. Ele paga por saúde. E paga específica e contratualmente para esse fim, em prol do qual se organiza o contratado, diferindo, portanto, do sujeito estatal que, sendo responsável pelo atendimento global das necessidades, por vezes precisa se adstringir à prestação média, que possa ser prestada a todos sem afrontar a dignidade dos atendidos, mas que nem sempre corresponde às expectativas ideais desses.

Nos contratos privados, há um compromisso específico com as expectativas do contratante – se não máximas ou excessivas, mas, possivelmente, superiores às médias, tanto que se dispôs a pagar por elas antes mesmo de saber se precisaria utilizar esses recursos. É preciso haver, assim, uma cuidadosa vigilância estatal junto a essas empresas, a fim de garantir que a corda esteja sempre esticada, que as operadoras estejam provendo os tratamentos mais modernos existentes no país. Não se inclui aí, compulsoriamente, é bem verdade, o tratamento irrazoável ou imprevisível – como tratamentos excepcionais no

²¹⁹ FUX, Luiz. Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 283-300.

²²⁰ Artigo 32 da Lei n.º 9.656/98: “*Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela MPV n.º 2.177-44, de 24.8.2001)*”.

exterior, por exemplo, salvo se amparada contratualmente tal hipótese. Contudo, os tratamentos não experimentais, realizáveis no país, devem ser fornecidos. Deixar ao livre alvedrio das partes estabelecer quais serviços serão ou não adicionados ao contrato realça a vulnerabilidade natural do consumidor, que não tem como saber de quais procedimentos pode precisar quando ficar doente.

Mostrou-se necessária, então, a intervenção regulatória do Estado para coibir condutas francamente atentatórias à boa-fé contratual, promovidas pelas operadoras de planos de saúde mediante contratos excessivamente vagos, pouco claros, que permitiam escusas inaceitáveis quando o consumidor precisava fazer uso do serviço assegurado. Atualmente, no que tange à participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde, a Lei n.º 9.656/98, modificada pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001, gere os planos e seguros privados de assistência à saúde, monitorados, ainda, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei n.º 9.961, de 2000. Periodicamente, Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (a exemplo da atual Resolução n.º 167/2008) alteram a lista de procedimentos obrigatoriamente cobertos pelos planos de saúde privados.

Conquanto a Lei n.º 9.656/98 tenha representado já um grande avanço na defesa dos usuários desses planos e do direito à saúde de um modo geral, não foram poucas as críticas quando de sua edição e, ainda mais, quando de sua reforma via Medida Provisória, pouco tempo após sua publicação (a primeira Medida Provisória alterando a Lei em comento foi elaborada ainda dentro da *vacatio legis*). Alegou-se que as normas em espeque eram ainda muito condescendentes com as operadoras e menos protetivas do que deveriam em relação ao cidadão²²¹.

A relação com os planos de assistência privada à saúde é regida, ainda, pela Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, notadamente por se tratar de cláusulas de

²²¹ O embate travado em torno dos primeiros passos da Lei n.º 9.656/98 é objeto, entre outros, do artigo de SANTOS, Mariana Cardoso Vaz. Planos de saúde: confronto entre a Lei n.º 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CEPEJ*. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas, n. 6, p. 165-174, 1999. A Lei 9.656/98 gerou insatisfações tanto por parte dos consumidores – que a reputaram pouco incisiva em sua defesa – como por parte das operadoras de planos de saúde, que se consideraram prejudicados pela disciplina legal. Como reflexo dessa insatisfação, a legislação em exame foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.931, no bojo da qual o STF concedeu liminar, em 21.08.2003, suspendendo a eficácia do artigo 35-E e de parte do artigo 10, § 2.º da mencionada lei, ao fundamento de ofensa ao inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição Federal, que trata do ato jurídico perfeito. Nessa ocasião, julgaram-se constitucionais os demais dispositivos da referida Lei. Por força dessa decisão, as operadoras de plano ou seguro saúde ficaram liberadas de pedir autorização à Agência Nacional de Saúde para efetuar alterações nas contraprestações pecuniárias para maiores de 60 (sessenta) anos. Isso não significa, entretanto, a possibilidade de aumentos desproporcionais e intempestivos, seja porque o Código de Defesa do Consumidor impede a onerosidade excessiva (art. 51), seja porque se definiu que os reajustes devem ser anuais, e pela própria disciplina protetiva do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

adesão, e de que se depreende, como principal corolário, a proteção à hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor do serviço²²².

De toda sorte, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é hoje indubitável²²³, notadamente quando o particular em questão exerce atividade substitutiva da pública, na prestação do direito em questão, como se verifica no tocante aos planos de saúde suplementar. Não há, assim, de se perder o foco dessa relação como sendo não apenas um pacto contratual simples, mas uma relação que transcende os aspectos meramente patrimoniais para se alçar à categoria de acordo que versa sobre direito fundamental, com todas as peculiaridades e cuidados que há de demandar sua interpretação como tal.

A assistência privada em saúde faz parte, assim, da implementação da universalidade e consiste basicamente em planos e seguros de saúde. Enquanto esses últimos atuam sob a forma de reembolsos quanto aos riscos atinentes à saúde, os primeiros atuam mediante convênios com unidades hospitalares, clínicas e laboratoriais privadas, que prestarão diretamente o serviço, podendo haver, ainda, combinações entre essas duas formas, no que tange a unidades não conveniadas. Os planos de saúde derivaram da chamada “medicina de grupo”, em que cada afiliado pagava parcelas fixas, e, se necessário, fazia uso dos recursos, para o que se recorria ao montante por todos disponibilizado. Embora mais complexo, o funcionamento dos planos atuais não difere muito desse raciocínio, donde a preocupação na manutenção do equilíbrio contratual que permita o uso racional e proporcional dos recursos disponíveis²²⁴. A disciplina desse tipo de negócio é tão específica – exatamente por envolver a atenção à saúde – que tais empresas não estão sujeitas à falência, por exemplo, mas apenas à

²²² Com lastro no Código de Defesa do Consumidor, foram movidas inúmeras ações em defesa ao direito à saúde, contra operadoras de planos e seguros de saúde privados, não apenas em casos individuais, mas também via ações civis públicas, interpostas pelo Ministério Público. Assinale-se, notadamente, que, antes da disciplina mais precisa da matéria pela Lei 9.656, de 1998, o Código de Defesa do Consumidor era praticamente o único parâmetro de controle de que dispunham os cidadãos nessa seara. Após a edição da Lei 9.656, o Código de Defesa do Consumidor ainda continua sendo, entretanto, importante balizador na interpretação e aplicação das disposições da lei dos planos de saúde, de sorte a evitar excessivo ônus aos consumidores, em situações de particular fragilização como aquelas relativas ao direito à saúde. Acerca da utilização da Lei 8.078 na matéria, cita-se, apenas a título de exemplo, julgado do STJ (STJ. RESP n.º 177.965-PR. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em decisão de 20.02.1998), em que se ratificou a legitimidade do Ministério Público para agir, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, em favor de afiliados de plano de saúde privado que elevava arbitrariamente os valores das mensalidades acima dos índices oficiais de correção. Também o Recurso Especial n.º 158.728-RJ (Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, em decisão de 16.03.1999) considerou abusiva cláusula limitativa do tempo de internação; e, ainda, numerosos recursos que, em interpretação mais favorável ao consumidor, consideraram abusiva cláusula excludente de internações por AIDS, entre outros julgados similares à época. Veio também ao encontro de uma frequente expectativa do consumidor a Súmula 302 do STJ, ao prever: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

²²³ Sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais na relação entre particulares cf. item 3.2 infra.

²²⁴ Nesse sentido, BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI FILHO, Sidnei Agostinho. Planos e Seguros de Saúde. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 313-336. Sobre o tema, cf. também SILVA, Joseane Suzart Lopes da. op. cit., p. 31; 75-83, entre outros autores.

liquidação extrajudicial e, ainda assim, se não houver outra possibilidade de resolução da situação.

Por outro lado, não se coibir abusos por parte das operadoras, para as quais contribuíram os segurados, na expectativa de se verem amparados em momento de necessidade e são muitas vezes surpreendidos por negativas ou alterações contratuais irrazoáveis, sobretudo anteriormente às regulamentações legislativas da matéria.

A Lei n.º 9.656/98, modificada pela Medida Provisória n.º 2.177-44, de 2001, estabelece as amplitudes mínimas de cobertura dos referidos planos privados, nos espectros ambulatorial, hospitalar, obstétrico e odontológico (artigo 12), cujos detalhamentos são dados via Resolução, a fim de assegurar atualização mais pronta na disciplina do tema. A Lei em comento vedou, ainda, a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação – prática assaz comum até então – após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, imputando à operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário (artigo 11).

Dentro do mesmo raciocínio protetivo, proíbe-se que o consumidor seja impedido de participar de planos privados de assistência à saúde em virtude de sua idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência (artigo 14). As conhecidas alterações de valores das contraprestações pecuniárias em razão da idade também foram objeto da preocupação legal, quando se previu que tais variações – tanto as faixas etárias quanto os percentuais de reajuste incidentes – não de estar previstas logo no contrato inicial, conforme normatização regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo vedadas, ainda, para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos em questão há mais de dez anos (artigo 15).

A Resolução 167/2008 da ANS estipula que o sistema de saúde suplementar deverá observar como princípios a atenção multiprofissional, a integralidade das ações respeitando a segmentação contratada, a incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças, bem como de estímulo ao parto natural, e o uso da epidemiologia para monitoramento da qualidade das ações e gestão em saúde. Essa Resolução atualizou o rol de procedimentos obrigatórios, tendo apresentado acréscimos relevantes, como o tratamento da obesidade mórbida com equipe multidisciplinar ambulatorial; complicações decorrentes de procedimentos não cobertos, como cirurgia plástica estética; nutricionista, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional (até seis consultas por ano cada um); psicoterapia por médico ou psicólogo (até doze consultas por ano); procedimentos como a colocação de Dispositivo Intrauterino (DIU), vasectomia, laqueadura tubária; tratamento cirúrgico de

epilepsia, tratamento pré-natal de hidrocefalia e cistos cerebrais, transplantes autólogos de medula óssea, alguns casos de cirurgia refrativa para correção de miopia, entre outros.

Já haviam sido incluídos a assistência psiquiátrica, o tratamento de lesões decorrentes de tentativa de suicídio e de alcoolismo, hemodiálise, quimioterapia hospitalar, radioterapia, entre outros.

As operadoras podem oferecer cobertura maior do que elenco legal, mas não menor. Assim, reproduzindo o conteúdo do artigo 10 da Lei n.º 9.656, permanece excluído da cobertura obrigatória tratamento clínico ou cirúrgico experimental – notadamente medicamentos ou produtos não registrados no país ou reconhecidos como experimentais pelo Conselho Federal de Medicina e aqueles ditos “*off label*”, é dizer, em usos que não constem na bula registrada junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)²²⁵.

Também não têm cobertura obrigatória os procedimentos clínicos e cirúrgicos com fins estéticos²²⁶; tratamentos de rejuvenescimento ou emagrecimento com finalidade estética; materiais, órteses e próteses (respectivamente para auxílio e substituição de função) que não visem a restaurar a função (parcial ou total) de órgão ou parte do corpo lesionada por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita e não relacionados ao ato cirúrgico; inseminação artificial e outras técnicas de reprodução assistida; medicamentos e produtos de saúde importados não nacionalizados, não registrados na ANVISA; medicamentos para uso domiciliar²²⁷; tratamentos ilícitos, antiéticos ou não reconhecidos pelas autoridades

²²⁵ Exemplo de uso *off label* que, todavia, vem ganhando aceitação é o da utilização do fármaco Sildenafil (inicialmente somente comercializado como a medicação contra disfunção erétil, Viagra®) para tratamento da hipertensão pulmonar. Assim, a despeito da referida exclusão, que também encontra espelho no âmbito do SUS, o STJ já decidiu em prol da concessão da substância Sildenafil para a hipertensão pulmonar, considerando haver subsídio científico bastante para sua utilização em casos que tais (STJ. RESP 855414 / RS. PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 26/09/2006. DJ: 16/11/2006 P:235 Rel. Min. LUIZ FUX). Também no sentido da possibilidade de provimento de tratamentos experimentais, ainda não regulamentados no país, mas acerca dos quais há evidências substanciais de sucesso, parecer emitido por LACERDA, Galeno. Seguro de Saúde. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 301-311. Destaca esse parecerista, contudo, a boa documentação do pedido, que traz a lume amplas evidências de sucesso do medicamento, já permitido fora do país. Não basta, portanto, pedido superficialmente embasado, conduzido mais pela fé no que em medicina se chama de “tentativa heroica”, do que por subsídios fáticos de eficácia. Cf. item 5.6 infra.

²²⁶ O artigo 10-A da Lei n.º 9.656/98 considera devida, e não meramente estética, a cirurgia plástica reconstrutiva de mama, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias, para o tratamento de mutilação decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer (artigo incluído pela Lei nº 10.223, de 2001). A Resolução 167 também admite como coberta a dermolipectomia de abdome em avental após cirurgia bariátrica, em caso de obesidade mórbida.

²²⁷ É dizer: aqueles que não requerem administração assistida por profissionais de saúde, de uso não exclusivamente hospitalar, podendo ser administrado em ambiente externo e adquirido em farmácias abertas ao público, incluindo quimioterápicos orais, admitidos apenas os administrados ambulatorialmente, seja quimioterápicos, seja medicamentos adjuvantes ou para controle de efeitos adversos do próprio quimioterápico. A negativa de fornecimento de tais medicamentos, contudo, tem sido alvo de discussão, na medida em que a própria Constituição previu, em seu artigo 230, parágrafo 1.º, mencionado no item anterior, a prevalência dos cuidados domiciliares, sobretudo em relação aos idosos. A posição adversa da ANS encontra-se esclarecida em

competentes; necessidades decorrentes de cataclismos, guerras e comoções internas; tratamento para redução de peso em clínicas de emagrecimento, *spas*, clínicas de repouso, estâncias hidrominerais; clínicas para acolhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médico-hospitalares; transplantes (exceto rim, córnea e medula, que podem ser realizados no âmbito da Saúde Suplementar).

As terapêuticas excluídas são muitas vezes alvo de ação judicial, por se entender que fazem parte do conceito global de saúde, que não poderia ser cindido. Diante disso, quando não obtida a satisfação espontânea perante o plano privado, o tratamento é demandado em face do SUS, com fulcro no dever fundamental do Estado de prover o mais amplo grau de saúde possível²²⁸. Por outro lado, a Lei n.º 9.656/98 prevê, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas operadoras ao Estado por serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, mas efetivamente prestados a seus consumidores e respectivos dependentes pelo Sistema Único de Saúde. Esse entendimento bem se coaduna com o teor do artigo 2.º da mesma legislação, comentado no início deste tópico, sobretudo em se considerando a possibilidade de descontos tributários em relação aos gastos efetuados com a saúde no âmbito privado, como as despesas com os próprios planos de saúde, que não podem, assim, esquivar-se ao menos de seus compromissos contratuais²²⁹.

<http://www.ans.gov.br/portal/site/roldeprocedimentos/nota_tec_medicam.asp>, acessado em 11.out.08 (“[...] qualquer medicamento destinado ao tratamento do câncer e administrado em ambulatório durante o procedimento de quimioterapia tem obrigatoriedade de cobertura pelas operadoras. Ainda conforme legislação vigente, não há obrigatoriedade de cobertura para a quimioterapia realizada em domicílio constituída, sobretudo, por medicamentos de via oral cuja administração não requer o deslocamento a hospitais ou clínicas ou supervisão de profissionais de saúde habilitados”). A questão do controle demanda aqui particular atenção, de fato, mas não obsta peremptoriamente a possibilidade de prestação.

²²⁸ Nesse sentido, entre outros, SANTOS, Mariana Cardoso Vaz. loc. cit.: “...não pode o SUS, Sistema Único de Saúde, recusar o atendimento de um assegurado. O direito à saúde continua sendo devido pelo governo. O que se poderia pleitear, neste caso, seria o ressarcimento das despesas do SUS pelo Plano de saúde, uma vez que não poderia a saúde ser assegurada em parte, pois implica o bom funcionamento como um todo do organismo humano [...]. Por outras palavras, os serviços de atendimento à saúde não previstos nos contratos continuarão sendo arcados pelo SUS”. Resta apurar, todavia, se, por força desse entendimento, todo e qualquer procedimento não coberto pelos planos privados pode ser exigido do SUS, como parte do princípio da integralidade da prestação e parte do conceito mais amplo de saúde, ou se, como aqui se defende, já critérios e limites a serem considerados, com fulcro na distinção entre necessidades e desejos.

²²⁹ O então Desembargador e atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux (Tutela Antecipada e Plano Privado de Saúde...) listou, a partir da casuística jurisprudencial, os pedidos de tutela antecipada mais frequentes em relação à saúde, no que tange aos planos de saúde privados, quais sejam: a) tutela antecipada deferida para tratamento urgente sob o fundamento de uma interpretação de cláusula contratual benéfica ao segurado, uma vez que se trata de vínculo de adesão, conforme preceito do Código de Defesa do Consumidor; b) tutela antecipada em ação de obrigação de fazer visando ao cumprimento do plano de saúde com fulcro no artigo 461 do Código de Processo Penal; c) tutela antecipada considerando a cláusula limitativa de prazo de internação como ineficaz quando um período maior é solicitado pelo médico, porque interpretação geradora de onerosidade excessiva; d) tutela antecipada considerando ineficaz a cláusula limitativa de doença, porquanto os riscos constituem ônus da seguradora; e) tutela antecipada concessiva diante da dúvida sobre a natureza da doença, prevalecendo a boa-fé nas mútuas informações, sem prejuízo da não-comprovação da insolvabilidade do beneficiário e, em consequência, da irreversibilidade do provimento; f) tutela antecipada conferida com dispensa de caução, reconhecendo a deficiência do serviço público. Esta última precaução foi incorporada pelo Código

Verifica-se, do exposto, a dificuldade em dimensionar o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, em face das variáveis incidentes nas relações de saúde, em que se destacaram, na hipótese, a participação da assistência privada em saúde e a dificuldade em estabelecer os limites exigíveis a esta.

O moto do presente trabalho, contudo, não é focado especificamente nos planos de saúde complementar, mas, de modo geral, na alocação de recursos estatais em saúde e no consequente cumprimento do direito fundamental respectivo, cuja eficácia é muitas vezes questionada ou sumariamente desconsiderada, em virtude de seu caráter principiológico e programático, interpretação que foge, entretanto, ao escopo da norma constitucional, no que se refere à proteção e promoção da saúde humana.

3. DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: COMO INTERPRETAR A DICÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA REALIDADE

O preço do feijão / não cabe no poema. O preço / do arroz / não cabe no poema. / Não cabem no poema o gás / a luz o telefone / a sonegação / do leite / da carne / do açúcar / do pão. [...] porque o poema, Senhores, / está fechado: “não há vagas” / Só cabe no poema / o homem sem estômago / a mulher de nuvens / a fruta sem preço / O poema, Senhores, / não fede / nem cheira. (Ferreira Gullar) ²³⁰

[...] una cultura jurídica que tome los derechos en serio, según la bella frase de Ronald Dworkin, puede tener frente al derecho mismo, que no es una entidad natural, sino una construcción lingüística y simbólica cuya consistencia conceptual y fuerza vinculante dependen en gran parte del empeño cívico e intelectual de sus intérpretes, sean jueces o juristas (Luigi Ferrajoli) ²³¹

Não é pequeno o risco de que, como no poema de Ferreira Gullar, o Direito, preso a uma paisagem utópica, em que direitos conferidos seriam mágica e automaticamente

Civil de 2002, ao prever o estado de perigo como defeito do negócio jurídico, sob a redação: “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Sobre as decisões judiciais em saúde, inclusive o problema dos provimentos liminares, muitos dos quais de caráter satisfativo, cf. item 4.5 infra.

²³⁰ GULLAR, Ferreira. Não há vagas. In: GULLAR, Ferreira. *Toda Poesia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 224.

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. Prólogo da obra ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles...*

materializados, olvide-se, de um lado, das necessidades práticas e dos custos sociais que muitas vezes criam dificuldades significativas a sua efetiva concretização. Por outro lado, adstringir-se ao argumento dos custos, como supostos impedimentos intransponíveis, pode resultar em tornar direitos afirmados meros recursos retóricos.

O discurso, conquanto instrumento poderoso nas relações sociais, não dispensa ações práticas que lhe deem o peso da realização. A questão é como compatibilizar a linguagem compromissária da Constituição em relação aos direitos sociais com a realidade prática da escassez de recursos e com as exigências da mesma Carta, em relação às normas orçamentárias, dando efetividade e concreção às promessas constitucionais. O primeiro passo para isso transita pela interpretação a ser dada ao conteúdo textual dos direitos fundamentais sociais.

3.1 A função pragmática da linguagem e o discurso jurídico

O direito e o Estado são instrumentais. Eles não podem ser vistos como fins em si mesmos, mas como meios para a obtenção da ordem social e da felicidade humana. E o direito se manifesta e se exprime através da linguagem, configurando clássico objeto cultural, como lecionara Husserl²³², em vista de sua existência empírica e de sua carga valorativa, que, per si, já dificulta o distanciamento e a neutralidade do sujeito. A isso se somam, com notável agravamento, as imprecisões linguísticas.

É inegável a íntima relação existente entre direito e linguagem. Não se quer, com isso, assimilar esses dois planos, reduzindo o direito à linguagem, mas, tão somente, reconhecendo que a corporificação do direito se perfaz no plano da linguagem²³³, afirmar uma

²³² HUSSERL, Edmund. *A Idéia da Fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa : Edições 70, [19--], p. 112-113. Esse autor divide as regiões ônticas em quatro, conforme os objetos que abranjam, a saber: objetos naturais, culturais, ideais e metafísicos. Os primeiros são ditos reais, têm existência passível de experiência e são neutros em relação ao valor. Os objetos culturais, criados de alguma forma pelo homem, são também reais, dotados de existência passível de experiência, mas se caracterizam por serem valoráveis, justamente na medida dessa construção humana, como bons ou ruins, úteis ou inúteis, justos ou injustos. Os objetos ideais são irrealis, não estão sujeitos propriamente à experiência temporal e sensível, nem estão sujeitos a valoração, a exemplo dos objetos matemáticos. Por fim, os objetos metafísicos também não são sujeitos à experiência, mas são irrigados de valor, como os conceitos deístas.

²³³ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional...*, p. 16. Numa abordagem filosófica acerca da definição de linguagem, Marilena Chauí (CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994, p. 141) a conceitua como sendo “*um sistema de sinais ou signos usados para indicar coisas, para a comunicação entre pessoas e para a expressão de idéias, valores e sentimentos*”. Meticulosa abordagem sobre a relação entre direito e linguagem é feita por Gregório Robbles (ROBBLES, Gregorio. *El Derecho como Texto: cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*. Madrid: Civitas, 1998, p. 41-42). Pondera esse autor, em especial, a associação entre direito, texto e realidade: “*si digo que el derecho es texto, ¿estoy diciendo que no es nada más que texto? Y si digo que detrás del texto hay más cosas (como hombres, intereses, aspiraciones, ideales, bienes, conflictos, decisiones, poderes, sometimientos, vinculaciones...), ¿estoy diciendo que todas esas cosas que están*

relação básica, ainda que não reducionista, entre ambos. Em que pese essa irrefutável relação, o direito não pode ficar adstrito à linguagem, desvinculado da realidade que o cerca, sob pena de se converter em discurso vazio. Utiliza-se, assim, a análise dos elementos linguísticos como relevante aspecto para o estudo do direito e de suas normas, sem, todavia, desprezar os eventos da realidade da vida que se imiscuem nas relações jurídicas; afinal, como já defendeu Miguel Reale²³⁴, em sua Teoria Tridimensional, não há ignorar a inter-relação entre fato, valor e norma (expressa esta última pela linguagem) na elaboração do discurso jurídico.

Em face disso, o direito, como criação humana que se expressa mediante a linguagem, arrisca-se aos perigos desta. Isso porque a linguagem utilizada pelos que lidam com o direito carrega consigo as impropriedades da linguagem natural, essencialmente ambígua. Daí decorre, outrossim, a necessidade inexorável de evidenciar-lhe o sentido técnico buscado, mediante a interpretação, para a aplicação do direito, reconectando-o à realidade social, pela decodificação da linguagem na atividade jurídica.

Em clássica afirmação, defende Aristóteles que somente o homem é um “animal político”, pois somente ele é dotado de linguagem, com que exprima o bom e o mau, o justo e

detrás del texto no pertenecen a él? [...] Cuando decimos que el derecho es texto [...] podemos querer decir, em primer lugar, que el derecho se manifiesta o aparece como texto [...]” (grifo original). De modo semelhante, também Habermas (HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Trad. Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 55) destaca a “*inevitável interpenetração entre linguagem e realidade*”. Quanto à relevância da linguagem como o *medium* em que vive imerso o homem e, por conseguinte, onde transitam os objetos culturais – como o direito – inevitável citar Gadamer (GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio P. Meurer. 7.ed. São Paulo: Vozes, 2005, p. 503-517), sobre a *linguisticidade* (cf. também DAVI, Kaline Ferreira. *A Dimensão Política da Administração Pública: Neoconstitucionalismo, Democracia e Procedimentalização*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2008, p. 123) da experiência humana no mundo, o dinamismo da linguagem em cotejo com a realidade e a necessidade imprescindível de interpretação. Enfático é, também, Richard Palmer (PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 21), ao afirmar que “*a linguagem é o ‘medium’ no qual vivemos, nos movemos e no qual temos nosso ser*”. Outra referência obrigatória, novamente em Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V.I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003), é sua visualização do direito como um sistema de interações sociais e de trocas comunicativas, situado na tensão entre a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força de convicções racionalmente motivadas), procurando acomodar essas forças opostas, e cuja legitimação é alcançada e controlada por meio da linguagem e da razão comunicativa. Idem em JORGE NETO, Nagibe de Mello. op. cit., p. 120-130; e em FRANÇA JÚNIOR, Ivan; AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. Saúde pública e direitos humanos. In. FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (orgs). *Bioética e Saúde Pública*. 2.ed. São Paulo: Loyola-São Camilo, 2003, p. 63-70, p. 65, entre outros. Esse contexto de valorização da linguagem, assinala-o Nagibe de Mello Jorge Neto (op. cit., p. 120-123) como sendo a *reviravolta linguística (linguistic turn)*, iniciada por pensadores como Bertrand Russell, Wittgenstein, Peirce, Gottlob Frege e o próprio Husserl, e fortalecida em Apel e Habermas, confrontando-se, de certa forma, com a hermenêutica alemã de Gadamer e Heidegger, por identificarem, estes, o problema da verdade com o da compreensão, ao passo que Apel e Habermas se focam na intersubjetividade, como uma teoria consensual da verdade (em Habermas) e na necessidade de uma Ética do Discurso que assegure sua racionalidade (em Apel).

²³⁴ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito...*, passim.

o injusto²³⁵. De logo se observa, então, a relevância da linguagem (e da valorização que ela expressa) na vida social do homem, meio em que também floresce o direito.

A relação entre direito e linguagem resta evidente, ainda, ao se verificar que o direito vive na comunicação e se perfaz por força da palavra escrita e oral, bem assim pelos símbolos e ritualísticas diversos da palavra, mas que também compõem as relações de linguagem²³⁶. Em verdade, a distinção entre língua e linguagem²³⁷ está exatamente no fato de que esta supera a língua, alcançando uma série de outros elementos, além do conjunto convencionalizado de símbolos em que se fazem as afirmações.

No direito, a linguagem é não apenas o veículo para expressar o *dever ser* normativo, mas também, em dadas circunstâncias, o meio pelo qual se criam realidades a partir dessas normas, a exemplo do que se vê quando, ao se pronunciarem as palavras rituais, dentro de um contexto próprio, perfaz-se o casamento, ou se faz com que alguém seja levado à prisão. Daí se depreende a força da linguagem, quando utilizada a serviço do direito.

Problema notável, entretanto, é que, a despeito de tal relevância, a linguagem utilizada no direito padece de sérias ambiguidades, que muitas vezes comprometem sua precisão. Isso ocorre porque a linguagem de que se parte é a natural, a qual se buscará converter em uma linguagem técnico-científica, com as dificuldades que daí decorrem.

Em se falando nos tipos de linguagem, tem-se que ela pode ser *natural*, apresentando todas as imprecisões que caracterizam a linguagem cotidiana, ou *artificial* – que pode ser a mesma linguagem natural, porém atribuindo-se a seus signos habituais significados

²³⁵ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 122. Lembrado também por Miguel Reale, no início de sua obra *Fundamentos do Direito* (REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 03).

²³⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 25: o direito como “fenômeno da comunicação”. A Semiótica, ciência que estuda os fatores e eventos da comunicação, é, ainda, alvo de estudos na obra BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional...*, sem falar nas festejadas obras de Robbles e Habermas (citadas acima), entre outras. Habermas é reconhecido teórico do “agir comunicativo”, e Robbles (op. cit., p. 124-126) também apresenta o direito, em dado momento, como um “sistema de comunicação”. Dentro de um sistema comunicacional, apontam-se, ainda, como elementos da linguagem, o emissor, o receptor, a mensagem, o canal e o código (GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 19). A Semiótica é apresentada, assim, como uma teoria geral dos signos, estudando os “elementos representativos en el proceso de comunicación” (idem, p. 23).

²³⁷ Acerca dessa distinção, cf. BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão. *Revista do Magistrado*, Salvador, v. II, p. 06-09, 2005, p.08. Também em GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit, p. 24, a partir das lições clássicas de Ferdinand de Saussure, verifica-se a identificação da língua como sendo “el sistema de signos (y de reglas para su uso) que sirve a una comunidad lingüística”. Já Alf Ross (*Direito e Justiça...*, p. 139-140) esclarece preferir falar em um sistema de *símbolos*, em lugar de *signos*, ao se referir à linguagem, por entender que os signos guardam liame natural com o significado, ao passo que os símbolos, de criação artificial, são significantes de ligação convencional com o significado. Seguindo outros autores citados, não se usará aqui tal distinção.

restritos e definições precisas, reduzindo-a em seu conteúdo semântico, num determinado processo comunicativo.

A *linguagem artificial*, então, subdivide-se em uma linguagem *técnica* (em que se atribuem significados restritos aos signos da linguagem natural, com fins de exprimir de forma precisa conceitos científicos típicos daquele setor de conhecimento, ainda que não se utilizem símbolos privativos para tal ramo da ciência; trata-se de uma “*linguagem natural com termos técnicos*”²³⁸) e em uma linguagem *formal* (pela qual se adentra o campo das formas lógicas, o que ocorre, por exemplo, com a matemática, que utiliza uma linguagem com simbologia própria, diversa da linguagem natural)²³⁹.

Citando a lógica positivista, Marilena Chauí²⁴⁰ vê apenas a divisão em linguagem *natural e formal* (definida esta como sendo a linguagem construída a partir de princípios e regras determinados, para descrever um tipo específico de objeto: o objeto científico). Associa-as, respectivamente, a uma *linguagem simbólica cultural* e a uma *linguagem simbólica lógico-científica*, a qual utiliza símbolos sempre denotativos, no que difere daquela. A linguagem lógico-científica é, nessa visão, uma *metalinguagem*, vez que se destina a falar de outro discurso. A mesma autora reitera, em outro momento, uma distinção entre linguagem *natural* (usada no cotidiano, impregnada de elementos afetivos, volitivos, perceptivos, imaginativos, conotativos; polissêmica, confusa e imprecisa) e linguagem *lógica* (entendida como uma linguagem purificada, formalizada, com símbolos próprios e específicos, a exemplo da matemática).

O recurso a tais linguagens formalizadas se deve, então, ao fato de que a linguagem comum não tem a univocidade necessária à adequada compreensão dos objetos científicos, requerendo todo um detalhamento²⁴¹, a fim de permitir sua compreensão ideal, o que aproxima a linguagem natural, dessa forma utilizada, de uma linguagem técnica, sem que se precise recorrer necessariamente à formalização, no intuito de obter a necessária precisão linguística.

²³⁸ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit., p. 20-22. Já a linguagem dita *científica* é uma linguagem técnica mais rigorosa, fruto de um tratamento específico pelo investigador, submetida a um método específico e a critérios axiomáticos, que dão rigor à comunicação.

²³⁹ Exemplo de formalização da linguagem para falar do Direito encontra-se na obra de Alf Ross (ROSS, Alf. *Lógica das normas*. Madrid: Tecnos, 1971).

²⁴⁰ Cf. CHAUI, Marilena. op. cit., p. 143, 197-198.

²⁴¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 94) fala em uma *construção conceitual*, contendo elementos descritivos e avaliativos, como se vê na elaboração de um tipo penal. Para ser científico, portanto, o jurista não precisa de uma linguagem artificial formal, pela qual se entra no universo das formas lógicas, mas ele deve ser rigoroso utilizando a linguagem técnica, cujos significados restritos favorecerão a segurança jurídica mediante uma convenção semântica institucional entre os comunicadores. No mesmo sentido: BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão...*, p. 17-20.

As relações de linguagem, por seu turno, compreendem três categorias básicas, em que podem ser situadas as funções da linguagem, a saber: a semântica, a sintaxe e a pragmática.

Por *semântica* entenda-se a relação do signo com o objeto que ele indica; a *sintaxe*, por sua vez, equivale à relação dos signos entre si; e a *pragmática*, afinal, à relação entre o signo e o sujeito que o utiliza, ou seja: "*o que se quer dizer*". A comunicação humana depende do emprego adequado dessas relações, a fim de que a mensagem não se perca no trajeto emissor-receptor-emissor²⁴².

Nesse intuito, particular função cabe à pragmática²⁴³. Para exercer seu mister, a pragmática, como mencionado supra, faz uso de símbolos vários, além da língua. Assim é que, no âmbito do direito, a força da norma está não apenas nas palavras utilizadas, mas – também e, por vezes, sobretudo – na solenidade das vestes talares, na impostação da voz, no ambiente especialmente preparado, entre outros elementos que, juntamente com as palavras proferidas, ensinam a compreensão da mensagem²⁴⁴.

²⁴² Acerca da dinâmica da comunicação, destaca-se, na doutrina pátria, a obra de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000). Também acerca das relações de linguagem, cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 94-95; BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional...*, p. 17, e, do mesmo autor, *Teoria da decisão...*, p.08. Abordagem semiótica similar é encontrada em GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit, p. 30-33; 65-66. Classificação distinta, mas não inconciliável, das funções da linguagem é feita por BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 78-81, também mencionada por MEIRELES, Ana Cristina. *A eficácia dos direitos sociais...*, p. 111-112, falando em função *descritiva*, própria da linguagem científica, consistindo em transmitir o saber e informar acerca de dado objeto; função *expressiva*, de aplicação literária e poética, evocando sentimentos; e função *prescritiva*, visando a influenciar o comportamento alheio, como se verifica na linguagem normativa. Assinala o autor que esses tipos de linguagem aparecem muitas vezes associados, inclusive como mecanismo de reforço à linguagem prescritiva. Isso se observa, por exemplo, no caráter pragmático e simbólico de que se reveste o discurso jurídico, como se observará ao longo desse capítulo, sem que deva o aspecto expressivo, simbólico e emocional superar ou descaracterizar a força prescritiva da norma.

²⁴³ Sobre o tema, em lição inolvidável acerca da relevância da pragmática no contato com a realidade, Habermas (*A Ética da Discussão e a Questão da Verdade...*, p. 52-55) tece crítica a Heidegger e a outros teóricos da área, aduzindo que esses autores e outros que os precederam cometem "*a mesma falácia abstrativa: desconsideram aspectos pragmáticos do diálogo*". Em outro momento (HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65-67), esse autor volta a enfatizar a relação entre os falantes como aspecto imprescindível da comunicação: "*eu descrevo os proferimentos lingüísticos como atos através dos quais um falante gostaria de chegar a um entendimento com um outro falante sobre algo no mundo [...]. O componente ilocucionário determina o sentido de aplicação do que é dito, através de uma espécie de comentário pragmático*". Também Santo Agostinho (AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003) dedica seu texto *De Magistro* à questão da linguagem, destacando a relevância desta na docência – utilização que considera prioritária – e a importância da pragmática, ao afirmar que as coisas não se apreendem somente por palavras.

²⁴⁴ Nessa linha, Silva Sánchez (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 147) chama a atenção para a capacidade simbólico-comunicativa própria do direito, veiculada pela sua austeridade ritualística, cujo exemplo mais vigoroso se pode observar no Direito Penal.

Dentro do contexto da pragmática, cumpre destacar a função simbólica da linguagem no direito. Tomando a própria palavra “direito”, Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁴⁵ observa que ela tem toda uma carga emotiva, devendo inspirar reverência, respeito e mesmo temor. Também as expressões escolhidas pelo legislador têm funções simbólicas, a auxiliarem pragmaticamente na confirmação²⁴⁶ da mensagem normativa. Isso será de particular relevância quando se analisar a eficácia esperada para os chamados direitos sociais, que trazem em si toda a carga simbólica da expressão.

É conhecida, ainda, a tese da constitucionalização simbólica²⁴⁷, segundo a qual muitas das normas inseridas na Constituição têm uma função de mera justificação ou estímulo, a fim de apascentar as expectativas sociais, angariando o apoio da sociedade. Esse papel é muitas vezes associado em particular às normas de direitos sociais e às normas programáticas em geral, o que não pode significar, porém, que sua inserção na Carta Maior de um país se faça com o objetivo exclusivo de iludir, esvaziando, com isso, a própria força constitucional²⁴⁸.

A função simbólica da linguagem se verifica, ainda, no seu uso para expressão de uma ideologia fundamentadora, que, ao lado da argumentação, culmina por sublimar a força e diminuir a carga emocional da presença da violência do direito, a qual passa a se apresentar no sentido simbólico de ameaça²⁴⁹.

É de se notar que, conquanto o legislador, nem sempre jurista por formação, não tenha compromisso com a precisão técnica da linguagem utilizada, há de se ter em mente a necessidade de se convencionarem significados, a fim de favorecer uma univocidade no

²⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 37-38. Também sobre a carga emotiva das palavras, cf. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22 et seq.

²⁴⁶ A confirmação é a captação e compreensão da mensagem – no caso, a norma jurídica – passando o receptor a portar-se de algum modo perante ela, em resposta a ela. A desconfirmação – fracasso do intuito comunicativo – consiste na incompreensão do objeto, impossibilitando ao receptor posicionar-se acerca do conteúdo da mensagem, seja aceitando-o (concordando com a mensagem), seja rejeitando-o (posição de discordância, mas que também é forma de reconhecimento). A respeito, cf. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional...*, p.19. Acerca da interrupção da comunicação como causa de conflitos, cf. também. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica...*, p. 39-42 e, do mesmo autor, *A ciência do direito...*, p. 90.

²⁴⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁴⁸ Sobre a função simbólica e as normas programáticas, bem assim sobre a força normativa da Constituição, cf. respectivamente itens 3.2.2 e 3.3.2 infra.

²⁴⁹ Sobre o papel da argumentação e da ideologia na contemporização da carga coercitiva do poder que subsidia o Direito, cf. CASANOVA, Gonzalez, loc. cit.; ALEXYS, Robert. *Teoria da Argumentação...*; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito...*; PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, entre outros. Ainda sobre os efeitos emotivos e a função ideológica da linguagem, cf. GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit., p. 73-78. A autora também já tratou do tema no artigo VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. Da Relação entre Poder e Direito na Gênese do Fenômeno Jurídico. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, Salvador, v. 7, p. 125-142, 2008.

entendimento da mensagem²⁵⁰. Aí reside, também, a função da pragmática, para assegurar a compreensão e a imperatividade da norma.

Ressalte-se que uma das grandes dificuldades em captar a imperatividade da norma jurídica decorre exatamente do fato de que se torna necessário converter o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵¹ chama de uma *linguagem analógica* – que envolve mímica, solenidades, aparatos, demonstrações de força e diz respeito às valorações ideológicas do discurso normativo – e tentar traduzi-la numa linguagem dita *digital*, isenta de tais recursos. Ela será expressa, então, mediante *ritualizações*, representados, no direito, pelo uso de fórmulas normativas e palavras técnicas, por exemplo, que ampliam ou diminuem o âmbito das possibilidades interpretativas, como costuma ocorrer nas redações preambulares²⁵².

²⁵⁰ Segundo Reinaldo de Souza Couto Filho (COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. Considerações sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal em Relação às Dívidas Condominiais. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, n. 9, p. 355-366, jan/dez 2001, p. 361), com propriedade, "A linguagem é um instrumento indispensável ao Direito, mas a linguagem natural que serve como elo de ligação inicial de comunicação deve, em alguns momentos, ceder lugar à linguagem técnica que tem como um de seus escopos precisar, através do estudo do signifiante, o significado para evitar a polissemia. O legislador utiliza, por vezes, a linguagem natural quando deveria usar a linguagem técnica, ignorando que certas expressões lingüísticas que têm significados específicos na linguagem técnica do Direito não podem ser empregados com base na sua definição elencada pela linguagem natural". Também Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 31) já se preocupava com as dificuldades de linguagem decorrentes da não compreensão, pelos cidadãos, da linguagem dos sábios. Sobre as dificuldades da linguagem natural e da linguagem jurídica, cf., ainda, CARRIÓ, Genaro. op. cit., p. 17-55.

²⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica...*, p. 132-135. Nessa obra, uma das poucas na doutrina pátria que tratam da questão da linguagem no âmbito do direito, o autor recorda, ainda, dois aspectos da linguagem normativa, quais sejam: o relato e o cometimento, em que aquele se refere ao conteúdo da mensagem, a informação em si, e este se reporta à maneira como deve ser recebida/entendida esta mensagem, tendo caráter metacomunicacional, portanto (op. cit., p. 31-32). O cometimento é dado pela força de um terceiro comunicador, que pode ser a norma em si, o julgador etc. Lembra o autor que, em regra, o cometimento é não verbal, fazendo parte do aspecto pragmático da relação (p. 49).

²⁵² Sobre a eficácia do preâmbulo constitucional, há divergências na doutrina e na jurisprudência. Três teses principais se levantam quanto ao tema (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 239. Cf. também MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., p. 98): numa delas, o preâmbulo – apresentado por Manoel Jorge e Silva Neto (op. cit., p. 145-146) como a "*síntese do que se propõe a realizar o Estado*" – contaria com eficácia idêntica a qualquer preceito constitucional. Outra corrente, em sentido diametralmente oposto, defende a irrelevância jurídica do preâmbulo, o qual pertenceria ao campo da política. A terceira, por fim, sustenta a relevância jurídica específica ou indireta, segundo a qual "*o preâmbulo porta características jurídicas, estando, assim, vinculado ao bloco de constitucionalidade; contudo, tais caracteres são específicos e não podem ser confundidos com os demais articulados*" (idem, *ibidem*). O STF, por seu turno, já se posicionou no sentido de que os dispositivos preambulares não são de reprodução obrigatória nas constituições dos estados, por não serem normas centrais da Constituição, não tendo força normativa (ADIN n.º 2.076-5/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.08.2003) e, por conseguinte, não sendo possível alegar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, em face do preâmbulo. Inegável, contudo, reconhecer, quando menos, a função de parâmetro hermenêutico das normas preambulares, a nortear a atividade do intérprete e a indicar a unidade de sentido que caracteriza a Carta Maior.

Também nesse contexto é possível localizar a *tópica*²⁵³, ao buscar, mediante o uso de argumentos com pretensão de validade geral, angariar a confirmação da mensagem pelo(s) receptor(es). Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵⁴ chega a considerar que, das relações emissor-receptor e vice-versa, surgem os *topoi* ou *lugares comuns*: fórmulas que orientam a argumentação, num jogo de estratégias. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, no decurso da discussão – como “fins sociais”, “bem comum”, “imparcialidade do juiz”, “interesse”, “boa-fé”, “presunção de inocência”, entre outros – que também serão utilizadas quando da interpretação, como etapa de decodificação e clarificação da mensagem.

As funções semióticas representadas pelas relações de linguagem ora descritas também repercutem na atividade interpretativa, na medida em que a técnica de interpretação utilizada pode priorizar uma ou outra relação. Assim é que, por exemplo, o método gramatical prioriza a sintaxe, enquanto o método teleológico atenta para a pragmática envolvida na elaboração e aplicação normativas, sem que, com isso, devam ser deixadas de lado as demais funções. O ideal, com efeito, é o equilíbrio, intentando-se alcançar e satisfazer, ao interpretar, as três funções simultaneamente, de sorte a prover a norma da maior efetividade possível.

Falar em função pragmática²⁵⁵ da linguagem remete, ainda, ao sentido comum da expressão *pragmático*, que também subsidia seu sentido técnico, a saber:

pragmático: [Do gr. *pragmatikós*, ‘relativo aos atos que se devem praticar’, pelo lat. *pragmaticu*.] Adjetivo. 1. Referente ou conforme à pragmática. 2. Relativo ao pragmatismo; pragmatista. 3. Suscetível de aplicações práticas; voltado para a ação: *medidas pragmáticas*. ~ V. *competência* —a.²⁵⁶ (grifos no original)

²⁵³ Sobre a *tópica*, cf. VIEHWEG, Teodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. O pensamento *tópico* é, contudo, objeto de críticas contumazes, justamente porque, ao partir do problema para a norma, e na busca de uma acomodação consensual mediante pontos de vista comuns (*topoi*), arrisca-se a perder o foco principal e sacrificar a própria unidade e coerência constitucionais, além de enfraquecer as normas constitucionais, ao torná-las meros *topoi*. Nesse sentido pondera Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2007). J. J. Gomes Canotilho (loc. cit.) aponta, ainda, o casuísmo a que se arrisca o intérprete, ao partir do problema para a norma, em lugar do inverso, donde também conclui Canaris (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2.ed. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 250) que a só orientação pelo problema culmina por não produzir, em termos teórico-científicos, nenhum critério de decisão sistematicamente utilizável.

²⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica...*, p. 22-23.

²⁵⁵ Originalmente: “*pragmática*: [F. subst. do adj. pragmático.] Substantivo feminino. 1. Conjunto de regras ou fórmulas para as cerimônias da corte ou da Igreja. 2. P. ext. O conjunto das normas formais e rigorosas da etiqueta. 3. E. Ling. Estudo dos fatores contextuais que determinam os usos lingüísticos nas situações de comunicação. 4. Semiologia. Ramo da Semiologia que se interessa especificamente pela relação entre o signo e o usuário deste”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004. v. pragmática)

²⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit., v. pragmático.

Nesse contexto, pensar a linguagem de uma forma pragmática significa dar-lhe aplicação prática, utilizá-la de maneira que ela indique de fato os atos a serem praticados, dar-lhe utilidade na vida cotidiana, sem, com isso, recair num utilitarismo tecnicista²⁵⁷. Sem dúvida, o discurso jurídico há de atender aos dois sentidos: comum e semiótico. Não basta frisar seu caráter semiótico, comunicativo, intersubjetivo, sua relação com seus utentes, se não se relacionar seu conteúdo com as necessidades práticas da realidade. A interpretação que se dará ao texto jurídico há de buscar sempre privilegiar sua inserção no mundo real, não se podendo ater à atuação simbólica de paliativo social, sem planos efetivos de se concretizar no plano fático. Do contrário, haveria ofensa à própria função pragmática – aqui no sentido semiótico – na medida em que passa a existir uma disparidade de significações entre os utentes da linguagem, quando o emissor-legislador pretende, com sua mensagem, apenas o apaziguamento social, sem o intuito franco de cumprir as promessas normativas. De outro lado, o receptor da mensagem constitucional acredita que os referidos dispositivos verdadeiramente lhe conferem direitos, comprometendo-se aí, portanto, o sistema comunicativo em questão.

Em busca de parâmetros metodológicos para a utilização pragmática da linguagem no âmbito jurídico, Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁵⁸ dedicou todo o capítulo I de sua obra *Teoria da Norma* ao que ele chama de *modelo de pragmática*. Inicia, assim, por explicar a *pragmática linguística* e o desafio em que consiste realizar uma pragmática da comunicação jurídico-normativa, quando a própria noção de pragmática ainda é imprecisa, implicando contribuição de diversos ramos do saber (teorias filosóficas da linguagem, da comunicação, da psicologia, da retórica, entre outras) e faltando-lhe o delineamento definitivo, no tocante a instrumentos metodológicos.

O autor sustenta que, no intuito de propor modelos próprios referentes à pragmática, encontram-se trabalhos que classificam a análise pragmática em três tipos básicos, a saber: *a teoria do uso de sinais*, a pragmática como *linguística do diálogo* e como *teoria da ação locucionária*. Ele mesmo se propõe a apresentar um modelo de sentido meramente operacional, tendo em vista a investigação do discurso normativo, a se enquadrar numa espécie de *linguística do diálogo* (em que se destaca a distinção entre *langue e*

²⁵⁷ Sobre a crítica a um pragmatismo filosófico de verve utilitarista, que despreze parâmetros éticos e humanistas, notadamente no âmbito da linguagem referente aos direitos sociais, cf. GALDINO, Flávio. op. cit., p. 340 et seq.

²⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma...*, p. 01-12.

*parole*²⁵⁹), mais do que numa teoria do uso dos sinais. A esse propósito, inclusive, o autor é enfático em discordar da vertente que enxerga a pragmática no contexto de uma mera teoria dos sinais, por entender que isso resume a pragmática a uma das relações semióticas, ignorando o fenômeno do diálogo, o papel do destinatário e da convenção dos signos pelas partes, donde sua preferência pela ótica pragmática.

O modelo proposto pelo professor paulista também remete à terceira vertente apontada – a *teoria da ação locucionária* – ao aproximar a pragmática da teoria do ato de falar, como forma de ação social, aqui unindo, propositalmente, as noções de diálogo e de discurso. Esse modelo se ocupa, então, primordialmente, dos *aspectos comportamentais da relação discursiva; o ato de falar enquanto relação entre emissor e receptor, mediada por signos linguísticos*.

Por fim, entende Ferraz Júnior²⁶⁰ que a relação entre direito e linguagem pode ser vista de três formas: o reconhecimento de uma *linguagem do direito* (distinguindo língua e discurso), a consideração de um *direito da linguagem* (a linguagem como objeto das disciplinas jurídicas) e uma percepção do direito *enquanto linguagem* (assimilando-os, de modo a entender que, em suas atividades, o jurista não transcende os limites da língua). O autor assume uma posição intermediária, alegando aproximar-se mais da primeira opção, embora aceite, quanto à segunda, que o direito disciplina a linguagem como material de trabalho, e, quanto à terceira, que o fenômeno jurídico tem basicamente um sentido comunicacional, sendo, por condição de existência, *formulável numa linguagem*, sob o postulado da alteridade, sem que, entretanto, deva com o seu meio linguístico se confundir. Dentro desse contexto, conclui, no que tange às normas jurídicas, que elas são fatos linguísticos, ainda que não exclusivamente linguagem.

No que tange aos *níveis de linguagem* na esfera jurídica, tem-se que, no âmbito da comunicação, ela pode ser de dois níveis, a saber: a linguagem pode atuar como *linguagem-objeto* (da qual se fala) ou como *metalinguagem*, uma segunda linguagem, que versa sobre a primeira, ao interpretar e falar daquela linguagem-objeto – buscando, por exemplo, estipular os significados dos signos utilizados na norma – ou ao aplicá-la, como ocorre na decisão

²⁵⁹ Acerca dessa distinção, afirma Ross (*Lógica das normas...*, p. 11-17), com fulcro em Saussure, que a *langue* equivale ao sistema linguístico mesmo, suas regras, a língua como veículo – um fenômeno social, portanto, e base para a *parole*, a qual, por seu turno, é descrita como *o ato concreto da linguagem*, atualizado o discurso por um habitante, em um dado momento, como fenômeno individual. Idem (traduzindo-se *parole* por *habla*, é dizer, fala) em GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit., p. 24.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*.

judicial. Dada sua função aclaratória, a metalinguagem deve ser mais técnica que a linguagem-objeto da qual fala²⁶¹.

O nível da linguagem permite inferir, ainda, os tipos de discurso desenvolvidos, que, no âmbito do Direito, podem ser: o discurso prescritivo, o discurso doutrinário ou o discurso jurisdicional²⁶².

O discurso prescritivo é a linguagem-objeto do Direito por excelência²⁶³, na medida em que prescreve condutas, servindo de base para a aplicação do direito. Cumpre destacar aqui a lição de Miguel Reale²⁶⁴, que, ao falar nos modelos, como estruturas normativas da experiência jurídica, divide-os em modelos jurídicos, “*dotados de força prescritiva*”, e modelos dogmáticos, “*dotados de força indicativa ou persuasiva, representando uma metalinguagem em relação aos modelos jurídicos*”.

Nesse diapasão, já se permite distinguir, de logo, também o discurso doutrinário, metalinguagem típica, vez que consistente em modelos teóricos elaborados pela doutrina para compreensão dos modelos jurídicos, não sendo dotados, per si, de poder de obrigar, ainda que, na prática, possam levar os tribunais a decidir em certo sentido e influenciar o Legislativo, dada sua força persuasiva²⁶⁵.

²⁶¹ Nesse sentido, entre outros, BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão..., p. 08; GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. op. cit., p. 26.

²⁶² Ainda quanto aos tipos de discurso, à parte da classificação aqui mencionada, nota-se a existência de outros modos de discurso, mencionados na doutrina, que, todavia, não serão objeto do presente resumo, a exemplo da classificação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Teoria da norma...*, p. 26-31), quanto à fundamentação, em discurso *homológico* ou discurso-com (que atende a uma estratégia de *convencimento*, baseando-se na convicção) e discurso *heterológico* ou discurso-contrário (em que eventual consenso entre as partes está baseado na *persuasão* – sentimento que se funda no interesse, em procedimentos de controle de opinião, já que orador e ouvinte são aqui partidários de suas próprias opiniões, que configuram alternativas incompatíveis, estando o objeto do discurso em conflito. Não se busca convencionar, mas *conquistar* um do outro o sentido mais favorável). Esse autor fala, outrossim, no mesmo momento, numa classificação quanto às propriedades pragmáticas fundamentais do discurso, dividindo-o em discurso *digital e analógico*, esclarecendo que as comunicações verbais são basicamente digitais (denotativas), enquanto o modo analógico, segundo alguns autores, seria um *paradiscurso*, conotativo e de difícil generalização, recorrendo-se às ritualizações, como referido acima. Alf Ross (*Lógica das normas...*, p. 11-17), por seu turno, também apresenta distinção outra, entre discursos *teóricos* (que incluem asserções e enunciados declarativos) e discursos *práticos* (que envolvem imperativos, valorações e expressões normativas). Ross fala, outrossim, em discursos *indicativo e diretivo*, por muitos apontados como sinônimos, respectivamente, de *teórico* e de *descritivo, prático e prescritivo*. O autor discorda dessa equiparação, exemplificando com a situação de petições amistosas, conselhos, perguntas etc., para o que são inadequadas essas expressões. O que Ross chama de discursos *descritivo e prescritivo* é por alguns associado a *juízos de ser* (juízos com *é*) e *juízos de dever ser* (juízos com *deve ser*), cuja distinção é linguística, mais que apenas gramatical, na medida em que necessita, primeiramente, da própria distinção entre linguagem e discurso (*langue e parole*).

²⁶³ Ratificando esse dado, cf. ROBBLES, Gregorio. op. cit., p. 55, 92, 137. É de observar, ainda, nesse ponto, que fica aqui bem clara a utilização que se vem buscando fazer, ao longo do capítulo, das expressões *Direito e direito*, para indicar, aquela, a ciência, e esta, o conteúdo ou objeto.

²⁶⁴ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXVIII. Cf. também BRITO, Edvaldo. Teoria da decisão..., p. 08. E, a respeito do detalhamento dos modelos, REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

²⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito...*, p. 351.

Resta, então, o discurso jurisdicional, que, de regra, também adota a metalinguagem, na medida em que “fala” da norma oriunda da fonte legislativa, no sistema continental europeu, aplicando-a ao caso concreto²⁶⁶. Mas o próprio discurso jurisdicional pode ser linguagem-objeto, quando analisado em seu caráter prescritivo – já que dita norma também – ou quando é citado como precedente jurisprudencial. De fato, não há aplicar a norma sem interpretá-la e, assim, analisar a norma interpretada, sob a forma de metalinguagem, de modo a lhe conferir, muitas vezes por essa via, a necessária efetividade.

3.2 Aplicabilidade, eficácia e efetividade das normas constitucionais

A saúde, como direito social que é, divide os estudiosos em dois grupos principais, no que tange a sua aplicabilidade e a sua eficácia. De um lado, estão aqueles que defendem a eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas referentes à saúde, por se tratar de direito fundamental, nos termos do artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Constituição Federal de 1988, não podendo direito de tal monta ficar refém do legislador infraconstitucional para ser ou não implementado. Para outros, há de se levar em particular conta a natureza e o custo, vistos como caracterizadores e diferenciadores dos direitos ditos sociais, bem assim a redação sob a qual foram inseridos na Carta Magna. Tais elementos fariam deles normas programáticas típicas, às quais se atribuiria a condição de normas de aplicabilidade mediata e de eficácia limitada, porquanto naturalmente dependentes da regulamentação pelo legislador infraconstitucional para serem materialmente cumpridas.

Para melhor situar essa discussão, é mister, primeiramente, esclarecer os termos que lhe são pertinentes, notadamente em relação à aplicabilidade, à eficácia, à efetividade e à definição e alcance das chamadas normas programáticas, bem como o peso representado por esses elementos na interpretação do direito fundamental à saúde.

²⁶⁶ Assinale-se que, conquanto geralmente cada tipo de discurso esteja, de regra, associado a um nível específico de linguagem, não é incomum verificar a existência, *verbi gratia*, de normas legais (geralmente discursos prescritivos e linguagem-objeto típica) que esclarecem outras normas, funcionando, portanto, como metalinguagem. A decisão judicial, por outro lado, conquanto habitualmente apareça como metalinguagem, pode servir de linguagem-objeto, quando é alvo de embargos de declaração, por exemplo, ou quando serve de precedente para outras decisões. Aqui se destinge, inclusive, a interpretação autêntica – metalinguagem normativa, dotada de coercitividade – da interpretação doutrinária, que, sendo modelo dogmático, não detentor de força de obrigar, é também metalinguagem, mas apenas apresenta força persuasiva, não sendo de observância inexorável pelo aplicador do direito. A noção de interpretação autêntica, todavia, tem para Kelsen significado distinto. O doutrinador austríaco denomina interpretação autêntica aquela efetuada pelo julgador, porquanto dotada de força criadora coercitiva (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-395).

As noções de aplicabilidade, eficácia e efetividade têm sido objeto – se não principal, mas relevante – de numerosos estudos na área de Direito Constitucional, não raro associados justamente à definição e à concretização dos direitos sociais.

Sinteticamente, a *aplicabilidade* tem sido definida como a possibilidade de uso, de aplicação da norma ao caso concreto²⁶⁷, a “*qualidade que uma norma tem de incidir*”²⁶⁸, sua potencialidade para produção de resultados, de efeitos jurídicos, razão pela qual José Afonso da Silva²⁶⁹ a associa à *eficácia jurídica*.

Como condições de aplicabilidade, por seu turno, esse autor apontou a vigência, a validade e a eficácia²⁷⁰. Tais expressões não alcançaram ainda consenso semântico, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet²⁷¹, variando em sua definição, sutil ou drasticamente, de autor a autor.

Numa tentativa de agrupar as definições mais próximas, pode-se tomar a *vigência* como indicando “*a qualidade que faz uma norma existir juridicamente e que a dota de observância obrigatória*”²⁷², “*que a faz exigível sob certas condições*”²⁷³, “*é a qualidade da norma que se encontra apta ao desencadeamento de efeitos no que tange ao espaço e no que toca ao tempo delimitados pela própria ordenação*”²⁷⁴. Isso ocorre, no aspecto técnico-formal, quando a norma foi regularmente promulgada e publicada, começando a vigorar (é dizer: a ter imperatividade, força vinculante) em data determinada.

Em face disso, a ideia de vigência acha-se frequentemente confundida com a de validade e mesmo com a de existência da norma²⁷⁵. Aduz José Afonso da Silva²⁷⁶ que o

²⁶⁷ Cf., por todos, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

²⁶⁸ BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional...*, p. 57. Também Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais*. In: *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 14-15) tratou do tema, lecionado que “*aplicar a norma significa pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos)*. A aplicabilidade exige assim interpretação”.

²⁶⁹ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 66.

²⁷⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 51 et seq.; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões...*, p. 76. Já Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000, p. 79 et seq.) prefere falar em existência, validade e eficácia. Define a existência como a manifestação do ato no mundo dos fatos, mediante a presença de seus elementos constitutivos, como causa eficiente para sua incidência. A validade é definida como a constatação de que os referidos elementos foram preenchidos de forma adequada, notadamente quanto ao agente, forma e objeto. E a eficácia é conceituada como sendo a aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que são próprias à norma, a idoneidade para atingir a finalidade para a qual o ato foi gerado.

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 246.

²⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões...*, p. 76-77, seguindo definição de José Afonso da Silva (op. cit., p. 52)

²⁷³ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 52.

²⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 121.

²⁷⁵ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang (op. cit., p. 247), que segue também a definição de José Afonso da Silva para vigência, verbera: “*Neste contexto, optamos por identificar a noção de existência da norma com a de*

próprio texto da Teoria Pura do Direito de Kelsen favorece essa mescla, já que, no mesmo sentido ora apontado para a vigência, fala Kelsen em validade (no original em alemão *Geltung* – valor, algo que vale – traduzido para o francês como *validité*).

Para o professor brasileiro, entretanto, a *validade* se equipara à legitimidade, já que as normas jurídicas serão válidas ou terão legitimidade – na esteira do ensinamento kelseniano – segundo um princípio de compatibilidade vertical, é dizer, quando “*se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição*”²⁷⁷.

No caso das normas constitucionais, entretanto – e entre elas as normas de direitos fundamentais –, já dotadas de supremacia, há divergências sobre seus critérios de validação/legitimação. O autor cita, *verbi gratia*, o pensamento de Lassalle²⁷⁸, para o qual, para ser legítima, a constituição deve estar em consonância com os *fatores reais de poder* que grassam no seio da sociedade. A teoria de Lassalle foi fortemente rechaçada por Konrad Hesse²⁷⁹, ao fundamento de que despia a Constituição de força normativa própria, tornando-a mero espelho das forças políticas vigentes, numa espécie de “determinismo sociológico”.

Menciona-se, também, como fonte de validação e legitimação constitucional, a ideia de uma *norma fundamental hipotética*, esposada por Kelsen²⁸⁰, de onde emanaria a validade e a legitimidade da norma constitucional suprema. Essa proposta é refutada, entre outros motivos, “*exatamente porque repele a interferência do poder na fundamentação da legitimidade das normas constitucionais*”²⁸¹, aparentemente negando qualquer influência dos aspectos reais na esfera da legitimação normativa.

Em que pese o esmero desses ponderados argumentos, há de se divergir em um ponto inicial específico: a equiparação então observada entre validade e legitimidade normativa. Tal equivalência somente se justifica dentro de um pensamento fortemente positivista ou, talvez, luhmaniano, de ênfase procedimental, em que a legitimidade decorra naturalmente da formalização adequada. Particularmente, sugere-se que a validade relaciona-

sua vigência”. Pondera, contudo, que “*esta (a vigência) necessariamente não se confunde com a validade (conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento no que concerne à produção da norma), já que – e nisto assiste razão a Luís R. Barroso –, independentemente de sua validade, a norma pode ter entrado em vigor e, neste sentido, ter integrado a ordem jurídica (ter existido).*”

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 52.

²⁷⁷ Idem, ibidem, p. 55.

²⁷⁸ Cf. LASSALLE, Ferdinand. loc. cit.

²⁷⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

²⁸⁰ Cf. KELSEN, Hans. loc. cit.

²⁸¹ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 57. Para evitar isso, defende Dirley da Cunha Júnior (loc. cit.) que a legitimidade das normas constitucionais advém do próprio Poder Constituinte. A proposta adotada no presente trabalho, contudo, é que essa legitimação é indireta, já que se há de verificar também o conteúdo das normas e a legitimidade do próprio Poder Constituinte, a respaldá-la. A validade, portanto, advém do Poder Constituinte, mas a legitimidade, se diferenciados os dois conceitos, tem fundamento anterior.

se, de fato, com a compatibilização vertical, tanto formal quanto material²⁸²; a legitimidade, contudo, é bem mais profunda, casando-se com a fundamentação da norma e aproximando-se dos aspectos axiológicos, éticos e morais, para além de sua justificação procedimental ou exclusivamente hierárquica.

González Casanova²⁸³ diz chamar-se legitimidade à capacidade de um poder de construir e manter a crença de que quem o exerce tem direito a fazê-lo. Para outros autores, a legitimidade advém do consenso e da correspondência entre o desejo coletivo, politicamente manifestado pela sociedade, e as finalidades do Estado, positivamente inseridas na Constituição²⁸⁴. Trata-se, portanto, de aspecto bem mais sutil do que a apuração da

²⁸² Nesse sentido, cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. op. cit., p. 121, entende que a validade remete ao atendimento dos requisitos objetivo (referente à observância do processo legislativo); subjetivo (relativo à competência para sua expedição) e material (tocante à adequação do conteúdo às normas constitucionais) de elaboração das normas. Acrescente-se que, no caso das normas constitucionais originárias, o requisito subjetivo diz respeito ao Poder Constituinte Originário. O requisito objetivo, ainda quando se considere habitualmente o Poder Constituinte Originário como incondicionado, atende ao que Canotilho (op. cit., p. 77) denomina de fase ou decisões pré-constituintes, em que se estipulam “proto-regras” a serem seguidas no procedimento constituinte, respaldadas pelo próprio Poder Constituinte Originário, cuja legitimidade – que, portanto, antecede a validade – advém do consenso, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23-24), Darcy Azambuja (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 26.ed. Rio de Janeiro: Globo, [1987], p. 87-96), Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10.ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 65-70), Carlos Ayres Britto (BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 35) entre outros. Veja-se que uma constituição outorgada pode ser válida, mas será legítima? No que toca ao requisito material, a distinção se torna mais sutil. Primeiramente, a despeito de também se considerar comumente o Poder Constituinte Originário como ilimitado, juristas do escol de Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 87) e Gomes Canotilho (op. cit, p. 81-82; 1064) cada vez mais o consideram ilimitado *pela ordem jurídica interna*, porém preso à vontade de constituição do povo, aos princípios de justiça e de direito internacional, na medida em que não surge num vácuo histórico-cultural, estando sujeito a limites transcendentais (relativos aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a valores éticos consensuais, à consciência jurídica coletiva, à dignidade humana etc.), imanentes (inerentes à configuração física do Estado, a sua marcha histórica, à natureza do Poder Constituinte) e heterônomos (referentes às relações internacionais, ao ordenamento de outros países e à integração na comunidade internacional). De outro lado, embora reconheça a existência de fatores limitantes pré-constitucionais, Canotilho – e essa é, de fato, a posição prevalente – repudia a teoria das normas constitucionais inconstitucionais do alemão Otto Baschoff, como sendo cabível apenas para quem admite um direito suprapositivo vinculativo do legislador constituinte. Como a inconstitucionalidade se relaciona com a invalidade, vê-se aí mais uma razão para distinguir os dois aspectos, na medida em que associada a validade com aspectos mais formais, e a legitimidade com aspectos substanciais não positivados, ainda que sensíveis, nos quais se podem inserir, especialmente, os limites transcendentais. Gerar-se-iam, assim, normas constitucionais dotadas de validade, de exigibilidade, ainda que ilegítimas, visto que discrepantes das pretensões sociais, políticas e culturais da comunidade – como leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et al. Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 15), o qual, todavia, também equipara validade e legitimidade. Em outro momento, no que tange à validade e à legitimidade, define Tércio Sampaio a validade como “*um conceito relacional*” – norma que deriva de norma válida, norma “imunizada”, na expressão do autor. Destaca, entretanto, a importância da legitimidade nesse processo, considerando que “*uma norma vale na medida em que asseguram-se expectativas entre o emissor e o receptor das normas, mesmo contra a fatalidade da desilusão de expectativas*” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988...*, p. 20-22).

²⁸³ CASANOVA, González, op. cit., p. 22-23.

²⁸⁴ Nesse sentido, além dos autores supracitados, SILVA NETO, Manoel Jorge e. op. cit, p. 09; embora tampouco se negue a possibilidade de uso da ideologia para obter e, no dizer de J.J. Calmon de Passos (loc. cit.) “galvanizar” tal consenso.

compatibilização vertical. À validade se opõe a invalidade, mediante a nulidade ou a anulabilidade da norma e sua conseqüente expulsão do ordenamento. Já a ilegitimidade é menos evidente e mais sensível, o que a pode fazer sobreviver, embora não seja de modo algum ideal, a uma avaliação meramente técnica de validade. Os conceitos de validade e de legitimidade, portanto, aproximam-se e até se tocam em dados momentos, mas, segundo a proposta desta tese, não se equiparam perfeitamente.

Nesse contexto, retomando a temática abordada no capítulo anterior deste trabalho, e achegando-se a um pensamento neoconstitucionalista²⁸⁵ no particular, a legitimidade, especialmente no caso dos direitos fundamentais, sugere relacionar-se com a *pretensão de correção* de que fala Alexy²⁸⁶, aproximando a norma da expectativa moral da coletividade a que ela se destina. O neoconstitucionalismo caracteriza-se, a propósito, entre outros aspectos, pelo resgate axiológico, olvidado no processo de depuração positivista. Daí por que a análise de validade – embora a etimologia da expressão remeta a valor, ao que tem valor – aparenta falar mais ao pensamento positivista, na avaliação dos pressupostos de formação técnica da norma (como, aliás, já fizera Kelsen, ao aproximá-la da vigência); ao passo que a legitimidade remete a uma avaliação dos valores mesmos que irrigam a norma.

A *eficácia*, por seu turno, indica a capacidade da norma de produzir efetiva ou potencialmente os efeitos previstos, seja de forma fática, seja técnico-normativa. Para Kelsen²⁸⁷, sem um mínimo de eficácia não há validade. A aptidão técnica da norma para produzir os efeitos visados é dita eficácia jurídica que, como supramencionado, é equiparável por alguns à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade²⁸⁸, ou seja, à possibilidade de aplicação jurídica ao caso concreto.

²⁸⁵ Em contundente crítica à ideia vigente de neoconstitucionalismo – que será objeto de análise mais acurada no item 3.3 infra – Dimitri Dmoulis (DMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e Efetividade Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 43-60) conclui que o neoconstitucionalismo nada mais é que a aproximação entre moral e direito, percebida em autores como Alexy, Dworkin, Zagrebelsky e, talvez, Ferrajoli e Santiago Nino.

²⁸⁶ Cf. item 2.2.1 supra.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...* p. 29 et seq: a eficácia – aqui mais no sentido de eficácia social – como sendo “o fato de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.” Também à p. 268-269, falando-se de validade, e p. 297, sobre a necessidade de um mínimo de eficácia para se assegurar a própria validade.

²⁸⁸ Nesse sentido, além de José Afonso da Silva, referido acima, Marcelo Neves (op. cit., p. 43), que prefere falar, nesse caso, em eficácia jurídico-dogmática. De outro lado, reforçando a confusão semântica, Miguel Reale (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 108) fala em validade formal ou técnico-jurídica, como sinônimo de vigência; validade social, como indicativa da eficácia social ou efetividade; e validade ética, indicando o fundamento (no entender desta tese, a legitimidade, embora o autor associe a “*legitimidade do órgão*” e do procedimento ao processo de validade formal que subsidia a norma).

Para Luís Alberto David Araújo e Vidal Serrano²⁸⁹, a eficácia jurídica tem dois níveis de manifestação, desdobrando-se em *eficácia sintática e semântica*. O nível sintático se refere às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais, enquanto o nível semântico se relaciona com a capacidade da norma de gerar direito subjetivo ao respectivo titular²⁹⁰. A norma constitucional – dizem os autores – quando menos, possui eficácia sintática²⁹¹, gerando inconstitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais com ela incompatíveis, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando atos normativos anteriores e com ela incompatíveis e servindo de limite para a interpretação das demais normas constitucionais que com ela se choquem.

Já a real produção dos efeitos normativos, a concretização fática da norma (é dizer, a constatação de que ela efetivamente está regendo a realidade social²⁹², promovendo a real conformidade das condutas de seus destinatários²⁹³, ou, ainda, a concreta observância da norma no meio fático, conduzindo ao efetivo alcance dos intuitos por ela visados²⁹⁴), constitui a chamada eficácia social ou *efetividade*. A efetividade deve ser o objetivo último buscado pelo legislador e pelos aplicadores das normas jurídicas, notadamente das normas

²⁸⁹ ARAÚJO, Luís Alberto David; SERRANO, Vidal. op. cit., p. 18. Eficácia jurídica como “*qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos*”.

²⁹⁰ Já para Paulo Pimenta (*Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionalidade...*, p. 103), a eficácia semântica equivale à eficácia social, às “*condições fáticas de atuar*”. Tende-se aqui, contudo, a concordar, no particular, com Luís Alberto David Araújo e Vidal Serrano, por se entender que a eficácia social mais se aproxima, entre as relações semióticas, da pragmática, visto que mesmo a conferência de direito subjetivo pode não se converter, ao final e na relação de fato entre sujeito e norma, em realidade social, ficando, portanto, ainda no âmbito da eficácia jurídica, potencial.

²⁹¹ Outros autores, como Ana Paula Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...*, p. 252; 273), chamam a esse tipo de eficácia, desdobradamente, de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso. Também Walber de Moura Agra (AGRA, Walber de Moura. *Limites à Efetivação dos Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e Efetividade Constitucional*. Salvador: Juspodivum, 2008, p. 281-299) considera eficácia positiva “*quando a norma produz efeitos*”, acrescentando que “*a eficácia negativa tem ensejo quando a norma, mesmo sem produzir efeitos, não pode ser afrontada por parte de uma norma infraconstitucional*”. Diverge-se, no caso, em relação à possibilidade de uma norma simplesmente “*não produzir efeito*”. Já dissera Konrad Hesse (loc. cit.) que a Constituição, ou é um corpo de normas obrigatórias, ou não é nada. O próprio Walber Agra, adiante, explica que “*todas as normas constitucionais têm eficácia: o que varia é o teor da sua intensidade ou o tipo de sua concretização*”.

²⁹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, p. 13.

²⁹³ NEVES, Marcelo, op. cit, p. 43.

²⁹⁴ ARAÚJO, Luís Alberto David; SERRANO, Vidal. op. cit, p. 18. Para Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito...*, p. 135), é o cumprimento efetivo da norma pela sociedade, o reconhecimento da norma pela comunidade ou a produção de fato dos efeitos que uma norma suscita por seu cumprimento. Ou, ainda, para Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 82), “*é a concretização do comando normativo*”; “*a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social*”. Idem em FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et al.* op. cit., p. 15-16. No mesmo sentido, cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 196-202 e, do mesmo autor, *Interpretação e Estudos da Constituição...*, p. 14-16) para quem “*uma norma é eficaz na medida em que é observada, entendendo-se por observância o seu efetivo cumprimento [...] uma norma é eficaz quando 'obedecida e aplicada'*”. Por efetividade, acrescenta, “*deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já a eficácia deve ser termo relacionado com as condições de aplicação e obediência, portanto àquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível*”. Diversamente do que se observou quanto à validade e à vigência, os conceitos aqui, como se constata, são bastante aproximados.

constitucionais, sob pena de enfraquecimento da ordem constitucional e denegação da função pragmática do discurso jurídico.

A eficácia social é, todavia, um dos desafios mais árduos de serem vencidos, por ser justamente o ponto de contato com as dificuldades da realidade fática e, por conseguinte, com os obstáculos da escassez de recursos, da falta ou da deturpação da vontade política, da inabilidade administrativa ou mesmo da ilegitimidade da norma junto à população – as famosas leis que “não pegam” – ensejando, se não a desconfirmação, a deliberada rejeição da mensagem normativa por seus receptores²⁹⁵.

Ainda no âmbito da eficácia e, mais precisamente, da eficácia dos direitos fundamentais, cumpre assinalar a chamada *eficácia irradiante* de que são dotados esses direitos. A expressão é adotada para indicar que os direitos fundamentais e seus valores irrigam todo o ordenamento e toda a sociedade²⁹⁶. Consequência disso é, também, a denominada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, que não poucos estudos tem merecido na doutrina nacional e internacional.

²⁹⁵ Não por outra razão, afirma Luís Roberto Barroso (loc. cit.) que a efetividade resulta comumente do cumprimento espontâneo da norma, ressalvados comportamentos individuais isolados. Mas, diz, “*quando uma norma confronta-se com um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevalentes na sociedade [...] cairá em desuso ou sua efetivação dependerá da freqüente utilização do aparelho de coação estatal*”. Importante observar, nesse ponto, que o desuso não afeta a vigência normativa, sua validade – no sentido aqui adotado, de consonância com os requisitos técnicos para existência – nem sua eficácia jurídica, mas, com efeito, indica o grave comprometimento de sua eficácia social. Segundo Paulo Pimenta (op. cit., p. 101), na visão kelseniana, a norma em desuso pode perder, diante disso, a validade. Em face da posição que aqui se defende, entretanto, ela poderia perder sua legitimidade, mas não sua validade e exigibilidade.

²⁹⁶ Sobre a eficácia irradiante, cf., por todos, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 507 et seq. Tal aptidão se relaciona com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, que será objeto de estudo no item 3.4 infra, bem assim com a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Atualmente, cada vez mais se vem reconhecendo que os direitos fundamentais são dotados de uma *dimensão subjetiva* – que os apresenta como direitos subjetivos – e de uma *dimensão objetiva*, referente a sua posição de “*elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade*”, que “*organizam, delimitam e protegem o status jurídico do particular*” (JORGE NETO, Nagibe de Mello. op. cit., p. 42), intervindo em toda a ordem jurídica; são a expressão dos “*valores almejados por toda a comunidade política*”, sendo tarefa básica a ser cumprida pela comunidade política a harmonização entre as duas dimensões, como equilíbrio entre os interesses individuais de seus membros e os da coletividade ou de parte dela (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade*. In. NOVELINO, Marcelo (org.) *Leitura Complementares de Direito Constitucional*. Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 51). Para Canotilho (loc. cit.), a dimensão objetiva se manifesta de duas formas principais: como imposições legiferantes e pelo fornecimento de prestações aos cidadãos, no caso dos direitos sociais e econômicos. Já Ingo Wolfgang Sarlet (loc. cit.) vislumbra pelo menos seis desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: limitar o exercício dos direitos subjetivos; exercer eficácia dirigente sobre os órgãos públicos para a concretização e realização dos direitos fundamentais; servir como parâmetro de controle de constitucionalidade; cursar com eficácia irradiante, servindo de baliza interpretativa para todo o sistema, inclusive nas relações privadas; impor dever de proteção por parte do Estado; orientar a criação e a organização de instituições, entre outros. Também para Ana Cristina Meireles (op. cit., p. 344), a eficácia irradiante e a dimensão objetiva justificam o dever de prestação estatal, no âmbito dos direitos sociais. A dimensão objetiva se associa, ainda, com as chamadas eficácias negativa e sintática, no sentido de obstar a emissão de normas inferiores a ela contrárias e de impedir o retrocesso, mas não somente com elas, haja vista que se impõe também, como característica mesma dos direitos fundamentais (cf. item 2.2.2 retro), a efetividade, além da inviolabilidade.

A eficácia horizontal – *Drittwirkung*, expressão oriunda de *dritte* (terceiro) e *wirkung* (efeito, resultado, consequência, vigor) – significa que os direitos fundamentais, conquanto originalmente pensados para a defesa do indivíduo contra abusos do poder estatal, são também oponíveis a outros particulares, visto que permeiam toda a ordem jurídica e, portanto, também o âmbito do direito privado. Nessa senda, as teses sobre a eficácia horizontal discutem principalmente se a incidência desses direitos ocorre direta e imediatamente ou se eles afetam a esfera de terceiros somente mediante a intervenção do legislador, no sentido de “convertê-los”, por assim dizer, em direito privado, inserindo-os, *exempli gratia*, como direitos da personalidade²⁹⁷, no corpo da legislação civil.

As teorias que afirmam a eficácia horizontal, em maior ou menor grau, são classificadas comumente em duas principais, advindas, sobretudo, do direito alemão²⁹⁸, e ditas *teoria da eficácia direta ou imediata e teoria da eficácia indireta ou mediata*²⁹⁹.

²⁹⁷ Cf. item 2.2.1 acima, indicando os direitos da personalidade como expressão dos direitos fundamentais na esfera privada

²⁹⁸ A discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais teve por estopim dois casos que ficaram mundialmente conhecidos, oriundos do direito alemão: o caso Lüth e o caso Lebach. No primeiro, ocorrido pouco após a Segunda Guerra Mundial, o crítico de cinema Eric Lüth capitaneou ferrenha oposição ao diretor de cinema Veit Harlan, defendendo o franco boicote a seu mais recente filme, em vista do histórico antissemita de Harlan. A discussão chegou aos Tribunais, tendo a Corte Constitucional Alemã dado razão a Lüth, sob o fundamento da eficácia imediata do direito fundamental à liberdade de opinião e de expressão também em face de particulares (cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo...*, p. 106). O caso Lebach também envolveu a liberdade de expressão e de imprensa, porém agora em cotejo com o direito à privacidade, e com diverso resultado no sopesamento entre direitos fundamentais de particulares distintos. Cuidou-se de situação havida no início da década de 70, envolvendo o partícipe de um crime de grande repercussão na época (o assassinato de soldados na cidadezinha de Lebach, na Alemanha, com roubo de armas e munição) e emissora privada de TV. Um dos acusados do crime encontrava-se em vias de ser solto, quando uma emissora local decidiu apresentar documentário, em que se divulgavam fotos dos culpados e detalhes do delito, ao que se opôs o prisioneiro, ao fundamento de que tal iniciativa afrontava seu direito à privacidade e sua reintegração à sociedade. Levado o caso à Corte Constitucional Alemã, chancelou-se esse argumento, por considerar mais danosa a intervenção pretendida contra esses direitos, no caso concreto, do que contra a liberdade de expressão em conflito. Nos Estados Unidos, de outro lado, país eivado por um histórico liberal, o entendimento prevalente é que as normas de direitos fundamentais dirigem-se ao Estado e vinculam apenas a este, com exceção da 13.^a Emenda, referente à escravidão, ou da hipótese em que, de alguma forma, a conduta do particular possa ser considerada estatal. Essa eficácia não se estende sequer à 14.^a Emenda, que veda a discriminação, como corolário da emenda anterior. Tanto assim que não foram poucas as decisões que chancelaram condutas discriminatórias, ao fundamento de que não se poderia exigir do particular a não-discriminação. Difere, portanto, no particular, do direito brasileiro atual, em que o racismo configura de logo crime inafiançável e imprescritível, e o rechaço a essa conduta conta com previsão no rol exposto de direitos fundamentais, sendo reconhecidamente aplicável perante particulares (cf. a respeito, a Ação de Habeas Corpus n.º 82.424/RS, em que o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger por divulgar livros de conteúdo antissemita, por oito votos contra três. Os votos vencidos discutiam o conceito de raça na hipótese.

²⁹⁹ Nesse sentido, por todos, cf. Canotilho (op. cit., p. 1286-1294). Analisando a metódica de organização das hipóteses de eficácia horizontal, esse autor destrincha, ainda, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais em cinco tipos, quais sejam: eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição; mediada pelo legislador na ordem privada; mediada pelo juiz; poderes privados; e núcleo irredutível de autonomia pessoal. Afirma Canotilho, com isso, a existência de um núcleo irredutível de autonomia pessoal, não sacrificável pela extensão dos direitos fundamentais no campo privado, citando como exemplo o direito de despejo por falta de pagamento. Outra interpretação do assunto, todavia, seria a de que mesmo esse núcleo último de autonomia mencionado pelo autor é, em verdade, parte também dos direitos fundamentais, considerando, inclusive, a associação entre autonomia e liberdade, inclusive a liberdade de acionar – sobre a autonomia no âmbito do direito à saúde e da

A teoria da eficácia horizontal direta afirma a possibilidade de aplicação automática dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos às relações entre particulares, independentemente da mediação de leis infraconstitucionais que os confirmem ou adaptem para a esfera privada. Tal forma de incidência parece natural quando se pensa nos direitos fundamentais ditos de primeira dimensão, como o direito à vida ou à liberdade, soando evidente que, independentemente da existência de legislação infraconstitucional na matéria (embora punições penais na área tenham sido antecedentes à própria noção de direitos humanos e fundamentais), possa-se exigir de um terceiro que não atente contra sua vida ou que não restrinja indevidamente sua liberdade. André Ramos Tavares³⁰⁰ menciona, como exemplo dessas hipóteses, a possibilidade de uso das garantias de *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular (aqui em defesa, inclusive, de direitos de terceira dimensão) contra particulares.

No âmbito dos direitos sociais, essa situação também ressoa evidente no que tange, *verbi gratia*, aos direitos trabalhistas, dirigidos particularmente aos empregadores privados, considerando, inclusive, não ser a relação trabalhista típica a principal forma de obtenção de mão-de-obra no âmbito público.

Em relação a outros direitos sociais, conquanto menos clara a incidência direta, ela também é cabível quando a Constituição institui, por exemplo, que a educação é “*direito de todos e dever do Estado e da família*”³⁰¹ (artigo 205) ou que é “*dever da família, da sociedade e do Estado*” assegurar os direitos, inclusive sociais, de crianças e adolescentes e zelar por eles (artigo 227). Também quando se aciona o plano de saúde, poder-se-ia alegar estar-se diante de uma eficácia horizontal do direito à saúde. Tal hipótese, contudo, não é bom exemplo, na medida em que a relação com o plano de saúde é bem mais contratual – regulada, ainda, pela legislação disciplinadora específica – do que propriamente exemplo de aplicação

Bioética, cf. item 5.3 infra – configurando-se, nesse caso, uma situação de aparente conflito de direitos, ensejando ponderação.

³⁰⁰ TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 373-375. Numa avaliação mais tecnicamente processual, poder-se-ia argumentar, em relação a esse exemplo, que, em verdade, todo direito de ação – como na interposição do *habeas corpus* – é, per si, um caso de eficácia vertical, porquanto exercido contra o Estado. O que se opõe ao particular é o direito material à liberdade, este, sim, com eficácia direta. Não se perde, contudo, o cerne da exposição. Importante observar que o STF, a despeito de não o dizer de forma expressa, tem mostrado, pelo teor de seus julgados, uma tendência favorável à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares (nesse sentido, SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In. BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284; do mesmo autor: *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. In. TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35-98; SILVA NETO, Manoel Jorge. op. cit., p. 461-471; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 592-593, entre outros). Também fala em favor dessa posição a previsão constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, esponsada no artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, que será objeto de comentário no item 3.2.1 infra.

³⁰¹ Assim o diz também TAVARES, André Ramos, loc. cit.

direta do direito à saúde, embora se possa e deva aferir, dentro da relação contratual, o adequado atendimento do direito social à saúde.

Chega-se aí, então, à questão aventada por André Ramos Tavares³⁰², acerca da possibilidade de um passo ainda maior no âmbito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, qual seja o questionamento sobre se, além de exigir que os particulares não violem os direitos fundamentais, seria possível cobrar deles concurso para sua implementação, independentemente de intermediação contratual. Quer parecer que, mesmo para os defensores da teoria da eficácia direta, essa possibilidade ainda soa de difícil realização, sobretudo pelo choque que representa com os próprios direitos fundamentais. Em casos particulares, mediante ponderação³⁰³ dos valores em conflito, há quem fale em semelhante incidência, como na hipótese da desapropriação de terras para reforma agrária, em que os direitos à moradia e à subsistência culminam por prevalecer em relação ao direito individual à propriedade. Mas veja-se que, nesse caso, a eficácia horizontal do direito à moradia não é direta, na medida em que requer a intervenção estatal, mediante os trâmites legais para a desapropriação, não se opondo imediatamente de cidadão a cidadão.

Em face de tais dificuldades, há quem defenda uma eficácia horizontal somente mediata ou indireta dos direitos fundamentais, dependente do *interpositio legislatoris*, ou mediante a atuação do Poder Judiciário, quando, *verbi gratia*, interpreta um conceito jurídico indeterminado à luz dos direitos fundamentais. Ainda assim, para os adeptos da teoria indireta, apenas muito excepcionalmente o juiz se poderia reportar diretamente às normas fundamentais nas relações privadas, em caso de lacunas das normas infraconstitucionais³⁰⁴.

A posição mais restritiva de todas é a vigente principalmente nos Estados Unidos, como resquícios do liberalismo individualista clássico, e nega em absoluto a eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros, entendendo que são normas voltadas apenas contra o Estado (*State Action Doctrine*, doutrina da ação estatal). Essa tese foi amainada pela chamada *Public Function Theory* (teoria da função pública), segundo a qual os direitos fundamentais incidem em relação aos particulares apenas em situações excepcionais, especificamente

³⁰² Idem, *ibidem*.

³⁰³ Acerca da ponderação de direitos fundamentais, cf. item 3.4 *infra*.

³⁰⁴ Sobre o tema, lecionam, entre outros, SARMENTO, Daniel, *op. cit.* e, do mesmo autor, *Direitos Fundamentais e as Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In. BARROSO, Luís Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-192; e, neste Programa, o artigo de FRANCA, Vinícius Cardona. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e teoria dos princípios. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Universidade Federal da Bahia. Salvador: Fundação Faculdade de Direito, n. 15, p. 407-432, 2007.

aquelas em que a conduta do particular se equipare à conduta estatal típica, como quando uma instituição privada age em substituição à atividade estatal (tese da equiparação), ou caso possa a conduta ser ao Estado imputada de alguma forma, em face de seu dever de fazer cumprir os direitos fundamentais (tese da imputação ou dos deveres de proteção do Estado).

A despeito dos empecilhos mencionados – que tampouco podem ser olvidados na avaliação ponderada do caso concreto – forçoso concordar que a teoria da eficácia direta é mais condizente com a ubiquidade atualmente reconhecida aos direitos fundamentais e com a própria supremacia constitucional que os salvaguarda, bem assim, no ordenamento pátrio, com a tendência ao reconhecimento da eficácia plena e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, esposada pelo artigo 5.º, parágrafo 1.º da Constituição Federal³⁰⁵. A teoria da eficácia mediata culmina por converter todos os direitos fundamentais em normas de eficácia limitada, quando opostos aos demais particulares, justamente quando mais se luta pela autonomia e pela efetividade desses direitos.

Em relação à aplicabilidade e à eficácia normativas, muita tinta já se verteu para analisar as classificações desenvolvidas em torno do tema, as quais ganharam particular relevância com o desenvolvimento do Estado Social e suas normas programáticas. A matéria encontra-se abundante e competentemente discutida na doutrina³⁰⁶, de sorte que se fará, então, apenas breve apanhado das classificações mais difundidas, no quanto pertinem à discussão ora empreendida.

Historicamente, ganhou vulto como ponto de partida para a pesquisa na área da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais a classificação tradicionalmente adotada pela doutrina americana, em normas *mandatórias* e *diretórias*, pela qual se defendia que mandatórias são as normas essenciais ou materiais, coercitivas, de cumprimento obrigatório ou inescusável; ao passo que as normas diretórias são de caráter regulamentar, “*podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse inconstitucionalidade de seu ato*”³⁰⁷.

³⁰⁵ Cf. item 3.2.1 infra.

³⁰⁶ Além da monografia clássica de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais...*), inúmeros trabalhos mais recentes têm-se dedicado a analisar a matéria, ou mesmo a elaborar classificações novas ou versões das tradicionais. O tema acha-se amiúde abordado, por exemplo, nas detalhadas obras de Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais...*), Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas...*), entre outros, além da maioria dos bons manuais de Direito Constitucional.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, p. 71.

Mesmo na doutrina americana, José Afonso da Silva³⁰⁸ menciona que essa divisão foi alvo de críticas por Thomas Cooley, segundo o qual nenhum preceito constitucional é meramente consultivo, embora alguns sejam inaptos à execução imediata, é dizer:

não podemos esperar que se encontrem na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos

Por essa mesma razão, os autores mencionados rechaçam a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais, quando se verifica a associação, expressa ou velada, daquelas com normas “diretórias” e destas com normas “mandatórias”, por não se conceber o resultante enfraquecimento de dispositivos de envergadura constitucional.

Diante disso, preferiu-se falar em normas *auto-operativas* (compostas de limitações e vedações) e normas *inaptas à execução imediata*, classificação facilmente associável com a versão adotada no Brasil, a partir dessa influência, por Ruy Barbosa³⁰⁹ e Pontes de Miranda³¹⁰, em normas *self-executing* (ou *self-enforcing* ou *self-acting*, traduzidas por auto-executáveis ou auto-aplicáveis ou bastantes em si) e *not self-executing* (*not self-enforcing* ou *not self-acting* – não auto-executáveis ou não auto-aplicáveis ou não-bastantes em si). O critério distintivo, nesse caso, é a continência ou não de todos os elementos essenciais necessários à produção dos efeitos normativos previstos, seja o exercício dos direitos conferidos, seja a realização dos encargos impostos.

O problema é que, conquanto essa classificação não denegue, como se fazia indiretamente na menção às normas diretórias, o caráter constitucional e altaneiro das normas não auto-executáveis, tampouco esclarece os efeitos que dela emanam naturalmente, sobretudo em se considerando que todas as normas têm, afinal, algum aspecto de incompletude, alguma margem à discricionariedade do legislador infraconstitucional ou do administrador³¹¹, sem que, por isso, seja-lhe denegada a eficácia.

Ainda no direito alienígena, é de habitual destaque a doutrina italiana sobre a matéria, a partir da década de 40 do século passado, em que se destacam as ideias de Gaetano

³⁰⁸ Idem, ibidem, p. 72. O trecho de Cooley então mencionado recorda em muito a conhecida manifestação de Ruy Barbosa, sobre o tema, citada, inclusive, como epígrafe por Paulo Pimenta (*Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas...*), a saber: “*não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos*”.

³⁰⁹ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e coordenados por Homero Pires. v. 2. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932.

³¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. v.I. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 126.

³¹¹ Nesse sentido, SILVA, José Afonso. op. cit, p. 76, em menção a Crisafulli. Sobre a discricionariedade do administrador e seu caráter político, cf. também a obra DAVI, Kaline Ferreira. loc. cit.

Azaritti, representando o entendimento mais tradicional, e de Vezio Crisafulli, como luminar da moderna doutrina acerca da eficácia das normas constitucionais.

O primeiro autor retoma, de certa forma, a divisão em normas mandatórias e diretórias, ao defender que as normas constitucionais podem ser *preceptivas* (de caráter impositivo e obrigatório) ou *diretivas* – as programáticas, a que o doutrinador nega exigibilidade jurídica, defendendo consistirem em diretrizes para o legislador futuro, não sendo dotadas de eficácia nem de juridicidade³¹².

Já Vezio Crisafulli³¹³, tendo diante de si uma Constituição italiana eminentemente compromissária, marcou o início de novos tempos na classificação das normas constitucionais quando à eficácia e à aplicabilidade, ao distinguir os dispositivos em: normas de eficácia plena e de aplicação imediata (auto-executáveis) e normas de eficácia limitada, as quais podem ser de legislação e programáticas. As normas de eficácia limitada de legislação são aquelas dependentes de complementação legal, ao passo que as programáticas são enunciados preceptivos que vinculam os órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política, assinalados pelo constituinte originário. São dotadas, assim, de dupla eficácia: mediata e imediata, tendo por objeto imediato o comportamento estatal ordenado e, mediadamente, as matérias de fundo abordadas no dispositivo.

Recorda Bonavides³¹⁴ que a doutrina italiana distinguia, ainda, as normas programáticas das não programáticas quanto ao destinatário, ao objeto e à natureza. Quanto ao destinatário, seriam programáticas as normas destinadas ao legislador, e não programáticas as destinadas ao cidadão e ao juiz. Quanto ao objeto, as normas programáticas teriam eficácia sobre comportamentos estatais e as preceptivas não programáticas, sobre relações privadas. Quanto à natureza, as normas programáticas teriam alto grau de abstração, demandando operações integrativas, sendo, por isso, para alguns, imperfeitas. As não programáticas seriam concretas e completas, suscetíveis de aplicação imediata e dotadas de incontestável juridicidade. O autor considera tais elementos distintivos artificiais e inadequados, citando, como exemplo, a crítica de Santi Romano, segundo o qual a norma se destina a todos e não a uma categoria em particular.

Na mesma ocasião, aponta Bonavides, com efeito, que, desde Crisafulli, as normas programáticas são consideradas dotadas de valor jurídico, de eficácia obrigatória

³¹² Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões...*, p. 86; SILVA, José Afonso. op. cit., p. 79, entre outros.

³¹³ CRISAFULLI, Vezio. *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1985.

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed., p. 239-249.

sobre os comportamentos estatais, vinculando o poder discricionário dos órgãos do Estado. Como resultados do reconhecimento da eficácia das normas programáticas, ditas então preceptivas como as demais, citam-se, entre outros, a aceitação de sua prevalência sobre as normas infraconstitucionais, obrigando os órgãos legislativos, e o reconhecimento da invalidade das leis contrastantes com as normas constitucionais programáticas.

Mais recentemente, retomando as sistemáticas anteriores, Jorge Miranda³¹⁵ também classificou as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em normas constitucionais preceptivas (conforme tenham eficácia imediata) e programáticas (cuja concretização dependeria do poder discricionário do legislador). Quando à aplicabilidade, fala o douto professor lusitano em normas constitucionais exequíveis (aplicáveis em si mesmas) e não exequíveis (dependentes de regulamentação).

Com a máxima vênua, há que se divergir da definição dada para as normas programáticas na hipótese, por se entender que, ainda mais em se tratando de um comando constitucional, não há de se vislumbrar tanta liberdade por parte do legislador infraconstitucional. Sua atuação pode ser discricionária quanto ao conteúdo, mas o dever de concretizar a norma, nos moldes dos ditames constitucionais, é vinculado. O Parlamento está obrigado a legislar, preenchendo as lacunas normativas, porquanto a Constituição assim o determinou, não podendo a concretização da Norma Máxima ficar refém do alvedrio infraconstitucional.

No Direito brasileiro, tornou-se já clássica a categorização elaborada para o tema por José Afonso da Silva, como resultado de sua monografia *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, publicada originalmente em 1967, sendo, provavelmente, a mais conhecida e adotada no país. Antes dele, embora em publicação somente efetuada *post mortem*, Meirelles Teixeira³¹⁶ já falava em uma classificação dicotômica das normas constitucionais quanto a sua eficácia, dividindo-as em normas de eficácia plena e de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras produziram todos os efeitos essenciais desde o momento de sua promulgação, enquanto as últimas teriam parte da produção de seus efeitos a cargo do legislador ordinário. Observa Meirelles Teixeira que falar em eficácia plena não significa falar em eficácia total, pois toda norma é sempre suscetível de novas aplicações e desenvolvimentos, mas indica uma plenitude de eficácia suficiente para que a norma possa realizar de logo seus objetivos

³¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II...; também mencionado em PIMENTA, Paulo. op. cit., p. 90 e MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., p. 242-255.

³¹⁶ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

essenciais. As normas de eficácia limitada, por seu turno, subdividem-se, nessa sistemática, em normas programáticas e normas de legislação.

A classificação de José Afonso da Silva³¹⁷ arrola três grupos de normas constitucionais, quanto à eficácia e à aplicabilidade, quais sejam: normas de *eficácia plena* (com aplicabilidade direta, imediata e integral); normas de *eficácia contida* (com aplicabilidade direta, imediata, mas não necessariamente integral) e normas de *eficácia limitada* (com aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, subdividindo-se em normas de princípio institutivo e de princípio programático).

Como características particulares de cada grupo normativo, apontam-se, para as normas de eficácia plena, o fato de conterem vedações ou proibições; conferirem isenções, imunidades e prerrogativas; não indicarem procedimentos nem órgãos especiais para sua execução; não demandarem a intermediação do legislador ordinário; produzirem ou terem possibilidade de produzir, desde a entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais quanto às situações que devem regular; além de sua aplicabilidade imediata, direta e integral.

As normas de eficácia contida podem ter sua amplitude reduzida por iniciativa do legislador, do administrador ou por ato judicial, conforme previsão e autorização constantes da própria Carta Magna, observando-se, todavia, que essa atuação restritiva não pode inviabilizá-las, atingindo mortalmente seu núcleo essencial; sua eficácia será plena enquanto não houver intervenção legislativa; donde se dizer que sua aplicabilidade é direta, imediata, mas não necessariamente integral. Podem conter conceitos indeterminados, cuja interpretação venha a ensejar sua restrição³¹⁸.

As normas de eficácia limitada, no dizer doutrinário, são aquelas “*que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte*”³¹⁹. Subdividem-se em normas de princípio institutivo (que fornecem esquemas gerais da estruturação institucional) e normas de princípio programático (normas-tarefas, que fixam os fins e objetivos do Estado, sobretudo no âmbito social).

Subclassificando as normas programáticas, é de se comentar, ainda, na lição de José Afonso da Silva³²⁰, a distinção por ele adotada entre *normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade* (que mencionam legislação futura para atuação positiva do

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, p. 81 et seq.

³¹⁸ Por conta disso, Michel Temer (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990) – em nomenclatura que se sugere um tanto mais adequada ao conteúdo do conceito – chama essa espécie de *normas de eficácia contível*, a fim de enfatizar o fato de que, enquanto o legislador não restringir a aplicabilidade do preceito constitucional, exercerá este seu espectro integral.

³¹⁹ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 118.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 147-151.

programa, limitando a discricionariedade do legislador na matéria); *normas programáticas referidas aos poderes públicos* (que abrem espaço para o poder público, já que não indicam legislação futura que limite sua discricionariedade); e *normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral* ("que postulam a observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, comporta-se inconstitucionalmente se agir em sentido contrário").

Divergindo daquele constitucionalista, ao fundamento de certa generalidade observada em sua sistemática sobre as normas programáticas, propõe Paulo Pimenta³²¹ uma outra, a saber: *normas programáticas em sentido estrito* (correspondentes à primeira espécie supradescrita, em que o Estado fixa um programa, exigindo que o legislador o implemente pela lei); *normas programáticas meramente definidoras de programas* (em que se estabelecem os programas, sem, entretanto, instruir a atuação do legislador); *normas programáticas enunciadas ou declaratórias de direitos* (que, embora não estabeleçam a forma de implementação, vinculam os órgãos públicos a sua observância. Cita expressamente como exemplo o artigo 6.º da Constituição Federal); e *normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado* (aproximadamente equivalentes ao último grupo na sistemática de José Afonso da Silva).

A diferença básica entre as duas classificações decorre da situação dos direitos sociais. A taxionomia proposta por Paulo Pimenta é expressa em enunciarlos como normas programáticas, ao passo que a adotada por José Afonso da Silva fala somente na ordem econômica e social. Isso se deve ao fato de que este autor faz uma sutil distinção entre as normas de direitos sociais propriamente ditos – entre as quais as do artigo 6.º – e as normas necessárias ao implemento desses direitos, arroladas nos Títulos próprios às ordens econômica e social, estas de natureza programática³²².

Ocorre que, para a maior parte da doutrina, a exemplo do que se verificou na sistemática proposta por Paulo Pimenta, é vão separar o direito abstratamente enunciado dos

³²¹ PIMENTA, Paulo. op. cit., p. 142-144.

³²² SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 152. O autor se apoia, ainda, em preciosa lição de Gomes Canotilho, citada à ocasião, a saber: "O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Sistema Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais iminentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente impostos ao legislador, através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos".

meios impreteríveis para seu exercício. Equivaleria a separar o aspecto de defesa do aspecto de prestação, que é o mais característico nesses direitos; ou, ainda, dissociar sua dimensão subjetiva e seu reconhecimento como direito subjetivo, da dimensão objetiva – referente ao comando legislativo de ação, o qual é apontado como norma programática –, comprometendo a unidade e a integridade do próprio direito.

De outro lado, há de se reconhecer que existe certa vantagem na mencionada divisão, sob o ponto de vista da juridicidade, uma vez que essa disposição de coisas torna mais tranquila a aceitação da sindicabilidade judicial em relação aos direitos sociais (mediante sua qualificação como direitos subjetivos, exigíveis juridicamente), do que ocorre com sua classificação de logo como normas programáticas relativas ao dever estatal de prover os meios para o exercício desses direitos, com toda a conotação política que isso acarreta. O problema é saber de que adianta o reconhecimento do direito subjetivo, se nada se puder fazer para promover a prestação necessária a seu implemento, por se a considerar norma programática. Daí por que mais vantajoso, na prática, buscar meios de incrementar a eficácia das normas programáticas, de que depende, afinal, a execução dos direitos sociais, do que simplesmente institucionalizar uma cisão retórica.

As normas ditas de eficácia limitada, inclusive as programáticas, apresentam, segundo entendimento tranquilo, efeitos jurídicos negativos imediatos, quais sejam: efeito impeditivo de deliberação em sentido contrário e efeito paralisante em relação às normas precedentes com elas incompatíveis. Também independem de complementação os seguintes efeitos: imposição de dever para o legislador ordinário; condicionamento da legislação futura; informação sobre a concepção do Estado; estabelecimento de um *telos* para a interpretação, integração e aplicação das leis; condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Judiciário. De modo menos pacífico, aceita-se, ainda, como efeito imediato, a criação de situações jurídicas subjetivas³²³.

Classificações acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, com maior ou menor grau de semelhança em relação à anterior, são encontradas nas obras de Maria Helena Diniz, Celso Bastos e Carlos Ayres Brito, Celso Antônio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso, entre outros.

Para Maria Helena Diniz³²⁴, são quatro as principais classes de normas constitucionais, quanto ao critério da eficácia: a) normas de *eficácia absoluta ou supereficazes*

³²³ Sobre a existência de direito subjetivo a partir das normas programáticas de direitos sociais, cf. item 3.5 infra.

³²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Sobre a supereficácia das normas de direitos sociais, inclusive em face do princípio do não retrocesso social, já se comentou retro.

(ditas intangíveis, dotadas de cláusula de intocabilidade, formam o núcleo irreduzível e inalterável da constituição, as cláusulas pétreas. Têm eficácia positiva – por intangíveis e não emendáveis – e negativa – por vedarem qualquer lei contrastante, exercendo força paralisante sobre toda a legislação); b) normas de *eficácia plena* (semelhantes às homônimas na classificação de José Afonso da Silva, irradiam efeitos imediatos, são imediatamente aplicáveis, porém suscetíveis de emenda); c) normas de *eficácia relativa restringível* (equivalem à normas de eficácia contida de José Afonso, porém com nomenclatura mais precisa, inspirada em Michel Temer, na medida em que tais normas não *nascem* com sua eficácia contida, mas, sim, podem *vir a sofrer* restrição, se sobrevier norma restritiva, apresentando, até então, eficácia plena); d) normas de *eficácia relativa complementável* (ou dependente de complementação legislativa, com aplicação mediata, pois dependentes de norma posterior, lei complementar ou ordinária que lhes desenvolva a eficácia prática e as faça produzir efeitos positivos. Impedem, porém, desde já, normas infraconstitucionais que as contrariem, irradiando efeitos inibidores e paralisantes sobre normas preexistentes ou supervenientes incompatíveis). As normas de eficácia relativa complementável subdividem-se também, a exemplo das normas de eficácia limitada previstas na sistemática de José Afonso da Silva, em normas de princípio institutivo e normas programáticas.

Com Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto³²⁵, a divisão principal volta a ser dicotômica, em *normas de aplicação* (que podem incidir diretamente, estando aptas à produção de todos os efeitos) e *normas de integração* (que requerem expedição de enunciado com eficácia integradora). As normas de aplicação se subdividem em *irregulamentáveis* (que incidem diretamente) e *regulamentáveis* (sendo que a regulamentação ocorrente no caso é apenas auxiliar e não integrativa). As normas de integração, por seu turno, se subdividem em normas *complementáveis* (acerca das quais o constituinte originário exigiu ulterior regulamentação legislativa para produção integral de seus efeitos) e normas *infringíveis ou restringíveis* (que se revelam permissivas quanto à emissão de normas capazes de lhes reduzirem a amplitude, tal como nas normas de eficácia contida de José Afonso da Silva ou de eficácia relativa restringível, para Maria Helena Diniz).

Breve menção é necessária, ainda, à classificação proposta por Luís Roberto Barroso³²⁶, que guarda alguma similitude com a desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de

³²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 89-90; 95. Esse autor menciona, ainda, classificação desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, exposta na obra *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, em tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em Florianópolis, em 1982, e

Mello³²⁷ e diverge, em ponto fulcral para a presente abordagem, das sistemáticas anteriores, no que tange à natureza das normas de direitos sociais. Com efeito, Barroso classifica as normas constitucionais em: *normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas*, defendendo que as normas instituidoras de direitos fundamentais – tanto individuais quanto sociais e difusos – situam-se na segunda categoria. Institucionaliza, portanto, a diferenciação sugerida na subclassificação proposta por José Afonso da Silva quanto às normas programáticas.

Assim, enquanto as classificações anteriores, de um modo geral, inserem as normas de direitos sociais no âmbito das normas programáticas, passando a discutir, então, o grau de eficácia e de aplicabilidade destas, Barroso as considera normas definidoras de direitos, o que resolve retoricamente o problema de sua eficácia, ainda que, na prática, verifique-se a manutenção dos obstáculos, considerando que muitos dos dispositivos relativos aos direitos sociais, sobretudo no que diz respeito a sua vertente de prestação, têm feição inegavelmente programática, independentemente da classificação que se lhes dê, a exemplo do artigo 196, referente à saúde. Mister, portanto, insistir na concepção pró-eficácia social das normas programáticas.

Por fim, embora não seja considerada propriamente uma classificação conforme a eficácia, nos moldes das anteriores, há quem fale, ainda, em funções eficaciais da norma constitucional, conforme os efeitos produzidos, a saber³²⁸: a) *função eficaz de bloqueio*: impõe limites à atividade normativa do Estado, com competência legislativa plenamente vinculada, exigindo-se da norma eficácia técnica e social nessa direção; b) *função eficaz de resguardo*: relacionada ao Estado social, com ampla função ideológica, de sorte que a eficácia técnica aqui é contível, a social é parcial e a aplicabilidade é restrita; e c) *função eficaz de programa*: relativa a normas que impõem ao Estado prestações positivas, exigindo atuação do legislador ordinário. Sua eficácia técnica é limitada, a social é dependente da evolução da situação fática, e a aplicabilidade também é dependente.

Acerca das classificações acima, considerando não ser o objeto principal do trabalho a discussão dos acertos ou imperfeições da taxionomia na matéria, optar-se-á por utilizar a capitaneada por José Afonso da Silva, por ser habitualmente aquela com que o leitor

composta de: *normas concessivas de poderes públicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida*. Quer parecer, entretanto, que, no escopo de assegurar a força das normas de direitos sociais, retirando-as do grupo das programáticas, terminou-se por abandonar esta última categoria à própria sorte, como orientações de somenos relevância, negando-lhes a força e a exigibilidade que de há muito se buscam resgatar, como normas constitucionais que são.

³²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. loc. cit.

³²⁸ Cf., a respeito, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição...*, p. 16-19; PIMENTA, Paulo. op. cit., p. 106-107.

pátrio está mais familiarizado, a fim de facilitar as menções e comentários relativos à eficácia teórica e prática das normas constitucionais em espécie, esta, sim, preocupação mais aguda neste texto.

3.2.1 A previsão textual de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e a necessidade de legislação concretizadora

No âmbito da aplicabilidade dos direitos fundamentais e, mais especificamente, dos direitos sociais, em que se situa o direito à saúde, relevante questão foi suscitada pelo artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Constituição Federal, que afirmou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (“*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”).

De logo, a norma – que tem previsão semelhante em ordenamentos de outros países³²⁹ – suscita discussão acerca de sua topografia. Estando inserida no final do artigo 5.º, destinado aos direitos individuais, polemiza-se se o dispositivo se refere apenas a esses direitos fundamentais, excluindo-se, portanto, os direitos sociais. É de se recordar que os direitos sociais são justamente aqueles que mais dúvidas ensejam quando a sua eficácia e aplicabilidade, em vista de sua natureza comumente programática e habitualmente mais custosa e prestacional.

A esse respeito, veja-se que, em que pese sua localização, o texto normativo em questão não restringiu sua própria aplicabilidade, falando, pelo contrário, expressamente em *direitos fundamentais*, e não apenas em direitos individuais. Ademais, é assente que esses direitos são se acham encarcerados no Título II, mas, ao inverso, polvilham toda a Constituição e todo o ordenamento, com a participação, ainda, dos documentos internacionais sobre a matéria, em face do princípio da não taxatividade, bem assim por força da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Também fala a favor desse entendimento mais amplo a interpretação sistemática, teleológica e concretizante que deve incidir, especialmente, sobre as normas constitucionais, em nome dos princípios hermenêuticos da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, segundo a qual a interpretação deve ser tal que extraia da norma a maior utilidade

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 276; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas...*, p. 139; e CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 600, referem as Constituições portuguesa, alemã, paraguaia e grega.

e efetividade possíveis³³⁰. A esse respeito, é de se considerar, ainda, que todo o arcabouço protetivo da Carta Federal de 1988 evidencia o intuito de valorização dos direitos fundamentais.

Outra discussão que não merece prosperar é a tese defendida por alguns autores de que os direitos sociais não fazem parte dos direitos fundamentais, salvo se integrarem o chamado *mínimo existencial*³³¹. Essa opinião culmina, entretanto, por denegar a própria historicidade e a interdependência dos direitos fundamentais, limitando-os aos originais direitos individuais. Com efeito, entre outros argumentos – inclusive a ampla argumentação de autoridade possível – é de se recordar que o reconhecimento dos direitos sociais e de sua natureza fundamental, como visto, veio em socorro da percepção de que, sem eles, esvaziavam-se muitos dos próprios direitos individuais, como na indissociável relação entre o direito à saúde e a proteção ao direito à vida.

A consulta às fontes históricas da Constituição referenda igualmente a tese de que a aplicabilidade imediata se dirige a todos os direitos fundamentais, bem assim reforça a extensão de seu próprio conteúdo expresso, indicando seu significado de que a eficácia e aplicabilidade dessas normas independem do *interpositio legislatoris*. Assim se manifestou Ulysses Guimarães³³², então Presidente da Assembleia Constituinte, acerca do referido artigo 5.º, parágrafo 1.º: “*Não é necessário lei complementar para que sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta*”.

Fato é que a doutrina não é unânime acerca da interpretação a ser dada a essa disposição constitucional. Manoel Gonçalves Ferreira Filho³³³ é firme em contestar uma

³³⁰ Nesse sentido, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões...*, p. 263; SILVA NETO, Manoel Jorge. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTR, 1999, entre outros. Discussão mais específica acerca da hermenêutica constitucional e seus princípios será travada nos itens seguintes.

³³¹ Sobre o mínimo existencial, cf. capítulo 4, infra. No sentido desse entendimento, TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, e, do mesmo autor, A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In. TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342. Segundo Ana Cristina Costa Meireles (op. cit., p. 94-95) posicionamento semelhante pode ser vislumbrado em alguns julgados do STF, ao distinguir direitos formal e materialmente fundamentais. Essa distinção já foi objeto de crítica no capítulo anterior.

³³² Diário da Assembléia Nacional Constituinte, p. 73/4, objeto de comentário em CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 606.

³³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais...*, p. 102. Diz esse autor, acerca da disposição do artigo 5.º, § 1.º: “*A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja: quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas*” E segue: “*Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser*

interpretação literal, que desconsidere aspectos limitativos naturais, arguindo tratar-se de evidente choque entre o texto e a realidade constitucionais.

Mesmo entre os defensores da amplitude exegética do artigo, a forma de o manifestar pode deixar entrever o reconhecimento de dificuldades práticas que desmentem o otimismo constitucional no campo. Assim o diz, *verbi gratia*, Luís Roberto Barroso³³⁴: “*a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente*” (grifou-se). Cita, para ilustrar a possibilidade de concretização, o artigo. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que já previa a colmatação de eventuais lacunas legais mediante recurso à analogia, aos costumes ou aos princípios gerais do direito.

Entendimentos intermediários são dotados de méritos³³⁵, ao ponderarem a existência de casos em que a atuação do legislador se mostra necessária por força da própria redação constitucional, a qual, não fornecendo elementos bastantes para a aplicação prática imediata, remete expressamente ao legislador infraconstitucional, de sorte que ignorar tal comando é também uma forma de desobediência à Constituição.

De tais posicionamentos discorda Dirley da Cunha Júnior³³⁶, por entender que eles terminam também por esvaziar os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais. Não é carente de razão o professor baiano. Sem dúvida, quanto mais ressalvas se façam, mais se enfraquecem a aplicabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais, tão arduamente conquistados no texto constitucional, além de se desconsiderar a própria letra da Carta Magna, que reconheceu e determinou a aplicabilidade imediata. De outro lado, ainda que não se possa negar a força criativa e modificativa da linguagem, sobretudo no mundo do Direito – em que as palavras certas, no contexto preciso, casam, descasam, condenam, libertam, tornam filho, atribuem riquezas ou despojam de bens – fato é que não se está diante de uma fórmula mágica, capaz de superar sozinha, pelo só enunciar, todos os obstáculos existentes. Infelizmente a linguagem não pode tanto.

aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês”.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 140.

³³⁵ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, p. 284-285, onde, respaldado em Gomes Canotilho e em Flávia Piovesan, considera que a norma inserta no artigo 5.º, § 1.º, é principiológica, servindo ela mesma como um mandado de otimização. Esse autor menciona também, como exemplo de posição intermediária na matéria, a de Celso Bastos, da qual, segundo Ingo Sarlet, mais se aproximam as posturas adotadas pelo STF, e segundo a qual os direitos fundamentais são, em princípio e na medida do possível, imediatamente aplicáveis, salvo se a própria Constituição remeter sua concretização ao legislador ou se a norma constitucional de direitos fundamentais não contiver elementos mínimos para sua imediata aplicação.

³³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 609-610.

Como, então, compatibilizar a palavra constitucional com a realidade não tão meritória? O caminho primeiro é, no dizer de Konrad Hesse³³⁷, a vontade de constituição. A disposição de obedecê-la e, para isso, a atuação primeira do legislador, preenchendo, mediante a adequada legislação regulamentadora, as brechas que se apresentam à implementação do texto constitucional. Se isso não se faz, ou não se faz a contento – e aqui outro desafio se apresenta, que é avaliar a discricionariedade do legislador na priorização dos direitos fundamentais genericamente consagrados pela Constituição – a própria Carta Magna previu meios de o incitar a fazê-lo, mediante os instrumentos da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção, aos quais se há de dar, também, a maior eficácia possível nessa tarefa, suprimindo, se necessário, no caso concreto, a omissão inconstitucional que obsta a efetividade dos referidos direitos³³⁸.

Conta-se, então, com a atuação do Judiciário para promover tal efetivação, sem, contudo, encastelado, ignorar as dificuldades práticas do administrador. Pode e deve o Judiciário laborar pela aplicabilidade imediata, inclusive, se necessário, suprimindo a carência legislativa na matéria para a solução do caso concreto. Mesmo Kelsen³³⁹, nome maior do Positivismo, reconheceu a função criadora da decisão judicial. Não se vislumbra aí, tampouco, comprometimento da separação de poderes³⁴⁰, na medida em que eles hão de ser, segundo a própria dicção constitucional, harmônicos (e, portanto, colaborativos) entre si. Já atua o Judiciário como legislador no particular, perante a parte, quando sentencia. Se sua atividade toma, então, uma amplitude maior, é para suprir a carência deixada no caso concreto pelo outro “poder”. O risco disso é, naturalmente, a insegurança jurídica. A norma deixa de ser impessoal e abstrata, para se tornar uma norma para o caso concreto, com risco de decisões distintas em casos idênticos. Retoma-se o perene embate entre segurança e justiça, que sempre atormenta o Direito, com o agravante de que, em muitos casos, além da insegurança, possa-se trazer a reboque uma injustiça.

Dificuldades outras há para a viabilização da aplicabilidade imediata pelo Judiciário. Não são poucos os que observam que, nas decisões ditas de microjustiça, para o

³³⁷ HESSE, Konrad. loc. cit.

³³⁸ Sobre os mecanismos de suprimimento de omissões legislativas comprometedoras à eficácia dos direitos fundamentais sociais, cf. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público...*, entre outros.

³³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 212.

³⁴⁰ Acerca da atecnia da expressão e da validade do argumento como óbice à interpretação judicial efetivadora dos direitos fundamentais, cf. item 4.1 infra.

caso concreto, perdem-se de vista as condições do todo, que o legislador teria³⁴¹. O Judiciário pode atender à necessidade de um ou uns, mas é inadequado impor-lhe a tarefa de elaborar verdadeiras políticas públicas, em lugar do legislador recalcitrante.

Daí por que as primeiras atuações provocadas não de ser a legislativa e a administrativa. Muitas ações judiciais poderiam ser evitadas mediante vontade e interesse políticos de vencer a inércia burocrática em favor do necessitado. Quantas vezes há a lei, há recursos, mas aquela não se cumpre e estes se perdem pelo mau uso e pela falta de planejamento adequado. Quantas reportagens já se fizeram que evidenciaram maquinarias caras se perdendo e se sucateando em hospitais, por exemplo, enquanto se buscam judicialmente e se gastam milhões em ações judiciais para obter os mesmos exames por outras vias. A verdade é que, para o mau administrador e para o legislador moroso, é mais fácil esperar a ordem judicial – que talvez não venha – do que se empenhar para preveni-la, por meio da promoção do adequado equipamento técnico e humano das unidades públicas. E, então, a aplicabilidade imediata vai-se perdendo, primeiro pela falta do legislador, depois pela falha do administrador, até chegar ao Judiciário, que menos elementos tem para concatenar o texto à realidade global, como não se cansam de alegar o Legislativo e o Executivo, em combate à atuação judicial na matéria da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais em especial. E, se o Judiciário é poder originalmente inerte, os outros dois não o são. Quando se lhe chega o desafio, no entanto, não pode ele se esquivar de enfrentá-lo.

Considerando-se as normas de direito social como de aplicabilidade e exigibilidade imediatas quanto à plenitude de seus efeitos, poder-se-ia questionar qual a valia, então, do mandado de injunção, previsto no artigo 5.º, LXXI³⁴², da Constituição Federal e mesmo da classificação dessas normas como sendo de eficácia limitada, caso elas tenham, afinal, a mesma consequência prática que as normas de eficácia plena, a despeito de sua redação expressamente remeter à complementação infraconstitucional.

Uma hipótese é considerar, como em algumas das classificações supramencionadas, que a aplicabilidade imediata prevista o é apenas para o artigo 6.º, por exemplo, considerado este como norma *definidora* de direito fundamental (a par da redação do artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Constituição³⁴³), não abrangendo as normas programáticas a

³⁴¹ Nesse sentido, por todos, a obra de AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha...*, bem assim item 4.2.

³⁴² “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

³⁴³ “Art. 5.º - omissis. § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

ele associadas, como os artigos 196 a 200, em relação à saúde; artigos 201 a 204, em relação à previdência e à assistência social; artigos 205 a 214, em relação à educação, entre outros.

Tal entendimento, contudo, culmina por esvaziar os direitos sociais, dando-lhes feição de direitos de primeira dimensão, já que lhes reconhece a aplicabilidade apenas para promover os efeitos negativos, de defesa; quando sua essência pró-igualização material está no caráter prestacional, dependente das normas programáticas citadas.

Diante disso, e segundo se pode depreender da doutrina, é cabível sintetizar o tema no sentido de que as normas programáticas de direitos sociais são classificadas como de eficácia limitada, porquanto sua redação indica, de fato, a necessidade de atuação do legislador infraconstitucional ou do administrador para sua regulamentação ou concretização³⁴⁴, cuja falta desafia mandado de injunção, para compelir a elaboração da norma regulamentadora omitida. Por força, entretanto, da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5.º, parágrafo 1.º, em caso de necessidade imediata, pode o julgador concretizar a norma em questão para a solução do caso *sub judice*, entendimento que se casa, inclusive, com a interpretação concretista do mandado de injunção.

Não se trata, portanto, de negar, resignadamente a aplicabilidade imediata constitucionalmente prevista. Nem de incensá-la como saída mágica engendrada pelo constituinte. Também não se há de esperar passivamente que os casos cheguem, um após outro, ao Judiciário, até a situação macroscópica se tornar insustentável.

É fato que, por mais que a lei o preveja, a saúde – objeto desse estudo – ideal é, como se viu retro, um objetivo talvez impossível de alcançar, independentemente dos recursos razoavelmente disponíveis. Outrossim, mesmo dentro de um Estado Providência atuante, e desbordando para outro direito social – a educação – o argumento do limite do possível e do razoável já respaldou, por exemplo, a decisão de que o Estado não teria realmente como prover educação superior gratuita a todos, na área desejada³⁴⁵. O problema é utilizar tais argumentos precocemente, numa realidade em que o mínimo já é deficitário, para justificar a não aplicabilidade de direitos básicos. O pior é imaginar que, se chegam à Justiça pedidos de

³⁴⁴ Segundo esclarece Gomes Canotilho (op. cit., p. 1195 et seq.), *realizar* a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais; *interpretar* significa atribuir um significado com o fim de obter uma decisão de problemas práticos; *concretizar* equivale a densificar as regras e princípios constitucionais, construir a norma jurídica; e *densificar* implica preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

³⁴⁵ Cabe referência aqui célebre decisão neste sentido, prolatada pelo Tribunal Constitucional Alemão, relativa a vagas para o curso de Medicina em universidade pública local, e que deu ensejo à discussão acerca dos limites de exigibilidade dos direitos sociais, em face da reserva do possível. O transplante inadvertido dessa tese para países em desenvolvimento, que ainda não implementaram de fato um Estado Providência, é objeto de crítica por autores como Andreas Krell (*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha...*), entre outros. O tema será objeto de análise particularizada no capítulo seguinte deste trabalho, mais precisamente no item 4.4.

exames caros ou irrazoáveis, quantos deixam de chegar, relativos a exames simples, a medicamentos banais, a alimentação adequada, que poderiam prevenir muitas doenças e muitas mortes. E esses pleitos – inseridos na esfera do mais “mínimo existencial” de que se poderia cogitar – talvez nunca cheguem, pois estão aquém até mesmo do acesso à Justiça. Não há relato de pedido judicial por três refeições diárias. Naturalmente, o fato de que não cheguem tais lides não é fundamento para denegar peremptoriamente os pedidos que cheguem, ainda que menos primários. Mas é um alerta para apreciá-los com razoabilidade, sem embriagar-se o Magistrado do intuito de, afinal, garantir sozinho a inexorável aplicabilidade, em relação à qual todos os outros poderes falharam.

Em verdade, a previsão da aplicabilidade imediata tem endereço certo: possibilitar o ingresso junto à Justiça para pleitear os bens da vida decorrentes dos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais. Essa não deve ser, contudo, a via habitual para sua obtenção. Em último caso, o Judiciário pode e deve suprir a carência legal, para garantir a aplicabilidade – que, nesse caso, não será realmente imediata, como não o será quando inegável a necessidade de atuação legislativa pelo próprio teor normativo. Mas terá havido a aplicação, que é o que parece ser o escopo constitucional afinal. A discussão se transmuda, então, não em se é possível ou não a aplicabilidade imediata, mas em se perquirir se é ou não conveniente que o Judiciário a implemente em toda sua plenitude, a despeito da omissão legislativa que desfaz da ordem constitucional.

Por fim, dizer que a aplicabilidade dos direitos fundamentais é imediata não significa dizer que ela é plena³⁴⁶, pois os direitos em questão podem ser imediatamente aplicáveis, mas para promover apenas seus efeitos negativos ou de bloqueio, como querem alguns doutrinadores acerca das normas programáticas. Ao ingressar, todavia, na esfera dos efeitos positivos a serem produzidos sem uma normatização regulamentadora, sem uma política pública formada, amplia-se imensamente a área de discricionariedade possível e, por conseguinte, o risco de decisões discrepantes. Passa-se, então, da discussão acerca da aplicabilidade para as esferas da eficácia e da efetividade, a fim de dimensionar – como dissera Alexy³⁴⁷ – *como e em que medida* empreendê-las, de modo que, em nome da aplicabilidade imediata, não se criem incongruências ainda maiores do que as dificuldades fáticas da aplicação de normas não devidamente regulamentadas.

A busca a esses parâmetros de promoção da aplicabilidade imediata e da eficácia adequada há de ser preocupação constante e prévia do Judiciário, a fim de que, perante o caso

³⁴⁶ Em sentido semelhante, cf. MEIRELES, Ana Cristina Costa. op. cit., p. 238-239.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...*

concreto, não raro reputado urgente, possam-se saber os elementos a procurar para nortear uma decisão razoável. Também aos advogados públicos e privados convém a discussão doutrinária e jurisprudencial no sentido de uniformizar tais balizas, de modo a saberem, também, as provas mais necessárias, com o fito de propiciarem análises liminar e definitiva mais bem fundamentadas e uma aplicabilidade dos direitos fundamentais não apenas imediata, mas, especialmente, bem dimensionada quanto aos efeitos que devem ser produzidos.

3.2.2 Direitos fundamentais sociais e normas programáticas na redação constitucional: a função simbólica da norma é suficiente como paliativo social?

Como visto, a discussão acerca da aplicabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais sociais – e do direito à saúde em particular – envolve a análise da situação das normas programáticas. O tema já foi objeto de ricos trabalhos, como a obra clássica de Crisafulli³⁴⁸ e, entre os autores locais, a de Paulo Pimenta³⁴⁹.

Falar em normas programáticas, na ótica tradicional, é falar em uma surpreendente situação de "água que não molha", de "fogo que não queima". É falar em normas que, a despeito de jurídicas e situadas em sede constitucional, perdem seu caráter de coercitividade para se tornarem meras recomendações, orientações, planos ou diretrizes. Ora, é tirar toda a força normativa e constitucional supor que dispositivos ali estivessem inseridos senão para serem fielmente cumpridos. Eles podem até demandar maior esclarecimento, regulação, ou maior prazo para serem implementados, mas nem por isso perdem sua condição de normas e, ainda mais, de normas constitucionais.

Um dos maiores estudiosos do assunto, em seu prisma moderno, o autor italiano Vezio Crisafulli³⁵⁰ é dessa mesma opinião, quando enuncia que *"della norme programmatiche, in genere, deriva un vincolo per il legislatore"* e, ainda, que:

la inosservanza delle norme costituzionali programmatiche da parte degli organi legislativi sarà motivo di invalidità, totale o parziale, dell'atto di esercizio del loro potere, ossia della legge deliberata in modo contrario o diverso da quanto disposto nella Costituzione³⁵¹.

³⁴⁸ CRISAFULLI, Vezio. loc. cit.

³⁴⁹ PIMENTA, Paulo, loc. cit.

³⁵⁰ CRISAFULLI, Vezio. op. cit., p. 64, a traduzir-se como: "das normas programáticas, em geral, deriva um vínculo para o legislador".

³⁵¹ CRISAFULLI, Vezio. op. cit., p. 67: "a não observância das normas programáticas por parte dos órgãos legislativos será motivo de invalidez, total ou parcial, do ato de exercício de seu poder, ou seja, da lei deliberada de modo contrário ou diverso do quanto disposto na Constituição".

Trata-se, aqui, do efeito negativo ou de bloqueio, ainda insuficiente para assegurar a eficácia necessária aos direitos sociais, mas que já representou considerável avanço em relação à doutrina americana das normas meramente diretivas.

Conforme mencionado, a eficácia é dita plena quando irradia seus principais efeitos de forma imediata, completa e exauriente. Diz-se contida ou contível a eficácia, quando os efeitos a serem produzidos, embora passíveis de irradiação imediata, podem ser contidos, reduzidos pelo legislador infraconstitucional, por autorização do poder constituinte. Enquanto não reguladas nesse sentido, valem em toda a sua extensão. A eficácia limitada, por seu turno, requer lei futura que a regule e integre para se tornar adequadamente aplicável. A doutrina italiana entende ser esse o caso das normas programáticas.

Já a moderna doutrina pátria acerca do tema confere aplicabilidade imediata a essas normas: as normas constitucionais – programáticas ou não – não estão ali "por acaso". Viu-se, contudo, que a aplicabilidade imediata não significa de plano a plenitude dos efeitos possíveis. Atualmente, contudo, a jurisprudência tem pendido, cada vez mais, para o reconhecimento da eficácia das normas programáticas de direitos sociais, como reconhecimento concomitante da fundamentalidade desses direitos e da força normativa da Constituição³⁵².

Consultando a lição de Paulo Pimenta³⁵³ e a própria história evolutiva dos direitos fundamentais, é possível, de fato, localizar temporalmente a inserção das normas programáticas no momento de instalação do Estado Social, quando

as Constituições passam, então, a conter em seus textos fórmulas transacionais, que consagram um compromisso entre o liberalismo e o socialismo, inseridas em normas de conteúdo ético-social, as quais disciplinam os programas a serem desenvolvidos pelo Estado.

Verifica-se, assim, de início, que, a despeito das posições que apartam os direitos sociais das normas programáticas, no intuito de aumentar e assegurar a eficácia desses

³⁵² Assim, *verbi gratia*, e em relação especificamente ao direito à saúde, o entendimento esposado no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 267.612-RS, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, em decisão publicada em 23.08.2000. De toda a bela decisão, é de se pinçar o seguinte trecho, mais pertinente no momento: “*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 inseqüente, 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*”.

³⁵³ PIMENTA, Paulo. op. cit., p.135. Também o afirma Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional...*, p. 246), segundo o qual “*a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas*”.

direitos³⁵⁴, o surgimento de tal categoria de normas está intimamente imbricado com o reconhecimento daqueles direitos. Depreende-se daí a necessidade de se encontrar outro meio de lhes assegurar a eficácia, que não a só distinção taxonômica entre normas de eficácia plena e limitada, ou a só afirmação verbal da aplicabilidade imediata e mesmo da eficácia plena, sem a concomitante efetivação no plano pragmático, superestimando o poder semântico da linguagem nesse aspecto.

Observa-se, a propósito, cotejando o tema da linguagem com o das normas programáticas, frequente embate entre a função pragmática – de relação entre os signos e os utentes do mundo da vida – e a função simbólica – referente ao papel referencial da linguagem – na seara dos direitos sociais considerados como normas programáticas.

Ante a característica de sua inserção no texto constitucional como paliativo para os conflitos sociais do século passado, erige-se a dúvida acerca de se o papel simbólico do regramento programático na matéria é suficiente como paliativo social. A intensificação das demandas judiciais na área dos direitos sociais e a própria discussão ora travada evidenciam essa insuficiência.

Nesse campo, vem a lume a teoria da constitucionalização simbólica, com o abuso do recurso da chamada *legislação-álibi*, entendida como detentora de uma função simbólica, mas que não visa ou não chega a alcançar uma concretização normativo-jurídica efetiva.

Segundo Marcelo Neves³⁵⁵, autor de detalhado estudo sobre o tema, a legislação simbólica “*aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia [...] da função simbólica na atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental*”. A utilização da legislação simbólica – e, em maior grau, da constitucionalização simbólica – tem três objetivos principais: confirmar valores sociais (a lei como sinal de força de certos valores, a inserção constitucional como indicativa da adoção desses valores, mesmo que de forma ineficaz na prática); demonstrar a capacidade de ação do Estado (é a legislação ou constituição-álibi, dando a entender que o Estado já começou a agir); e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A legislação simbólica, sob a forma de legislação-álibi, diz Marcelo Neves³⁵⁶, objetiva fortificar a confiança dos cidadãos no Estado, satisfazer as expectativas sociais, servir

³⁵⁴ Como na classificação de Luís Roberto Barroso sobre aplicabilidade e eficácia, supracomentada, em KRELL (obras citadas), também mencionado em ESTEVES, João Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 49-50.

³⁵⁵ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica...*, p. 23.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 36-40; 95-101. Abramovich e Courtis (op. cit., p. 19) falam em uma “fraude tranquilizadora”, em relação à fixação constitucional de direitos sociais que nem sempre se tem a intenção de cumprir de fato.

como “*reação substitutiva*” a pressões sociais, como se verifica na adoção de normas penais mais rígidas, em épocas de crescimento da criminalidade. Dá-se, com isso a aparência de solução, a fim de convencer a população das “*boas intenções do legislador*”. Busca-se obter a lealdade das massas pelo sentimento de bem-estar, de atendimento dos clamores sociais, minorando temporariamente as tensões.

Essas funções não têm sempre uma conotação negativa. O autor aponta, como aspecto positivo do uso da legislação e da constitucionalização simbólicas a função político-ideológica da atividade constituinte, pelo qual mesmo um constitucionalismo aparente intenta imunizar o sistema político contra outras alternativas, tendentes a uma agudização dos conflitos, de modo a se buscar, por essa via paliativa, ganhar tempo ou confiança para a solução pacífica dos impasses sociais.

De fato, não se pode ignorar que a atividade constituinte e a linguagem constitucional, em especial, desempenham relevante papel político-ideológico, exercido mesmo pelas constituições ditas normativas, de alta relevância jurídico-instrumental³⁵⁷, isto é, com amplo grau de concretização normativa. Não há confundir, contudo, os efeitos simbólicos da constituição normativa com a constitucionalização simbólica. Nesta, à inserção de determinado texto de forte teor de convencimento não se segue a efetiva normatividade jurídica generalizada e concretizadora. Há hipertrofia da dimensão simbólica, em detrimento da realização jurídico-instrumental.

O abuso desse recurso pode levar à maior descrença no sistema jurídico. E, afinal, ainda que se ganhe tempo, as leis não modificam a realidade de forma direta, se não houver sua efetivação mediante ações políticas. O aspecto negativo, portanto, consiste na insuficiente concretização normativo-jurídica da legislação simbólica e na conseqüente falta de efetivação dos comandos normativos. A constitucionalização simbólica, diz Marcelo Neves³⁵⁸, está ligada à presença excessiva de disposições constitucionais “*pseudoprogramáticas*”, que se sabem inviáveis ou que não se pretendem em absoluto cumprir, das quais não resulta normatividade programático-finalística, antes atuando o diploma constitucional como “*álibi para os agentes políticos*” e configurando verdadeiro embuste normativo.

³⁵⁷ Sobre a classificação das Constituições, quanto a sua eficácia, o autor (NEVES, Marcelo. op. cit., p. 105-109) adota a sistemática de Loewenstein, que as divide em *normativas* (o modelo ideal, que direciona realmente o processo de poder); *nominalistas* (em que inexistente suficiente concretização constitucional, com pouca ressonância da constituição no processo real de poder, apesar de conter disposições nesse sentido. É a ineficiência não deliberada, mas também nefasta para o Estado) e *semânticas* (constituições que se configuram verdadeiros instrumentos dos donos do poder, não se prestando para a limitação ou o controle desse poder, razão por que Marcelo Neves prefere chamá-las “instrumentalistas”). Nessas, o caráter simbólico é deliberadamente exacerbado, e o descumprimento é certo desde sua proposição.

³⁵⁸ NEVES, Marcelo. op. cit., p. 116.

Na constitucionalização simbólica, transmite-se um modelo “*cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas*”³⁵⁹. É de se notar, contudo, que a “*própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem seus limites*”. Diz o autor que, na constitucionalização simbólica, notadamente como constitucionalização-álibi, há antes uma interseção entre simbólico e ideológico, do que um processo crítico de desenvolvimento da consciência jurídica, ao se imunizar o sistema político contra outras possibilidades, transferindo-se a solução dos problemas para um futuro remoto. Luís Roberto Barroso³⁶⁰, Gustavo Amaral³⁶¹ e Flávio Galdino³⁶² falam em “insinceridade normativa”, para definir situações nas quais a promessa vazia supera o efetivo compromisso constituinte.

Corolário disso, segundo Marcelo Neves³⁶³, é que, “*em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade ‘desorganizada e atrasada’, ‘descarregando-se’ de ‘responsabilidade’ o Estado ou o governo constitucional*”. E nada se faz, de fato, para modificar o abismo entre o real e o textual, embora essa fosse a promessa contida na inserção dos direitos sociais no corpo constitucional, como forma de amainar as inconformidades geradas pelo capitalismo liberal, evitando que elas tomassem contornos revolucionários.

Os direitos sociais, entendidos como fundamentais, não podem ser considerados meros símbolos, só concretizáveis “sob condições sociais diversas”. Eles têm por escopo, exatamente, promover a modificação dessas condições sociais, em direção a uma sociedade mais justa, objetivo da constituição. Os direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à saúde, estão indissociavelmente atrelados, portanto, a normas programáticas, mas dentro de um conceito moderno de normas programáticas (seguindo a mesma doutrina que prega a força normativa dos princípios), que não concebe programa para não ser cumprido, em especial quando relacionado a direitos fundamentais, cuja aplicabilidade e eficácia são abraçadas na constituição, ainda que não se ignorem as dificuldades práticas da realidade.

Nesse contexto, Canotilho³⁶⁴ decreta a morte das normas programáticas, segundo a doutrina tradicional. Diz que sua positividade jurídica não advém da *interpositio* do

³⁵⁹ NEVES, Marcelo. op. cit., p. 98-101. Idem em PIMENTA, Paulo. op. cit., p. 225.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 59.

³⁶¹ AMARAL, Gustavo. op. cit. p. 07. Esse autor menciona, ainda, em outro momento, o que chama de “*ingenuidade positivista*” (p. 211), e de “*excesso de otimismo normativo*” (p. 199), levando o legislador a afiançar direitos por vezes inalcançáveis na prática. Isso ensejaria uma “*insuficiência da palavra ‘direito’*” (p. 41) nesse aspecto, a qual passa a significar expectativa sem perspectivas reais de concretização, por se haverem desconsiderado limitações fáticas relevantes. Correm o risco de se tornarem, assim, o que Sunstein e Holmes (op. cit., p. 127) chamam de “quase direitos” ou “direitos simbólicos”, desprovidos de eficácia e de efetividade.

³⁶² GALDINO, Flávio. op. cit., p. 325.

³⁶³ NEVES, Marcelo. op. cit., p. 176. Idem em SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso...*, p. 150.

³⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 1.177-1.180.

legislador. Afirma a positividade jurídico-constitucional autônoma dessas normas e defende sua aplicabilidade direta, no sentido de sua validade direta, em face da lei faltante ou afrontosa. Conclui que as normas programáticas vinculam os tribunais, tendo os juízes o dever de aplicá-las, “*por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo*”. Adota, portanto, uma posição francamente efetivadora, ainda que a extensão dos efeitos produzidos esteja sujeita, no entender do renomado professor, a um comando de otimização.

Em sentido praticamente inverso, Jorge Miranda³⁶⁵ afirma que as normas programáticas são de aplicação diferida, e não entende possível que os cidadãos as invoquem de logo, pedindo aos tribunais seu cumprimento per si. Segundo o autor, há até quem aduza que os direitos que delas constam, inclusive os direitos sociais, teriam mais natureza de expectativas do que de verdadeiros direitos subjetivos, estando sujeitos ao juízo de conveniência e de oportunidade do legislador.

É de recordar, contudo, que essa discricionariedade quanto aos meios não deve empanar a vinculação no atendimento do fim constitucionalmente previsto. Para Bonavides³⁶⁶, com o qual se faz coro, a concepção de uma programaticidade quase que inconsequente na prática dissolve “*o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado*”. No mesmo sentido se manifestam Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano³⁶⁷ que, todavia, recordam decisão do STF, a qual considerou inviável avaliar, por meio de ADIN, a inconstitucionalidade de normas que houvessem descumprido programa constitucional, pois seria preciso avaliar a legislação infraconstitucional, de sorte que a lesão à Lei Maior seria apenas reflexa. Esse último pensamento ofende mesmo a eficácia negativa, reconhecida, quando nada, por força da previsão de aplicabilidade imediata do artigo 5.º, parágrafo 1.º, da Constituição Federal, mostrando-se em dissonância com a tendência crescente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência atual, de repúdio à constitucionalização meramente simbólica dos direitos sociais.

3.3 Influências da nova hermenêutica constitucional e do neoconstitucionalismo na eficácia dos direitos fundamentais sociais

³⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II.. Também referido por MORAES, Alexandre. *Direito constitucional...*, p. 09.

³⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 232.

³⁶⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. loc. cit.

Já assinalaram Abramovich e Courtis³⁶⁸ que direitos de segunda dimensão não significam, de modo algum, direitos de segunda categoria. Se eles constam no mesmo texto constitucional, inclusive sob um dispositivo de aplicabilidade imediata, e se se rechaça a ideia de que sua inclusão foi unicamente simbólica, depende, em grande parte, dos intérpretes a força e a extensão que se dará a esses dispositivos.

A valorização da atividade interpretativa vem aumentando progressivamente na era contemporânea, após o período de desprezo e rejeição de que foi alvo à época da Escola de Exegese³⁶⁹. Vive-se atualmente um tempo de notável influência da hermenêutica no âmbito do Direito Constitucional, falando-se mesmo em uma nova hermenêutica constitucional, marcada, entre outras características, pela priorização da força normativa da Constituição e pelo reconhecimento de princípios de interpretação próprios a esse escalão de normas jurídicas, que visam a sua maior efetividade.

A expressão *hermenêutica* advém de *Hermes*, o deus grego responsável pela comunicação entre o Olimpo e os humanos, o mensageiro, aquele que decifra uma mensagem mística e misteriosa, tornando-a compreensível. Conquanto comumente associada à *interpretação*, as expressões não são sinônimas, consistindo a hermenêutica na ciência que estuda a interpretação – os métodos, as técnicas, os processos de interpretação, a fim de bem se aplicar a norma em questão. Diz Richard Palmer³⁷⁰ que a hermenêutica é “*o estudo do processo de compreensão*”. Para Carlos Maximiliano³⁷¹, cuida-se da “*teoria científica da arte de interpretar*”.

Também a interpretação, seguindo a ideia mitológica, “desmistifica” a norma. É lugar comum observar a distinção fulcral entre norma e texto normativo. A interpretação, então, “desentranha” do texto, do enunciado normativo (que é forma, continente) a norma (que é conteúdo): o valor, o sentido e o alcance ali albergados. Nessa linha, interpretar significa, para Larenz³⁷², selecionar significados dentre os possíveis e, com isso, desvendar a *valoração* abraçada pela norma e seu alcance. A interpretação consistirá, portanto, em decifrar a valoração jurídica envolvida, a hierarquização de valores, bem assim o quanto de cada valor

³⁶⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. op. cit., p. 32.

³⁶⁹ Acerca da evolução histórica das escolas de pensamento jurídico e das correntes filosóficas vigentes em cada período, cf. MACHADO NETO, A. L. *O Problema da Ciência do Direito...*, p. 33-35 e 46-49.

³⁷⁰ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 19-23.

³⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; Segundo esse autor, “*tudo se interpreta, inclusive o silêncio*”. E não à toa se fala hoje em *silêncio eloquente do legislador*. Cf. também ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 71.

³⁷² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Iamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 286-287 e 297-299.

há que ser implementado, sopesando-os, visto que a norma dá o parâmetro da qualidade, mas não necessariamente de quantidade, somente apurável no caso concreto³⁷³.

É fato seguro hoje que a interpretação é etapa inafastável para a compreensão e a concretização da norma. Uma definição mais tecnicista de interpretação pode ser obtida da lição de Kelsen³⁷⁴, segundo o qual “*a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*”, chegando-se, afinal, ao conteúdo da decisão.

Em verdade, não apenas a norma, mas toda a existência é passível de interpretação³⁷⁵. A imprescindibilidade da interpretação no mundo do Direito, porém, decorre, de forma ainda mais evidente, em razão de sua experiência se dar no espaço da linguagem e, como se viu, de uma linguagem eminentemente polissêmica, sendo os signos linguísticos, per si, marcados pela característica da mediatidade, é dizer, referem-se a algo distinto de si mesmos³⁷⁶. O significado, então, não é um dado prévio, mas o resultado da tarefa interpretativa.

³⁷³ COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 120-122.

³⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 387-395.

³⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 73, refere Ortega y Gasset: “*existir é interpretar*”, assinalando a interpretação como ínsita à natureza humana, e a que todo objeto é passível, notadamente os objetos culturais. Nesse contexto, diz Silva Neto, interpretar é condição necessária à decisão, à ação e depende de todo um cabedal de vivências prévias, de pré-concepções, que permitem o chamado *círculo hermenêutico* ou *espiral hermenêutica*, composto de uma dialética infinda entre o texto e o mundo fático que a circunda. Para Bobbio – BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212 – cuida-se do remontar do signo à coisa significada, do texto ao contexto e vice-versa, num processo aberto e infinito de retroalimentação, em busca do sentido que melhor atenda ao escopo normativo. Sobre o tema, confira-se, ainda, por todos, LARENZ, Karl. op. cit., p. 286-287 e 297-299. Ademais, por força da necessária inter-relação entre a vivência do intérprete e o resultado da interpretação, admite-se que interpretar é também criar, o que reforça a importância da atividade hermenêutica na efetivação dos comandos normativos. Reconhecendo a função criadora do intérprete, notadamente do intérprete judicial, já se manifestaram, além do próprio Larenz, Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito...* e *Teoria Geral do Direito e do Estado...*), Alf Ross (*Direito e Justiça...*, p. 129), Mártires Coelho (COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 72), Juvêncio Garcia (GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 57, 157-163), entre tantos outros. Para Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 387-395), inclusive, a despeito da ênfase dada pelo Positivismo à objetividade e à técnica, a interpretação seria um processo até mais volitivo que cognoscitivo, e sempre necessário, seja pela indeterminação proposital da norma, seja por sua indeterminação involuntária. Nessa linha, conclui, ainda, que “*o juiz, portanto, é sempre um legislador também no sentido de que o conteúdo de sua decisão nunca pode ser completamente determinado pela norma preexistente de direito substantivo*” (Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, p. 212). Quanto à extensão da atividade interpretativa, digladiam-se as correntes ditas interpretativistas e as não-interpretativistas, aquela mais associada a uma visão conservadora, segundo a qual caberia aos aplicadores a interpretação estrita, consistente quase que em mera exegese da norma, sem qualquer inovação em seu sentido por via da interpretação. Já o não-interpretativismo se relaciona ao ativismo judicial e ao reconhecimento dos valores que irrigam o sistema, mostrando-se mais condizente, portanto, com o pensamento atual e com a possibilidade de atualização da norma, frente aos novos desafios da realidade. Cf. a respeito, entre outros, SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens...*, p. 68.

³⁷⁶ Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. loc. cit.

A hermenêutica constitucional, por seu turno, tem por objeto particular as normas constitucionais. É de se questionar se é relevante a dedicação de um ramo próprio da hermenêutica para o estudo da interpretação da constituição. A maioria dos modernos constitucionalistas entendem que sim³⁷⁷, em face das especificidades do objeto constituição.

A ideia de uma hermenêutica constitucional, a propósito, encontra-se intimamente relacionada ao chamado neoconstitucionalismo, corrente pós-positivista que defende uma visão mais ativa da constituição. Entre as características do neoconstitucionalismo, podem-se citar, segundo Suzana Pozzolo³⁷⁸, apontada como a mentora do termo³⁷⁹: o entusiasmo por uma hermenêutica constitucional específica e concretizadora (nova hermenêutica constitucional); a defesa à ascensão dos princípios, ou, antes, a visão da constituição como uma ordem aberta de regras e princípios, permeável a valores suprapositivos e visando à justiça e à realização dos direitos fundamentais, com ênfase ao caráter axiológico representado pelos princípios; a preferência pela ponderação, em relação à subsunção, como modo peculiar de interpretação e aplicação dos princípios; a ampliação dos espaços de constitucionalização, com penetração geral do texto constitucional; a restrição à independência do legislador, mediante a ênfase ao conteúdo substancial da constituição, que condiciona a validade das normas infraconstitucionais; o incentivo à interpretação criativa pela jurisprudência e à interpretação moral, com a eleição de teses morais como lastros decisórios; a valorização dos direitos fundamentais e do Judiciário, entre outras.

Essa linha de pensamento não é isenta de riscos. A própria Susana Pozzolo³⁸⁰ menciona o perigo de se incorrer em uma “ditadura do Judiciário”, com decisões arbitrárias e desmedidamente subjetivas. Contra isso, eleva-se a importância da justificação das decisões como mecanismo de transparência e de controle da discricionariedade judicial.

A concepção mesma de neoconstitucionalismo é alvo de severas críticas por uma parcela da doutrina³⁸¹, que o considera um conceito inútil e reverberativo, na medida em que vem defender, como se novos fossem, aspectos reconhecidos desde sempre como características da norma constituição, tais como sua supremacia, sua condição de validadora

³⁷⁷ Nesse sentido: Ayres Britto (*Teoria da Constituição...*); André Ramos Tavares (loc. cit.); Mártires Coelho (loc. cit.); Celso Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2.ed. São Paulo: IBDC, 1999); Rodolfo Vigo (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005); Uadi Lamêgo Bulos (BULOS, Uadi L. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997), entre vários outros.

³⁷⁸ POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. Joseph Vilajosana. Barcelona: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 343.

³⁷⁹ Por DMOULIS, Dimitri. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo...

³⁸⁰ POZZOLO, Suzana. op. cit., p. 343.

³⁸¹ DMOULIS, Dimitri. loc. cit.

das normas infraconstitucionais. Resumir-se-ia, portanto, a um moralismo jurídico, consistente na (re)aproximação entre moral e direito, negada pelo Positivismo e observada em autores como Dworkin, Alexy, Crisafulli e outros, mas que nada traria de efetivamente novo para o constitucionalismo.

É forçoso observar, todavia, que, ainda quando os preceitos basais não sejam novos, o conjunto ora composto resultou num resgate de valorização da constituição que a elevou, de forma inédita, aos píncaros, não apenas teóricos, mas práticos, da ordem jurídica. A constituição é hoje incensada como base primeira e uniformizadora do pensamento jurídico, reconhecendo-se com intensidade bem maior sua força integradora e de norma efetiva. Sob esse prisma, a ideia de neoconstitucionalismo é válida, vantajosa e diferenciada das visões constitucionalistas que o antecederam, as quais, na realidade prática, não chegavam a acreditar toda a supremacia constitucional proclamada na teoria. Conta, ainda, com o benefício de realmente ressuscitar o debate axiológico e legitimador, deixado de lado pelo Positivismo, como se a legitimidade pudesse ser sintetizada perfeitamente pela análise técnica de validade, do que já se discordou acima.

Em relação à hermenêutica constitucional, defende-se sua existência em face das especificidades da constituição como objeto hermenêutico, mas também quanto a seus intérpretes e às técnicas utilizadas para sua interpretação.

Quanto ao objeto, destacam-se o caráter ricamente axiológico reconhecido à constituição, que serve de ponte hoje entre o discurso jurídico e o moral; sua estrutura normativo-material aberta, fragmentária ou indeterminada, irrigada de princípios e dependente da realidade subjacente; a natureza da linguagem que a compõe, com utilização de termos vagos e imprecisos; ao lado de seu conteúdo específico, composto de normas de organização, definidoras de direitos e programáticas, que denotam seu caráter indissociavelmente político. Essas características são o que permite a evolução constitucional mediante a interpretação (interpretação evolutiva), dotando a constituição da necessária plasticidade e da capacidade de adaptação aos desafios constantes da realidade.

Também em relação ao sujeito-intérprete, há particularidades, notadamente quanto ao controle concentrado, em que se observa a existência de órgão próprio para essa finalidade, com os efeitos peculiares desse juiz constitucional, tais como a dimensão *erga omnes* e o efeito vinculante das interpretações de controle concentrado.

Diferencia, ainda, a hermenêutica constitucional daquela das normas infraconstitucionais a utilização de técnicas interpretativas específicas, como o recurso bem

mais assíduo a argumentos de princípios, evidenciando a inevitabilidade da valoração e da ideologia no processo interpretativo dos dispositivos constitucionais³⁸².

O reconhecimento de uma hermenêutica constitucional e o pensamento neoconstitucionalista têm particular relevância para a promoção da eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos sociais em especial, sobretudo em se considerando sua proximidade com as normas programáticas e principiológicas que permeiam o texto constitucional. Bonavides³⁸³ destaca justamente a carência de normatividade dos princípios na “velha hermenêutica”, em que tinham caráter meramente programático, no sentido pejorativo de ineficácia. Com o pós-positivismo e a nova hermenêutica constitucional, os princípios passam a ser tratados como direito, reconhecendo-se, como faz Crisafulli³⁸⁴, sua dupla eficácia: imediata e mediata ou programática.

O novo modo de pensar a interpretação constitucional também repercute nos métodos eleitos para esse fim, os quais tendem a revelar uma maior democratização e participação dos “normados” no desvendar do sentido normativo³⁸⁵. Esse fato também amplia as possibilidades de eficácia e de uma interpretação efetivadora dos direitos sociais, olhados, então, pelo prisma de seus maiores interessados – e não de forma externa –, por aplicadores que vivenciem de fato a necessidade deles.

3.3.1 Métodos hermenêuticos

Como visto, a linguagem jurídico-constitucional não prescinde de interpretação e, no intuito de orientar a atividade interpretativa, a hermenêutica constitucional apresenta métodos de interpretação, que não são excludentes entre si, mas, pelo contrário, devem ser combinados e explorados ao máximo em suas potencialidades, na busca ao significado mais

³⁸² Nesse sentido, SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional...* A ideologia, na perspicaz lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Introdução ao Estudo do Direito...*), que ora se adota, consiste na “valoração de valores”, na seleção axiológica a nortear a interpretação, desde que tais valores estejam efetivamente consagrados na Constituição. Recorda Engelhardt Júnior (ENGELHARDT JÚNIOR, H. Tristam. *Fundamentos da Bioética*. Trad. José A. Ceschin. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 22) que a expressão ganhou conotação fortemente negativa quando Marx e Engels a empregaram para identificar uma “*ilusão coletiva, uma falsa consciência a respeito da realidade, sobretudo da realidade social econômica*”. Observa que, antes deles, Napoleão já empregara a palavra num contexto pejorativo, no sentido de proposta existente apenas no campo das ideias, sem lastro real.

³⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21.ed...., p. 258-276.

³⁸⁴ CRISAFULLI, Vezio. loc. cit.

³⁸⁵ Exemplo desse processo crescente de democratização hermenêutica é a admissão do *amicus curiae* nas ações de controle direto de constitucionalidade, representando a voz e as expectativas populares, junto ao intérprete judicial específico, casando-se, ainda, com o pensamento de Häberle, adiante comentado.

preciso e à decisão mais justa e eficaz. É inegável, contudo, que a só eleição de se priorizar um dado método já é sugestiva dos valores que norteiam o intérprete.

Em breve síntese, o chamado *método jurídico clássico*, que remonta a Savigny, é, em regra, o primeiro de que se parte, havendo de se ter em mente, afinal, que a Constituição não deixa de ser norma jurídica e que os limites do texto são as balizas naturais de qualquer interpretação normativa. Esse método utiliza elementos ou processos tradicionais de interpretação, a saber: *gramatical, filológico ou literal* (baseado no aspecto etimológico da palavra, sua localização no texto, pontuação etc.); *lógico* (que busca o sentido do texto analisado, a partir de seu cotejo com os dispositivos a ele conexos, evitando contradições e incoerências na interpretação pontual); *sistemático* (que se assemelha ao lógico, mas a conexão é feita aqui com o todo do sistema, como rede axiológica, e com outras normas de mesmo objetivo, visando a assegurar a unidade do sistema. Ayres Britto³⁸⁶ define poeticamente o elemento sistemático como a procura do “*sentido peninsular da norma jurídica, isto é, o significado que a norma assume, não enquanto ilha, porém enquanto península ou parte que se atrela ao corpo dos dispositivos do diploma em que se engasta*”); *histórico-evolutivo* (que interpreta a lei como resultado de um processo de evolução histórica, buscando identificar e compreender o objetivo que norteou a edição daquele preceito normativo; é a investigação da *mens legislatoris*); *teleológico ou finalístico* (questiona a intenção, a finalidade da norma dentro das necessidades atuais, buscando a *mens legis*). Como se vê, são processos eminentemente complementares.

O segundo método a ser mencionado é o *tópico-problemático*, defendido por Viehweg³⁸⁷ como uma técnica de pensamento orientada para o problema. Por esse método, para solucionar os problemas concretos, o intérprete, tendo diante de si a questão cuja solução persegue, transforma os elementos envolvidos na análise (como a norma, o próprio sistema e o método) em pontos de partida (*topoi*), que dirigirão a interpretação. Na seara constitucional, são também *topoi* habituais: o caráter prático da interpretação constitucional; o caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da norma constitucional e a preferência pela discussão do problema em virtude da textura aberta das normas constitucionais. Partindo dessas ideias, quaisquer métodos interpretativos seriam utilizáveis, na busca ao consenso acerca da melhor forma de equacionamento do problema prático em análise.

³⁸⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição...*, p. 154.

³⁸⁷ VIEHWEG, Teodor. *Tópica e Jurisprudência...*, passim.

Tal método hermenêutico é objeto de variadas críticas, a exemplo da tecida por Canotilho³⁸⁸, de que a técnica de Viehweg pende facilmente para o casuísmo, ao se partir do problema para a norma, em lugar do inverso. Também Canaris³⁸⁹ observa que a tópica não tenciona a busca da verdade, “*mas antes do ‘sucesso retórico’, puramente exterior, portanto do triunfo não poucas vezes fácil sobre o parceiro na discussão ou, ainda, apenas do ‘aplausos da multidão’*”, divergindo do pensamento sistemático. Assinalem-se, ainda, as pertinentes advertências feitas por Bonavides³⁹⁰, que destaca o risco de os princípios se tornarem meros *topoi* (pontos de vista, pontos de partida, à disposição do intérprete), enfraquecendo o caráter normativo da constituição e politizando-a excessivamente. Aponta também, a exemplo dos críticos anteriores, o perigo de menosprezo à congruência e à unidade intrínseca do sistema jurídico, já que a lei se torna mero “ponto de partida”, com peso semelhante ao das próprias convicções íntimas do intérprete.

Com efeito, sobretudo no que tange aos direitos sociais, é vão, *exempli gratia*, afirmar-lhes uma amplitude tal que angarie as boas graças dos ouvintes ou dos leitores, sem, contudo, levar em conta o todo constitucional, bem assim o todo formado entre o texto constitucional e o contexto do mundo da vida que o circunda. Ademais, a solução dada a um caso há de ser pensada dentro de uma lógica sistemática, sob pena de se produzir, de fato, a temida combinação entre insegurança e injustiça.

O terceiro método ora recordado procura, então, sanar as deficiências apontadas quanto à tópica, mediante a primazia dada à norma constitucional, e não ao problema. Cuida-se do *método hermenêutico-concretizador*, associado a Konrad Hesse³⁹¹ e que se utiliza da pré-compreensão, no intuito final de elevar ao máximo a concretização das normas constitucionais, evidenciando sua força normativa e sua presença ativa na realidade social. Por essa técnica, parte-se do programa normativo, selecionando-se os fatos que comporão o domínio normativo em que se buscará situar cada problema. Assinala-se o caráter criativo da interpretação, que completa o conteúdo da norma interpretada, mas este método difere da tópica pelo maior respeito aos limites da constituição escrita. Objetiva-se, nesses moldes, “*a consagração [...] do desfecho que mais efetive [...] a norma constitucional*”³⁹². É, pelo que se demonstra, um dos métodos mais favoráveis para orientar uma interpretação coerente e

³⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. loc. cit. Cf. também ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. loc. cit.

³⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito...*, p. 254.

³⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. loc. cit.; Cf. também ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. loc. cit.; SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional...*

³⁹¹ HESSE, Konrad. loc. cit.

³⁹² Assim em SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional...*, p. 33-34.

promissora dos direitos fundamentais sociais, no contexto em que ora se labora: buscar a dimensão normativa e, então, aferir como se situa o caso concreto nesse parâmetro, ajustando-se as zonas cinzentas, de modo a promover a maior efetivação possível dos ditames constitucionais.

O *método integrativo ou científico-espiritual*, que tem em Rudolf Smend³⁹³ seu representante primeiro, sustenta a busca ao alcance do sentido normativo a partir da identificação da afinidade do conteúdo semântico das normas constitucionais sob interpretação com a ordem de valores subjacentes³⁹⁴. Cuida-se de proposição bastante útil na descoberta de direitos e garantias fundamentais, nem sempre expressos ou listados no catálogo principal da constituição. O problema dessa técnica de pensamento é, todavia, sua vagueza e insegurança, na medida em que recorre a fontes extrajurídicas e de difícil, se não impossível, precisão. A investigação do “espírito” constitucional é sobretudo vantajosa na interpretação coerente da Carta Magna, mas não se pode depositar nesse argumento quase sobrenatural todo o lastro hermenêutico, requerendo, portanto, a necessária remissão a outros métodos de interpretação combinados.

O pensamento *possibilista ou método concretista* da constituição aberta foi desenvolvido por Peter Häberle³⁹⁵, como notável contraponto ao hermetismo que envolvia a interpretação constitucional, passando a contribuir grandemente para a democratização da constituição, circunstância pregada também pelo neoconstitucionalismo.

Diz Häberle³⁹⁶ que “*quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la* (Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit))”, indicando, com isso, a inevitabilidade da interpretação constitucional ampla, realizada cotidianamente por todos a quem ela se dirige. A tomada de consciência dessa realidade amplia imensamente o leque de intérpretes autorizados da constituição e, por conseguinte, o leque de interpretações possíveis, renovando as possibilidades de aplicação das normas constitucionais. O autor defende, por essa razão, que a constituição é sempre um *unterwegs*, um “a caminho”, algo sempre em construção, donde o caráter *constutivo* da interpretação constitucional, constantemente enriquecida pela realidade social circundante.

³⁹³ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

³⁹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. loc. cit.

³⁹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

³⁹⁶ Idem, ibidem, p. 13.

Häberle³⁹⁷ divide a interpretação em duas vertentes: a interpretação em sentido estrito, realizada mediante a utilização dos métodos tradicionais, e a interpretação em sentido lato, como processo aberto e público. Parte, para isso, de algumas premissas, quais sejam: a ampla legitimidade para interpretar (é dizer, o alargamento do círculo de intérpretes legitimados); a interpretação como processo público e aberto; a norma constitucional vista não como algo acabado, mas como *possibilidade jurídica* a se concretizar pelo confronto com a realidade; e a tríade realidade-possibilidade-necessidade, a respaldar a concretização normativa.

O pensamento häberliano não é isento de críticas. Há quem diga que ele incentiva ou acirra antagonismos, na medida em que concede a todos os grupos o poder de interpretar a norma maior³⁹⁸. Também por força disso, diz-se, arrisca-se a interpretação constitucional a se dissolver e a se perder entre tantas. A esses temores, opõe Manoel Jorge e Silva Neto³⁹⁹ a existência de competências expressas, dotadas de força coercitiva. Dessa forma, as interpretações em sentido lato, além de naturais e inevitáveis, remanescem como indicativas dos valores sociais, manancial para o intérprete “oficial”, sem que se comprometa a unidade constitucional, de um lado, nem, de outro, afaste-se a constituição dos jurisdicionados, em face da exiguidade e da seleta especialidade de uns poucos intérpretes “autorizados”.

No tema em debate, é de se notar que os direitos sociais e o direito à saúde em particular terão dimensão variável, conforme a interpretação e o intérprete, cabendo ao julgador eleger racionalmente a extensão que mais se amolde aos preceitos constitucionais, aos valores ali consagrados, às expectativas sociais e à realidade subjacente.

Já observara Kelsen⁴⁰⁰ que os métodos interpretativos conduzem a resultados possíveis, não necessariamente ao único correto. Diz a esse respeito, no entanto, que “a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”. Assim, embora usualmente se fale em interpretação autêntica quando feita pela lei, a expressão *autêntica* mostra-se, em Kelsen, como sinônima de *criadora do Direito*⁴⁰¹, caso da interpretação feita pelo julgador perante o caso concreto. Difere aí da interpretação doutrinária, que é apenas cognoscitiva, incapaz, portanto, de, sozinha, criar direito. Isso

³⁹⁷ Idem, *ibidem*.

³⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 509-517.

³⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação...*, p. 32.

⁴⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 387-395.

⁴⁰¹ Utilizou-se, aqui, por se tratar de uma remissão, a forma adotada no texto referido de Kelsen, embora se questione a opção ali feita para a redação sucessiva da expressão *direito*, com minúscula, e *Direito*, com maiúscula, parecendo que seria mais precisa a inversão das formas, é dizer: mencionar o Direito (ciência), com maiúscula; e a criação do direito (conteúdo), com minúscula.

porque, sendo o discurso doutrinário composto unicamente de metalinguagem, sem força prescritiva, enseja, no máximo, força persuasiva.

Reconhecendo-se a interpretação jurídica como dotada de força criativa, ainda maior razão há para se aceitar sua capacidade de preencher lacunas que eventualmente comprometam a efetividade da norma constitucional de direito social. Os parâmetros para fazê-lo é que devem ser alvo de maior discussão, a fim de engendrar simultaneamente maiores graus de justiça e de segurança jurídica em tais decisões.

3.3.2 Princípios hermenêuticos

Recaséns Siches⁴⁰², ao desenvolver sua lógica do razoável, defende que o raciocínio das ciências do espírito não pode ser idêntico ao das ciências da natureza ou das ciências matemáticas. Nas ciências do espírito, pode não haver uma única resposta correta, mas uma gama de respostas que atendam de forma razoável, é dizer, racionalmente justificável, ao problema proposto. Dentro desse espectro de razoável e ao longo de sua história, diz, o direito é sempre ensaio de direito justo. Considerar a razão da vida, flexibilizando o direito, aproxima-o mais do ideal de justo. A segurança absoluta de uma resposta única, contudo, é uma ilusão, justamente porque a busca à justiça é constante. Se a segurança absoluta fosse possível, diz Siches, já não haveria pleitos judiciais. O que se pretende, entretanto, é o razoável, a abranger aspectos axiológicos e teleológicos que escapavam à lógica tradicional, sem desprezar um nível de segurança alcançável.

No intuito de obter essa interpretação racional, razoável, a hermenêutica constitucional se utiliza de princípios norteadores, alguns dos quais se passa aqui a examinar.

O princípio índice da hermenêutica constitucional há de ser, naturalmente, o da *supremacia constitucional ou da preeminência normativa*. Por esse ditame, tem-se em mente que a constituição ocupa o lugar prioritário e mais altaneiro no ordenamento, devendo as demais normas ser interpretadas de forma a ratificar essa posição. Diz-se, assim, que se interpretam as normas infraconstitucionais em consonância com a constituição e a partir dela; não havendo, pelo contrário, interpretar-se a constituição em conformidade com as normas infraconstitucionais, numa evidente inversão de papéis. Também em decorrência desse princípio, o descumprimento dos comandos constitucionais enseja omissão inconstitucional –

⁴⁰² SICHES, L. Recaséns. *Nuova filosofia de la interpretación del Derecho*. México: Centro de Estudios Filosóficos, [1956]. Cf. também, a respeito da evolução do pensamento epistemológico na Ciência Jurídica, MACHADO NETO, A. L. *O Problema da Ciência do Direito...*, p. 46-49.

circunstância que tem particular relevância no campo dos direitos sociais e das normas programáticas que os veiculem, ratificando sua eficácia impositiva e imediata sobre o legislador infraconstitucional e sobre a administração pública.

O princípio da *constitucionalidade das leis* está associado ao da preeminência normativa, na medida em que, estando a constituição em posição suprema, a irrigar todo o ordenamento jurídico, presume-se que as leis elaboradas sob sua égide atendem a suas balizas formais e materiais, sendo, portanto, constitucionais até prova em contrário, hipótese em que serão expurgadas do sistema. Mantêm-se, assim, no ordenamento, apenas normas coincidentes com os preceitos da Carta Magna.

O princípio da *unidade* é dos mais relevantes na atividade hermenêutica constitucional, visto que assegura, nas palavras de Luís Alberto David Araújo e Vidal Serrano⁴⁰³, a “*harmoniosa globalidade do sistema integrado*”, evitando contradições entre suas normas. É dizer que a constituição deve ser interpretada como um todo harmônico e concatenado, e não como dispositivos esparsos, sem compromisso de uniformidade.

O princípio da *concordância prática ou da cedência recíproca ou da harmonização* tem particular relevância no que tange aos mecanismos de ponderação de normas constitucionais⁴⁰⁴. Por esse princípio, há de se interpretar e aplicar um preceito constitucional sem a completa supressão de outro, promovendo-se uma coordenação proporcional entre os bens em conflito. Esse princípio encontra-se intimamente relacionado com o da *proporcionalidade*, que será objeto de análise apartada, conjunta com o método da ponderação, tão caro à aplicação das normas constitucionais, e que intenta equilibrar e determinar o grau de sacrifício imprescindível, quando não é possível a harmonização plena.

Pelo princípio do *efeito integrador ou da eficácia integradora*, a interpretação constitucional deve laborar no sentido de promover, em maior grau possível, a integração política e social e o reforço da unidade política, refutando-se interpretações que comprometam esses objetivos, ao favorecerem, por exemplo, a desagregação da federação.

O princípio da *correção ou da conformidade funcional ou da justeza* preconiza a valorização da repartição constitucionalmente erigida de competências (a separação de poderes, a divisão de atribuições) durante o processo interpretativo. É dizer que, ao interpretar, deve-se eleger o sentido mais condizente com essa repartição. Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁰⁵ refere, como exemplo de desatendimento a esse princípio, a interpretação não

⁴⁰³ ARAÚJO, Luis Alberto David; SERRANO, Vidal. loc. cit.

⁴⁰⁴ Vide item 3.4 infra.

⁴⁰⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação...*, p. 82 et seq.

concretista originalmente dada ao mandado de injunção, que, convertido em pálida sombra da ADIN por omissão, desvirtuou o comando normativo que atribuía ao Judiciário a incumbência de efetivar os direitos inviabilizados pela desídia legislativa na hipótese.

Segundo o princípio da *coloquialidade*, há de se preferir, na interpretação, o sentido mais consagrado na linguagem natural, em detrimento do sentido técnico, que somente será priorizado em caso de expressa previsão constitucional. Veja-se que tal determinação é inversa à regra geral da interpretação tradicional, segundo a qual se deve preferir o sentido técnico, para evitar as imprecisões da linguagem natural. Revela-se aqui mais uma peculiaridade da hermenêutica constitucional. O princípio da coloquialidade decorre do fato de que a constituição, como já observara Häberle, dirige-se a todos os indivíduos, a toda a comunidade, e não apenas aos iniciados em Direito.

O princípio da *máxima efetividade ou da eficiência ou da interpretação efetiva* é considerado por Carlos Ayres Britto⁴⁰⁶, Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁰⁷, entre outros, como o mais relevante na interpretação constitucional, na medida em que responde, inclusive, pela afirmação da supremacia da Norma Maior, ao assegurar o real e máximo cumprimento de seus dispositivos. Por esse princípio, deve-se atribuir à norma constitucional a interpretação que maior eficácia lhe conceda, a solução que maior operatividade lhe confira – o que se revela de logo favorável à tese da eficácia das normas programáticas para além da só dimensão negativa ou sintática.

A máxima efetividade também se mostra aliada do princípio da vedação do retrocesso, que norteia os direitos fundamentais, contribuindo para a concretização progressiva desses direitos, inclusive dos direitos sociais, e repercutindo também no controle de constitucionalidade. Quanto a sua aplicação à interpretação dos direitos fundamentais sociais, em particular, o princípio da máxima efetividade conta com a previsão de remédios constitucionais como o mandado de injunção (se não há a implementação por omissão legislativa), a ação civil pública (se o interesse em questão é eminentemente transindividual, coletivo ou individual homogêneo), o mandado de segurança (se houver política pública regulamentada e descumprida), a ação popular; além das ações ordinárias (em caso de pedidos individuais que requeiram produção de provas), e dos termos de ajustamentos de conduta, mediados pelo Ministério Público, reduzindo o volume das lides.

⁴⁰⁶ BRITTO, Carlos Ayres. op. cit, p. 198. Esse autor excepciona, contudo, os casos em que a própria norma constitucional inequivocamente “*pedir o adjutório de regra intercalar para a plenificação de seus efeitos*”, admitindo, portanto, os casos de eficácia limitada expressa.

⁴⁰⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação...*, p. 95.

Muito próximo ao princípio da máxima efetividade se situa o da *força normativa* da constituição. Para os que os diferenciam, esse ditame busca a maior otimização possível dos preceitos constitucionais, de sorte a assegurar maior eficácia, aplicabilidade e permanência da constituição como um todo⁴⁰⁸. Na esteira da lição de Konrad Hesse⁴⁰⁹ – defensor da existência de uma “vontade de constituição”, a ser fiel e empenhadamente concretizada – pelo princípio da força normativa, a constituição não se deixa simplesmente sucumbir ante as forças reais do poder, como dizia Lassalle⁴¹⁰, mas é capaz de efetivamente influir na realidade, normatizando-a e modificando-a no sentido dos valores constitucionalmente abraçados. Mártires Coelho⁴¹¹ aponta, como forma de realização desse princípio, a busca de soluções que, densificando as normas constitucionais, tornem-nas eficazes e permanentes.

Outros princípios hermenêuticos relevantes, direcionados mais especificamente à interpretação das leis, face à constituição, podem ser encontrados na lição de Santiago

⁴⁰⁸ Assim em Canotilho (loc. cit.); MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

⁴⁰⁹ HESSE, Konrad. loc. cit.. Também sobre a tensão entre a força normativa da constituição e o equilíbrio entre texto e realidade constitucionais, observa Krell (Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial..., p. 247) que “*Limitar normas constitucionais a expressar a realidade de fato seria a sua negação. Mas o direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz*”, sob pena de se gerar, de outro lado, uma ‘*frustração constitucional*’”.

⁴¹⁰ LASSALLE, Ferdinand. loc. cit.

⁴¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. loc. cit. Laboriosas menções à força normativa da constituição podem ser encontradas na jurisprudência, como no seguinte julgado, com especial referência ao direito à saúde: “*DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. [...]. 7 - A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 - O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistem risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. [...]. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, da Corte Européia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. 15. omissis.” (TRF4. AC Nº 2001.71.00.026279-9/RS. Rel. Juiz Federal ROGER RAUPP RIOS. Decisão de 14.08.07) – grifou-se o item 7.*

Nino⁴¹², que concebeu, para uma interpretação uniforme, características atribuíveis a um *legislador racional* e à luz das quais se haveria de compreender as leis. São elas:

O legislador racional é *singular*, a despeito de vários órgãos legislativos serem colegiados. Há de se compreender que a vontade final que formou a lei é única. O legislador racional é *imperecível*: apesar de os legisladores reais fenecerem, a vontade legislativa permanece viva e perene. Ele é *único*, no sentido de que sanciona todas as normas de um ordenamento, em todas as épocas. O legislador racional é *consciente* de todas as normas que sanciona, e *finalista*, no sentido de perseguir sempre um objetivo: ele não legisla em vão, nem aleatoriamente. Daí decorrem subprincípios outros, como o de que os dispositivos não contêm palavras desnecessárias.

Esse legislador racional é, ainda, *onisciente* (ou seja: conhece todas as circunstâncias fáticas envolvidas), *onipotente* (exerce seu poder de forma que suas disposições permanecem vigentes até que sua vontade mesma o limite), *justo* (de sorte que sua norma, aplicada, conduz a uma solução justa) e *coerente* (não entrando em contradições consigo mesmo, o que respalda o princípio da unidade constitucional, por exemplo).

Por fim, acresçam-se suas qualidades de ser *onicompreensivo* (não deixando qualquer situação sem regulação), *econômico* (ele não dita normas redundantes, inclusive em virtude da consciência e do finalismo; todas as normas têm uma razão de ser), *operativo* (as normas que dita são naturalmente aplicáveis, funcionantes e funcionais, quando postas em contato com a realidade. Daí se depreendem os princípios da máxima efetividade e da força normativa, devendo-se partir da premissa de que as normas são prioritariamente aplicáveis e eficazes – a despeito de, sobretudo quanto aos direitos sociais, parecer-se partir muitas vezes da premissa inversa) e *preciso* (no sentido de que sua vontade tem uma direção unívoca, a despeito das imprecisões de linguagem acidentalmente utilizadas).

Também Jorge Miranda⁴¹³ aponta diretrizes para a interpretação constitucional, entre as quais se ressaltam: há de se buscar a unidade de sentido constitucional; contradições de princípios devem ser resolvidas por priorização e cedência (redução proporcional); há de se ter em mente a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham função útil, vedada interpretação que lhes diminua ou suprima a finalidade; a interpretação constitucional é cercada de conceitos exógenos que não podem ser desconsiderados.

⁴¹² NINO, Santiago. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica* (con referencia particular a la dogmática penal). México: UNAM, 1974, p. 95.

⁴¹³ MIRANDA, Jorge. loc. cit.; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso...*; MORAES, Alexandre de. loc. cit.

Mais um princípio apontado quanto à hermenêutica constitucional e sempre cercado de muita discussão doutrinária e jurisprudencial é o da *interpretação conforme a Constituição*, cabível quando a norma apresentar diversas interpretações possíveis, sendo uma delas compatível com os preceitos constitucionais, motivo pelo qual será priorizada. Visa, portanto, a *salvar a constitucionalidade* da lei⁴¹⁴, dentro de um espaço possível de interpretação, fulcrando-se também na economia e no máximo aproveitamento do ordenamento e dos atos jurídicos, respeitados os limites do texto e suas potencialidades, é dizer: o sentido literal da lei e o objetivo inequívoco do legislador⁴¹⁵. André Ramos Tavares⁴¹⁶ pondera, contudo, que esse princípio (para o autor, uma técnica de interpretação), dirige-se, em verdade, às leis, as quais serão interpretadas em conformidade com a constituição, cuja interpretação balizadora seguirá aqueles outros princípios retroapontados⁴¹⁷, razão por que não cabe sua ênfase no momento.

Em face do rol de princípios indicados – que de modo algum tem a pretensão de esgotar o tema – impende concluir que:

*todo o trabalho de interpretação da Constituição tem de estar voltado para o sentido da concreção dos direitos fundamentais, conferindo eficácia social às normas desta natureza, ou seja, trazendo-as para o mundo real, fático, material, realizando-as plenamente. O conteúdo programático dos direitos fundamentais dá lugar à sua eficácia plena e aplicabilidade imediata [...] A hermenêutica de qualquer norma constitucional não poderá resultar em ofensa ou contrariedade aos direitos fundamentais escritos na mesma Carta.*⁴¹⁸ (grifos no original).

Assim é que, no âmbito do direito constitucional à saúde, objeto de análise mais particular nesse trabalho, a unidade constitucional conduz à interpretação de que não há como admitir o direito social à saúde como direito subjetivo, imediatamente aplicável e amplamente

⁴¹⁴ Situa-se aí uma das diferenciações possíveis entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, além da já tradicional menção a ser aquela um princípio interpretativo e esta, uma técnica de decisão. Diz André Ramos Tavares (*Curso de Direito Constitucional...*) que, embora o STF pareça inicialmente tê-las equiparado, terminou por diferenciá-las nas ADINs n.º 491 e 319. Para esse autor, as duas situações só se confundiriam em seus efeitos no controle abstrato, na medida em que, ao declarar uma interpretação conforme, o Tribunal não declara que todas as outras sejam inconstitucionais. No controle concreto, por seu turno, não se estão analisando todas as interpretações possíveis, de modo a considerá-las nulas; mas se analisa apenas aquela em exame, que, se verificada conforme, é considerada constitucional.

⁴¹⁵ Nesse sentido, COELHO, Inocêncio Mártires. loc. cit.; e BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...* e, da mesma autora, Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In. BARROSO, Luís Roberto. (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

⁴¹⁶ TAVARES, André Ramos. loc. cit..

⁴¹⁷ Além desses princípios hermenêuticos, de caráter mais especificamente relacionado com a interpretação constitucional, outros há que têm aplicação mais geral, como a superioridade, a especialidade e a posterioridade, os quais justificam, no caso particular da constituição, a posição do STF, segundo a qual inexistente inconstitucionalidade superveniente originária, mas, sim, revogação (embora mais técnico seria falar em não recepção) de norma infraconstitucional já existente que não se compatibiliza materialmente com nova Lei Maior.

⁴¹⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional...*, p. 313-316.

eficaz, negando, contudo, eficácia e aplicabilidade às normas programáticas que o asseguram, ao fundamento de incompletas e meramente recomendativas ou orientadoras ao legislador infraconstitucional, de quem, afinal, ficaria dependente, em última instância, o direito constitucionalmente sediado. Sendo uma a constituição, suas normas não de ser interpretadas em conjunto, sob pena de se tornar uma farsa a declaração de direitos fundamentais num título e seu esvaziamento num título seguinte, ofendendo a própria força normativa da constituição, cujo reconhecimento obriga à interpretação maximamente eficaz de suas normas, de modo a lhes assegurar a maior operatividade possível.

Uma vez admitido que o direito se encontra assegurado e pronto para ser utilizado, ainda quando não regulamentado de forma ideal, sua amplitude e mecanismos práticos de efetivação é que passam a ser objeto de interpretação pelo legislador infraconstitucional, pelo administrador e pelo julgador. Para isso, mister recorrer aos princípios da concordância prática, da coloquialidade (o que se entende comumente por saúde em cada caso, como dimensioná-la, face a normas outras em eventual conflito), do efeito integrador e da conformidade funcional (a quem cabe e como coordenar o provimento dos serviços necessários à manutenção ou à consecução da saúde na espécie, respeitadas a unidade e a solidariedade nacional e federativa em última instância), buscando-se, ao final, um resultado harmônico e que favoreça a implementação constitucional de maneira não apenas técnica, mas também pragmática (aqui no sentido de prática) e moral (no sentido de axiologicamente legitimada).

3.4 O princípio da proporcionalidade, a ponderação de interesses em conflito e a relação entre regras e princípios no âmbito dos direitos fundamentais

Um princípio hermenêutico em especial tem ganhado particular relevância na interpretação constitucional atual. Cuida-se da proporcionalidade e de sua utilização na ponderação de interesses em conflito. A ascensão epistemológica dessa baliza e dessa técnica interpretativa decorreu da nova compreensão da constituição como continente de regras e princípios⁴¹⁹, de igual importância normativa, senão com ligeira priorização dos princípios, e da percepção da similitude entre os direitos fundamentais e os princípios constitucionais,

⁴¹⁹ Canotilho (op. cit., p. 1.161) assinala a distinção entre os *princípios hermenêuticos*, até então comentados, e os *princípios jurídicos*, de que se passa a falar. Diz esse autor que os princípios hermenêuticos têm força argumentativa, enquanto os princípios jurídicos, notadamente aqueles sediados na Constituição, têm força impositiva e conteúdo próprio, ainda que distinto das regras, como se verá em breve. Necessária a distinção, a fim de se evitar mal-entendidos, decorrentes da homonímia.

como normas-fontes que são, veiculando valores estruturantes para todo o ordenamento e formando uma ponte entre os discursos jurídico e moral⁴²⁰.

Conforme mencionado, a visão da constituição como ordem aberta de princípios e regras, enaltecendo-se a normatividade dos princípios, é relativamente recente, intimamente associada à corrente do chamado neoconstitucionalismo e ao resgate axiológico que o acompanha, como contraponto ao pensamento positivista. Também aos princípios se atribui a maior elasticidade da ordem constitucional, o que é necessário para a adaptação à fluidez e à rapidez das mudanças mundiais, pela possibilidade de maior abertura e flexibilidade interpretativas dessas normas, as quais não se apresentam como parâmetros fixos. Carlos Ayres Britto⁴²¹ fala dos princípios como “*janelas abertas para o porvir*”, dotando a constituição da necessária plasticidade para se adaptar às evoluções sociais.

A distinção entre princípios e regras tem alimentado profusas pesquisas e discussões, sendo, de um lado, pacífica a admissão atual da normatividade de ambos e, de outro, amplos os trabalhos de diferenciação entre as duas categorias, inclusive quanto a seus efeitos e modos peculiares de acomodação e de aplicação.

Destacam-se, assim, distinções já clássicas, como o fato de que as regras definem com precisão os elementos de previsão, ao passo que os princípios, como critérios gerais de valoração, submetem-se à atuação mais concretizadora e densificadora do intérprete⁴²². Consideram-se as regras, por esse motivo, *mandados de definição*, em contraponto à consideração dos princípios como *mandados de otimização*⁴²³, concretizáveis em maior ou menor grau, buscando-se sua realização na maior medida possível, mas não necessariamente na íntegra.

Aponta-se, ainda, que as regras, ao definirem com clareza seus elementos, sujeitam-se à subsunção – ou, antes, diz-se que os casos por elas disciplinados se subsumem a elas, sendo integralmente abarcados pela regra pertinente – e se aplicam segundo o parâmetro do *all or nothing* (tudo ou nada)⁴²⁴. Já os princípios se sujeitam à ponderação e se aplicam

⁴²⁰ Suzana Pozzolo (loc. cit.) chega a falar nos princípios constitucionais como “valores morais positivados”. Também Sanchís (SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 66) os qualifica como “veículos da moral no direito”. Em regra, a definição de princípio está associada com fundamento, alicerce, donde essa caracterização, aliada ao reconhecimento do caráter principiológico dos direitos fundamentais, reforça a tese da fundamentação moral desses direitos, comentada no item 2.2.1 supra.

⁴²¹ BRITTO, Carlos Ayres. loc. cit.

⁴²² LARENZ, Karl. loc. cit. ; COELHO, Inocêncio Mártires. loc. cit., entre outros.

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Do mesmo autor, cf., sobre o tema, *Constitucionalismo Discursivo...*, p. 37.

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. loc. cit. Idem em CANARIS, Claus-Wilhelm. op. cit., p. 86-87; SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens..., p. 51. Cada vez mais, contudo, admite-se a ponderação também entre regras, como defendem CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje...*, p. 226; ÁVILA,

segundo dimensão de peso, podendo ceder a outro de maior peso naquele momento, ou prevalecer, em concorrência com outro de menor peso no caso concreto.

Podem, assim, sobreviver no sistema princípios que, no caso concreto, ofereçam soluções diversas ou até opostas, mediante o afastamento pontual de sua aplicação, sem a consequente exclusão de um deles. Diz-se, em face disso, que os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validade (ou a regra é válida e, portanto, aplicável; ou não o é e, portanto, deve ser excluída do ordenamento), enquanto os conflitos entre princípios se solucionam na dimensão do peso e do valor – elegendo-se qual o valor preponderante naquela situação concreta⁴²⁵.

Também Gomes Canotilho⁴²⁶ assinala características distintivas bastante comentadas entre princípios e regras, a exemplo do maior grau de determinabilidade destas, em comparação com o maior grau de abstração daqueles. Aponta-se, ainda, o conteúdo mais funcional das regras, que se sujeitam a aplicação direta, ao passo que os princípios podem não dar respostas imediatas para os problemas propostos e requerer mediação para sua aplicação, não tendo, ainda, pretensão de exclusividade, inclusive por funcionarem como mandados de otimização, conforme mencionado. Esse autor cita também a natureza nomogenética, com caráter de fundamentalidade e importância estruturante dos princípios, que servem de alicerce às regras, por indicarem os valores abraçados no ordenamento.

Na doutrina pátria, autores como Ana Paula Barcellos⁴²⁷ e Luís Roberto Barroso⁴²⁸ dedicaram-se ao tema da caracterização dos princípios e de sua distinção em relação às regras. Apontam-se, nesse sentido, diferenças quanto à generalidade, ao grau de abstração, ao conteúdo mais ou menos axiológico, à estrutura, às particularidades de aplicação, sem vislumbrar, contudo, hierarquia formal entre as duas espécies normativas. Em relação à estrutura, aduz-se que as regras descrevem de logo a conduta desejada, sem expressarem o fim visado, enquanto os princípios, de outro lado, indicam fins ideais, sem descreverem as condutas para alcançá-lo. Abrem, assim, maior margem à discricionariedade

Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39-41; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos...*, p. 35, entre outros. Também, de outro lado, casos pode haver em que a eleição de um princípio ou direito fundamental como preponderante naquele caso implique a completa inviabilidade de exercício do preterido, de forma semelhante à da aplicação das regras (*tertium non datur*), sem que, todavia, haja a exclusão, por invalidade, do princípio momentaneamente afastado.

⁴²⁵ Nesse sentido, entre outros, BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, p. 279-281. Diz esse autor, com razão, que “a teoria dos princípios é hoje o coração das Constituições”.

⁴²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1159; 1255.

⁴²⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional..., p. 73.

⁴²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 01-48.

do aplicador, mantendo a vinculação quanto aos objetivos, no que se assemelham a metas políticas. Para Ana Paula Barcellos⁴²⁹, dadas as semelhanças ora verificadas, constata-se que as normas programáticas nada mais são do que espécies de princípios. Nessa linha, a inegável aproximação dos direitos sociais com as normas programáticas fala também em favor do caráter principiológico desses direitos, o que, de modo algum, significa ineficácia, sob pena de se estar a negar a própria impositividade normativa dos princípios.

Outra distinção, segundo esses autores, é que os princípios estão habitualmente mais ligados à ideia de justiça, enquanto as regras se ligam mais à ideia de segurança. Mas se pondera que essa associação não deixa de ser uma simplificação, citando-se, como exemplos contrários, o princípio da legalidade – que objetiva a segurança – e, de outro lado, a existência de inúmeras regras voltadas a satisfazer a justiça, a qual deve ser, em última instância, o objetivo final de ambos os tipos de normas.

Autores outros, como Humberto Ávila⁴³⁰, caracterizam as regras como descritivas, retrospectivas, com pretensão de decidibilidade, centradas na correspondência; enquanto os princípios são descritos, quanto à medida e ao modo de contribuição para a decisão, como finalísticos, prospectivos, visando à complementaridade. Nesse sentido, os princípios, sendo normas primeiramente complementares e parciais, abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão, não pretendendo gerar uma resposta específica, mas tão-somente contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada da decisão. Já as regras, como normas “*preliminarmente decisivas e abarcantes*”, pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, aspirando gerar uma solução específica para a solução do conflito, mediante uma correspondência entre a descrição normativa e a construção conceitual dos fatos – a subsunção.

Também ao falar da distinção entre regras e princípios, Hart⁴³¹ – defensor daquelas – em sua resposta a Dworkin, entusiasta dos princípios, repele de certa forma a função normativa dos princípios, ao fundamento de serem extensos, gerais e inespecíficos, de maneira que o objeto de uma série de regras pode ser apontado como ilustração de um só princípio. Diz que os princípios tampouco obrigam a uma decisão, sob a forma do tudo ou nada; eles apenas apontam uma direção, a ser levada em conta pelos tribunais, porém de forma não conclusiva.

⁴²⁹ BARCELLOS, Ana Paula. loc. cit.

⁴³⁰ ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 68-70.

⁴³¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 322.

O fato é que dessas distinções decorrem exatamente algumas das vantagens da incorporação dos princípios como normas de especial relevância no ordenamento jurídico e, notadamente, no âmbito constitucional. Exemplo disso é a possibilidade de se reconhecerem os valores preponderantemente protegidos em cada caso, sem a fixidez de uma hierarquização estanque. Essa importância se acentua em relação aos direitos fundamentais, cuja conformação guarda notável semelhança com a disciplina dos princípios e cuja imensa gama de conflitos potenciais – seja entre os vários direitos de um mesmo titular, seja entre direitos de titulares distintos, seja em relação aos limites das obrigações estatais – dificultaria, senão impossibilitaria, a estipulação de regras inflexíveis para sua aplicação.

Com efeito, os direitos fundamentais muito se aproximam de valores, como os veiculados principiologicamente e, como tais, nem sempre se sujeitam à regra do *all or nothing*, podendo ser aplicados, em muitos episódios, como mandados de otimização, é dizer, em maior ou menor grau, conforme as possibilidades e as necessidades concretas. Ademais, quando dois ou mais direitos fundamentais se apresentam na hipótese, orientando soluções simultâneas incompatíveis, o melhor método para a resolução do impasse é a ponderação, buscando-se aplicar o mais possível de ambos, segundo uma dimensão de peso conformada ao caso concreto, sem o completo sacrifício de um nem sua expulsão do sistema, como ocorreria com as regras. Isso também se verifica ao se buscar dimensionar, numa decisão judicial ou política, o direito à saúde, cotejando-o com o conceito mais amplo possível – como naquele adotado pela Organização Mundial da Saúde, o qual, todavia, também se revela bastante vago e impreciso –, com as circunstâncias práticas da realidade fática ou com princípios igualmente constitucionais, como a reserva orçamentária.

A ponderação consiste, segundo Barcellos⁴³², em uma técnica de interpretação e de decisão própria para “casos difíceis” (e não mais apenas para princípios), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. Ela implica o cotejo, a comparação, o sopesamento entre normas – e conseqüentemente entre valores e soluções – diversas, a fim de buscar a resposta mais justa para o caso concreto.

Para implementar a ponderação, três passos se apresentam⁴³³, a saber: primeiramente, *identificar as normas em conflito na hipótese*. Exemplo clássico de conflito entre princípios ou entre direitos fundamentais de titulares distintos é aquele em que o direito à privacidade e à intimidade de pessoa pública se choca com o direito à informação ou à

⁴³² BARCELLOS, Ana Paula. loc.cit.

⁴³³ Cf. SARMENTO, Daniel. loc. cit.; POZZOLO, Suzana. loc. cit., entre outros.

liberdade de imprensa⁴³⁴. Em referência ao tema em estudo, poder-se-ia citar a discussão comumente mencionada quando se alega a reserva do possível⁴³⁵, sob o prisma da limitação orçamentária. Por essa perspectiva, confrontam-se o direito fundamental à saúde – e já se mencionou a similitude principiológica ostentada pelos direitos fundamentais – e o princípio da previsão orçamentária, consagrado no artigo 167 da Constituição Federal, por exemplo.

A segunda etapa consiste no *exame das circunstâncias concretas e de suas repercussões*, é dizer, na análise do caso concreto e de suas peculiaridades. Pode-se verificar, nessa fase – e a partir da ilustração suprarreferida – se a informação íntima ou privada a ser veiculada, mediante o argumento do direito à informação e à liberdade de imprensa tem *necessidade, utilidade* e efetiva *relevância* para o conhecimento público. Trata-se de uma questão de saúde de um candidato político destacado, que possa interferir na decisão das urnas, já que implicaria o risco de se precisar recorrer ao vice-candidato, dentro de espaço de tempo curto e previsível? Trata-se de mera curiosidade mórbida quanto a um relacionamento extraconjugal de um artista famoso, entrevistado por uma janela de seu próprio lar, sem que assumisse, sequer, o risco deliberado da exposição? O que a revelação desse dado poderá representar para a sociedade e para a vida dos próprios envolvidos? Para quem a perda será mais grave?

Ou, no exemplo da reserva orçamentária, investiga-se se o risco de ofensa à saúde verificado na hipótese é sério e relevante o bastante para justificar uma flexibilização do princípio contraposto; se não há outro modo de ser reparado ou evitado, no caso concreto, sem tal flexibilização; se é razoável priorizar o princípio, cotejando-o com o grau de sacrifício exigido em contrapartida e as consequências que adviriam de cada opção. Gerar-se-ia um precedente incontrolável, uma injustiça inaceitável? Ou o cuidado à saúde demandado, por sua própria monta, é tal que a obediência ao princípio orçamentário, nesse caso, é que acarreta mais grave lesão, não apenas à vítima direta, mas a toda a coerência constitucional? Como resolver a questão, de modo a ensejar o mínimo sacrifício possível das normas em conflito?

Passa-se, então, à terceira fase, relativa à *decisão*. Aqui, apurar-se-ão os pesos a serem atribuídos a cada um dos elementos em disputa, definindo qual(is) deve(m) prevalecer e quão intensamente cada um. É quando se recorre ao princípio hermenêutico ou postulado da

⁴³⁴ De regra, a privacidade ou vida privada é havida como aspecto mais amplo, e a intimidade, como círculo mais estreito na proteção à individualidade. Sobre o direito à privacidade e à intimidade em colisão com outros direitos, cf., por todos, CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade...*

⁴³⁵ O tema será objeto de análise no item 4.4 infra.

proporcionalidade⁴³⁶, à vedação do excesso⁴³⁷, de modo a otimizar a realização das normas principiológicas em conflito, e a compatibilizá-las, sacrificando o mínimo possível de cada uma delas, mas buscando-se chegar, afinal, a uma solução justa e coerente.

Naturalmente o processo de ponderação confere grande poder ao órgão jurisdicional que o efetuará em última instância, podendo-se alegar, ainda, o risco de subjetividade na escolha dos valores a priorizar na hipótese, ensejando substancial insegurança.

A ponderação, todavia, não se verifica apenas no plano jurisdicional concreto. Veja-se que ela já ocorrera, abstratamente, quando da elaboração legislativa, em que se selecionaram valores a serem mais fortemente protegidos. Para minimizar tanto quanto possível a subjetividade da decisão, autores como Ana Paula Barcellos⁴³⁸ sugerem o estabelecimento de certos parâmetros, que aproximem a ponderação em concreto de sua versão em abstrato, como quando se discute doutrinariamente o que deverá nortear o intérprete em casos tais ou quais – como ora se faz – a fim de criar certos caminhos de raciocínio esperados ou previsíveis, ao menos nos casos mais comuns de conflitos sugeridos no texto constitucional e facilmente ou de logo percebidos, estabelecendo-se modelos de solução pré-prontos e delineando limites. Outro mecanismo importantíssimo de controle é a verificação do discurso jurídico, mediante a argumentação, a fim de apurar seu grau de suporte e aceitabilidade racionais, donde a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Essa autora indica como parâmetro à ponderação, primeiramente, o entendimento de que as regras devem ter preferência sobre os princípios. Conquanto essa ideia pareça dissonante do atual ideário de valorização principiológica, como normas-fontes, de natureza

⁴³⁶ Alguns autores, como Humberto Ávila (op. cit., p. 79 et seq.) preferem falar na proporcionalidade como um *postulado*, no sentido de um parâmetro orientador para a aplicação dos próprios princípios, uma *metanorma* ou *norma de segundo grau*, um instrumento operacional, não sendo dotado de conteúdo material próprio, mas se destinando à aferição do conteúdo das demais normas. Alexy (*Teoria...*, p. 111) a chama de *máxima da proporcionalidade*, subdividindo-a em subprincípios ou postulados, quais sejam: da adequação, da necessidade (ou do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou da ponderação propriamente dita).

⁴³⁷ Humberto Ávila (op. cit., p. 89-93) fala também na proibição do excesso, como princípio independente, ainda que inter-relacionado, mediante o qual se veda o desmedido sacrifício de princípios fundamentais, havendo de se preservar minimamente seu núcleo essencial, em todos os casos submetidos à decisão. A discussão sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais será analisada no item 4.3 infra. Para Manoel Jorge e Silva Neto (*Curso...*), o princípio da vedação do excesso foi a primeira forma adotada pelo princípio da proporcionalidade, quando de seu surgimento na Alemanha. Willis Santiago Guerra Filho (*Noções Fundamentais sobre o Princípio Constitucional da Proporcionalidade...*, p. 50) explica que a vedação do excesso equivale ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual abrange também a vedação da omissão inconstitucional (“excesso de omissão”), sem que com isso se perca a sinonímia. Flávio Galdino (op. cit., p. 40) associa, ainda, a proporcionalidade e a vedação do excesso com a isonomia, a proibição da arbitrariedade e, mais indiretamente, com a própria contenção do poder estatal.

⁴³⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional...

estruturante, ela é naturalmente aplicada no processo de interpretação, buscando-se, consciente ou inconscientemente, em primeiro lugar, uma norma mais precisa e específica. Isso significa que, sempre que possível, a regra deve ser preservada, por ser mais objetiva e sujeita à aferição de validade, e o princípio há de ser comprimido, por sua própria natureza mais flexível, sujeito ao sopesamento. É dizer: onde couber subsunção simples, não se recorre de logo à ponderação, mais subjetiva⁴³⁹.

Outro parâmetro apontado é que os direitos fundamentais devem prevalecer na ponderação sobre as demais normas. Pontua-se, quanto a esse aspecto, que, a despeito da igual hierarquia entre as normas constitucionais, algumas delas são dotadas de certa superioridade axiológica, como no caso dos direitos fundamentais, de sorte que, em caso de conflito, há de se reconhecer uma prévia pendência a seu favor. Isso não significa, contudo, conforme já visto, que os direitos fundamentais sejam absolutos (é dizer, não sujeitos a relação, a comparação, a ponderação). Diz mais com o fato de que seu núcleo essencial há de merecer particular atenção nas hipóteses de constrição proporcional, pelo maior peso que essas normas têm, na escala de valores constitucionalmente abraçada.

Afirma Canotilho⁴⁴⁰ que “*os direitos fundamentais são sempre direitos prima facie*”, no sentido de que naturalmente podem ser restringidos – inclusive por sua natureza principiológica – no conflito com outros direitos fundamentais. A prevalência de um ou de outro há de ser aferida, no caso concreto, mediante um juízo de ponderação, buscando-se sempre o menor sacrifício possível e a preservação de seu núcleo essencial. O autor menciona, nessa ocasião, a existência de *limites imanes* como “*limites originários ou primitivos*’ que se impoem a todos os direitos”, a exemplo dos limites constituídos por direitos de outros. Já se comentou, ademais, no capítulo anterior, o reconhecimento da limitabilidade dos direitos fundamentais, o que corrobora a ideia, no caso, de que mesmo o direito fundamental à saúde pode ser limitado em sua amplitude, diante das contingências do caso concreto. A questão passa a ser como o fazer com razoabilidade.

⁴³⁹ Isso não impede que, diversas vezes, regras sejam afastadas em favor de princípios superiores, quando a regra em exame violar a tal ponto o princípio que se verifique a invalidade daquela norma específica. Nessa hipótese, entretanto, não se falará do conflito entre duas normas igualmente válidas, mas sim da constatação da invalidade de uma delas. Também por força disso, há quem entenda inoconter verdadeiramente conflito entre princípios e regras, havendo-se de apurar, em caso de aparente incompatibilidade dessa ordem, o princípio em que se escora a regra. Assim em SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. 370f. Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 59-61; GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 49.

⁴⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1.274-1.280.

Elementos outros de parametrização da ponderação, tentando torná-la o mais previsível, segura, objetiva e racional possível, são a equidade (originada do *aequum* grego, no intuito de consonância com o senso de justiça, recorrendo, por vezes, à analogia, no sentido de tratar de forma semelhante casos semelhantes), as teorias da imprevisão (de origem bem mais recente, destinando-se a reequilibrar relações preexistentes, atingidas por eventos não previsíveis) e da onerosidade excessiva, entre outros fatores de comparação.

No exercício da ponderação, enfatiza-se, portanto, além da harmonização (ou cedência recíproca) supramencionada, o princípio da proporcionalidade, sinônimo, para alguns autores, de razoabilidade⁴⁴¹ e que, para o STF, decorre do próprio princípio do devido processo legal, em sua vertente substantiva⁴⁴². Sobre o tema, apresenta Alexy⁴⁴³, como uma “*lei da ponderação*”, a orientação de que, “*quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou do prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*”. Para isso, a proporcionalidade se divide em três subprincípios, quais sejam: a adequação dos fins aos meios; a necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito.

A *conformidade ou adequação dos meios* significa que os mecanismos escolhidos para a obtenção do resultado visado devem-se mostrar realmente idôneos, eficazes para sua consecução, aptos de fato ao atingimento da finalidade proposta, sob pena de não se justificar racionalmente sua utilização.

A *necessidade* implica, segundo Canotilho⁴⁴⁴, não apenas a necessidade material, mas também a exigibilidade espacial e temporal, relativas ao âmbito da intervenção. Significa apurar se as eventuais restrições impostas a determinados princípios ou direitos são – além de

⁴⁴¹ Assim em BARROSO, Luís Roberto (loc. cit.), *verbi gratia*, que identifica a diferença de nomenclatura com a origem distinta: anglo-saxônica, no caso da razoabilidade, e romano-germânica, quanto à proporcionalidade, sem divergirem, porém, quanto aos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição de atos arbitrários, busca da justa medida. Contrariamente à equiparação, pode-se citar, entre outros, ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 101, e GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 65. Para este último autor, a razoabilidade é a vedação do absurdo, ao passo que a proporcionalidade é uma exigência de racionalidade, pressuposta a razoabilidade. Continua, afirmando que a razoabilidade é, em verdade, uma vedação à irrazoabilidade, donde seu caráter negativo, enquanto a proporcionalidade é de natureza positiva, indicando a tarefa de equilibrar valores. Dada a sutileza da diferenciação feita entre as duas categorias e a própria interdependência entre elas, não se fará distinção no presente trabalho. Impende frisar, no entanto, as dificuldades linguísticas, na medida em que, mesmo em relação aos princípios interpretativos, que visam a esclarecer, verifica-se a polissemia e a ambiguidade, não havendo aqui, tampouco, um consenso em relação aos termos empregados.

⁴⁴² Assim, *verbi gratia*, no julgamento da ADIN n.º 1.158/AM, medida liminar, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.11.2004, por maioria.

⁴⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 160 et seq. E, do mesmo autor, *Constitucionalismo Discursivo...*, p. 15.

⁴⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. loc. cit.; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso...* Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 224. Idem em MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., p. 326) fala na necessidade como “*princípio da menor ingerência possível*”.

meios adequados – efetivamente necessárias e exigíveis e dentro de que dimensão de espaço e tempo, para que se alcance o fim em questão, sem invadir além do imprescindível a extensão das normas contrapostas. Nesse sentido, corresponde à *vedação do excesso*, evitando prescrições irrazoáveis, que impliquem sacrifício desnecessário de um princípio ou direito.

Para outros autores⁴⁴⁵, contudo, a vedação do excesso (*Übermaßverbot*) corresponde à proporcionalidade em sentido estrito. Ela é percebida não apenas no âmbito interpretativo do julgador, mas também quando se exige do legislador, por exemplo, a edição de leis o menos restritivas possível aos direitos fundamentais; ou de o administrador escolher a solução também menos gravosa e restritiva possível.

A *proporcionalidade em sentido estrito* indica o equilíbrio razoável, racionalmente justificável, entre as perdas impostas – o menor sacrifício, a redução plausível de um direito, princípio ou interesse – e os ganhos visados por esse sopesamento algo depreciativo daquele elemento. Assim, observa Daniel Sarmiento⁴⁴⁶, o benefício obtido deve compensar a restrição da norma contraposta, de modo a justificar esse gravame. Em face disso, Alexy⁴⁴⁷ considera este subprincípio como *a ponderação propriamente dita*.

Veja-se que não se trata, portanto, de mera alegação de que os fins justificam os meios, mas, sim, de pesquisar de se os ganhos a serem obtidos justificam de fato o nível de restrição decorrente, se essa restrição é de fato necessária (ou quão necessária ela é) e se é possível manter um cerne sobrevivente da norma restringida, de sorte que ela não seja totalmente sacrificada. Objetiva-se, com isso, uma divisão proporcional dos ônus a serem suportados, de modo que eles se distribuam de forma justificável pela comunidade, sem recair apenas sobre um indivíduo em particular, o qual passaria a ter seu direito irrazoavelmente reduzido. O objeto último do processo há de ser a dignidade da pessoa humana, o que não significa, contudo, a desconsideração leviana de todas as demais normas, uma vez que a própria noção de dignidade é de árduo dimensionamento.

Reconhecido estudioso do princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho⁴⁴⁸ busca a origem do princípio na moral e da antiga ideia grega de equilíbrio harmônico, expressa pela noção de *métron* – o padrão de justo, belo e bom. A proporcionalidade se aproxima, nesse caso, da justiça distributiva, no sentido da divisão de “*encargos e recompensas*”, que, no ideário romano, recebeu a fórmula *jus suum cuique tribuere* – a justiça

⁴⁴⁵ Assim em GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit, 2008, p. 50.

⁴⁴⁶ SARMENTO, Daniel. loc. cit.; SILVA NETO, Manoel Jorge e. loc. cit.

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 112; MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., p. 326.

⁴⁴⁸ Entre outros textos do autor sobre o tema, cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 45-70.

como atribuir a cada qual o que é seu de direito. De fato, a ideia de justiça como proporção e sopesamento encontra eco na própria representação da balança de Thémis.

Por tudo isso, a proporcionalidade representa, no dizer do autor, o “*princípio dos princípios, verdadeiro principium ordenador do direito*”, assinalando a habitual sinonímia matemática entre “razão” e “proporção”, a indicar que uma avaliação racional há de ser necessariamente ponderada. Não se nega, tampouco, o relevante caráter de *topos* argumentativo representado pela proporcionalidade, “*ao expressar um pensamento aceito como correto, por justo e razoável, de um modo geral – logo, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas*”. A comprovação da proporcionalidade de uma decisão, a partir da argumentação, é, portanto, importante elemento no controle dessa decisão.

Outra inolvidável relação da proporcionalidade com a interpretação e a aplicação do direito diz respeito à discricionariedade. Como visto, a ponderação e a proporcionalidade não são de uso exclusivo no âmbito do Judiciário, mas fazem parte do cotidiano de todo o Poder Público, incluindo o legislador e o administrador, havendo mesmo quem registre que sua origem se associa com o Direito Administrativo e a realização de opções políticas⁴⁴⁹. O exercício da discricionariedade, nesse caso – inclusive no que tange à execução dos programas constitucionais – há de ser revestido de uma avaliação racional dos meios (que podem ser discricionários) e fins (que são vinculados), verificando-se a adequação e a necessidade dos meios escolhidos, bem como a proporcionalidade entre estes e os fins visados, a fim de evitar o excesso e a opção irrazoável, no sentido de não justificável racionalmente.

Por fim, é de se assinalar que se trata de um princípio *reflexivo*⁴⁵⁰, é dizer: sua própria aplicação há de ser ponderada quanto à adequação, oportunidade, exigibilidade (necessidade) e cotejo com os fins buscados, uma vez que, assim como dito em relação à ponderação, sempre resulta daí certo risco de subjetividade e maior nível de insegurança do que a mera subsunção, quando esta for possível.

3.5 O direito à saúde é um direito subjetivo afinal?

⁴⁴⁹ Nesse sentido, GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 57. Também sobre o tema, cf. DAVI, Kaline Ferreira. *A Dimensão Política da Administração Pública...*, p. 145-147. Essa autora pondera que, na realização de programas políticos, o exercício da ponderação, mediante a proporcionalidade, mostra-se ainda mais complexo do que a escolha dos meios para atingir resultados previstos. Trata-se, por vezes, de opção bem mais difícil: escolher, dentre os resultados a serem buscados pelo Estados, quais priorizar, diante da escassez de recursos. São as chamadas escolhas trágicas, tanto mais trágicas quando envolvem os direitos à vida e à saúde.

⁴⁵⁰ Assim em GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 64.

Quanto à questão de se a saúde constitui um direito subjetivo e à extensão que essa afirmação assume, a doutrina se divide. Alguns, conquanto o afirmem amplamente, não sopesam suficientemente os aspectos práticos dessa afirmativa. Outros, ao negá-lo de pronto, superdimensionando as dificuldades práticas, terminam por sacrificar a própria eficácia constitucional. Há quem mencione, ainda, a irrealidade de se falar em um *direito à saúde* – nem sempre assegurável, por motivos que muitas vezes transcendem o material e o jurídico – preferindo a expressão *direito aos cuidados em saúde*⁴⁵¹ ou *direito de acesso aos cuidados em saúde*, estes, sim, suscetíveis de eventuais discussão e exigibilidade como direito subjetivo, ponderáveis com outros direitos e princípios.

Já se mencionou retro a noção da bidimensionalidade dos direitos fundamentais, no sentido de que eles contêm um aspecto subjetivo – relativo a sua apresentação como direito subjetivo, judicialmente exigível por seu titular – e um aspecto objetivo, pelo qual representam um valor abraçado pela comunidade política, ensejando um comando legislativo ou um programa. Nenhum dos dois aspectos pode ser desprezado, sob pena de se esvaziarem direitos fundamentais arduamente conquistados, tornando-os meramente retóricos.

Considerando a característica prestacional mais aguçada nos direitos sociais e sua íntima relação com as normas programáticas, é natural que essa discussão seja mais acirrada no tocante a esse grupo de direitos fundamentais. Uma das tendências intermediárias mais frequentes é a que restringe a dimensão subjetiva dos direitos sociais a sua eficácia omissiva, é dizer, reconhece como direito subjetivo a possibilidade de exigir a omissão estatal ou de particular quanto a lesar esse direito. Já sua imprescindível porção prestacional, que dá o conteúdo mesmo desses direitos como construtores de igualdade material, ficaria condicionada à dimensão objetiva, no sentido de uma eficácia programática limitada, não exigível judicialmente por seu titular individualizado nem aferível por tal via, porquanto comandos políticos⁴⁵², caminhando-se no sentido, já criticado, segundo o qual normas programáticas seriam desprovidas de eficácia impositiva real (positiva, semântica ou pragmática). No caso da saúde, equivaleria a reconhecer o direito subjetivo de não lesão à saúde, mas inviabilizaria considerar como direito subjetivo do cidadão as políticas públicas para promoção da saúde, relegando-as à condição de diretrizes, orientações para os poderes constituídos.

⁴⁵¹ SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética da proteção em saúde pública. In. FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. *Bioética e Saúde Pública*. 2.ed. São Paulo: Loyola-São Camilo, 2003, p. 74.

⁴⁵² Cf. item 4.1 infra.

A aferição e a implementação judicial dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, será objeto de estudo próprio, no capítulo que se segue. A análise atual é prévia a esse contexto. Visa a discutir em que medida o direito à saúde pode ser considerado direito subjetivo, em face dos elementos de aplicabilidade e de eficácia já descritos, bem assim ante o teor da linguagem programática consitucional e em ponderação com as limitações da realidade. De logo, reputa-se insuficiente considerá-lo exigível apenas no que tange a condutas negativas, omissivas, do particular ou do Estado. Se assim fosse, mostrar-se-ia desnecessário inseri-lo no âmbito dos direitos sociais, remanescendo no espectro tradicionalmente considerado dos direitos de primeira dimensão, ainda quando já se tenha comentado que, mesmo em relação a esses, as prestações se mostram necessárias.

Convém, ainda, recordar o significado da expressão *direito subjetivo*.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁵³ observa que a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo deriva da atribuição de sua *titularidade* a um sujeito; já que o direito, como previsão normativa objetivamente considerada, não pertence a ninguém, é a norma jurídica em si, um dado cultural. Equivaleriam, respectivamente, às expressões *law* e *right*, no idioma inglês; ou *Gesetz* e *Recht*, no alemão; ou a tradicional distinção latina entre *norma agendi* e *facultas agendi*.

Pela fundamentação jusnaturalista, o direito subjetivo antecederia o objetivo. Dessa perspectiva divergem os positivistas, entendendo incabível falar em direito subjetivo antes ou independentemente da norma que o atribua, enxergando-os, sim, como concomitantes e complementares⁴⁵⁴, sob pena de fazer equivaler o direito subjetivo a “*uma alma vagando sem corpo*” e sem meios de se assegurar.

Historicamente, a noção de direito subjetivo se atrelou, de início, à liberdade: o direito subjetivo como faculdade de seu detentor. Cuidou-se da *teoria da vontade*, lastreada em Savigny e reformulada por Windscheid⁴⁵⁵. A teoria da vontade foi alvo de críticas várias, como as tecidas por Jhering, no sentido de que, entre outros aspectos, mesmo indivíduos desprovidos de vontade, como os incapazes, podem ser detentores de direitos subjetivos; bem assim se afirmou que a vontade (representada nas convenções) em si não vincula de forma

⁴⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 146 et seq.

⁴⁵⁴ Assim o diz REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito...*, p. 258. Também o refere MEIRELES, Ana Cristina Costa. op. cit., p. 146.

⁴⁵⁵ Sobre a evolução das teorias no campo dos direitos subjetivos, cf., entre outros, FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. op. cit., p. 147-150; REALE, Miguel. op. cit., p. 250, e MEIRELES, Ana Cristina Costa. op. cit., p. 150-155. Ante as críticas de Jhering, Windscheid substituiu a vontade do sujeito pela do ordenamento jurídico, mas não resolveu, com isso, todos os problemas da teoria da vontade, considerando, inclusive, a ficção assim criada.

absoluta, ou, ainda, que pode haver casos em que não haja a vontade de exercer o direito, mas, ainda assim, ele remanesce existindo.

Propôs-se, então, a visão do direito subjetivo como *interesse* juridicamente protegido. Foi, então, a vez de Windscheid redarguir, ao fundamento de que também podem subsistir direitos mesmo nos casos em que não haja interesse de seu titular em exercê-los, de sorte que o que o ordenamento protege, em verdade, não é o interesse, mas a *pretensão*, não se podendo confundir o direito com seu conteúdo⁴⁵⁶.

Abriu-se caminho, com isso, para uma terceira teoria na área, dita *teoria da garantia*, capitaneada por August Thon e segundo a qual o direito subjetivo tem por base a “*possibilidade de fazer a garantia da ordem jurídica tornar efetiva a proteção do direito*”⁴⁵⁷. Essa teoria, contudo, peca ao restringir o direito subjetivo à proteção conferida pelo direito objetivo. Natural que a proteção é necessária, sob pena de o direito se tornar mera afirmação retórica, mas ela não se pode confundir com o conteúdo mesmo do direito protegido.

Teorias outras buscaram situar e definir o direito subjetivo, como a *teoria eclética* de Jellinek⁴⁵⁸, segundo a qual o direito subjetivo não seria exclusivamente vontade (elemento subjetivo) nem interesse (elemento objetivo), mas a reunião de ambos. Consoante Duguit⁴⁵⁹, entretanto, a concepção de direito subjetivo é artificial e precária – donde as tantas controvérsias em torno do tema de sua natureza. Remonta a Jellinek, no escólio de que o direito subjetivo nada mais é que o poder de impor aos demais o respeito a sua vontade. Em face disso, considera a noção de direito subjetivo como uma herança individualista, a que se contrapõe o reconhecimento de uma função social do homem, enfatizando a sociedade, em detrimento da visão individualista e metafísica da liberdade. Afirma que o indivíduo não possui direitos subjetivos como algo seu, numa relação quase que de propriedade, e que, ainda que se possua a vontade, suas consequências serão dadas pelo ordenamento, em virtude do qual (e não da vontade) o dever existe e ao qual compete um *telos* voltado para a solidariedade social.

Volta-se, como percebido, ao embate entre o individual e o coletivo, que habitualmente permeia as discussões sobre o grau de exigibilidade dos direitos sociais. O fato

⁴⁵⁶ Cf., também, sobre a evolução das teorias na área, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 194.

⁴⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 149.

⁴⁵⁸ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 312.

⁴⁵⁹ DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Heliasta, [1975], p. 174 et seq.

é que os direitos sociais não deixam de ter um aspecto individual⁴⁶⁰ (bem percebido nas demandas judiciais individuais em relação ao direito à saúde), que não pode ser desconsiderado, como conquista humana que é, na ponderação com os interesses da coletividade.

O pensamento de Duguit é criticado por Alf Ross⁴⁶¹ e Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴⁶², ao fundamento de que termina por confundir aspectos jurídicos (dogmáticos) e sociológicos (zetéticos, metajurídicos).

Buscando ater-se, de outro lado, ao estritamente jurídico, como espelho do pensamento positivista que representa, Hans Kelsen⁴⁶³ entende o direito subjetivo como mero reflexo de um dever jurídico, indicando ambos, portanto, uma única situação, decorrente da norma jurídica, donde a desnecessidade da diferenciação. Repele, também, a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo, em vista da relação inafastável entre eles. O direito subjetivo, nesse contexto, é a consequência do dever jurídico descumprido, pelo que se reveste de um poder jurídico de ação, a fim de obter aquele cumprimento e a consequente obediência à norma jurídica, aproximando-se, portanto, na noção de pretensão. O direito existe, contudo, independentemente do descumprimento do dever. Dizer o contrário seria afirmar que os direitos só nascem quando alguém os viola, desconsiderando que eles decorrem da incidência da norma (direito objetivo) sobre a relação jurídica concreta. Se descumprido, surge a pretensão, o poder de exigir coercitivamente o cumprimento do dever, da prestação obrigada, a fim de concretizar o direito preexistente, que respalda essa pretensão. A relação com o poder de ação é, assim, manifesta, mas não reducionista.

⁴⁶⁰ Sobre essa simultaneidade, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 12, p. 91-107, 2001.

⁴⁶¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça...*, p. 222.

⁴⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 149.

⁴⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 142-152. Também relacionando o direito subjetivo ao direito de ação, de maneira não tão estrita e mais condizente com o quanto atualmente defendido, posicionam-se LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-143, e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas...*, p. 99: “direito subjetivo, entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse”; ou, ainda, o direito subjetivo como a possibilidade de exigir, ao lado do dever jurídico, como a obrigação de cumprir. Também Abramovich e Curtis (op. cit., p. 192) associam o direito subjetivo com um direito garantido de ação. Em sentido semelhante, Flávio Galdino (op. cit., p. 55, 203, 211), adotando a interessante expressão de Sunstein e Holmes (op. cit., p. 17) diz que direitos subjetivos são “*direitos com dentes*”, entendidos os “dentes” como os mecanismos de acionar o ente estatal para que garanta tais direitos reconhecidos. Sob esse prisma, reconhecer os direitos sociais como direitos subjetivos é admitir, de logo, sua acionabilidade e sua respectiva judiciabilidade.

Retornando à vertente do presente estudo, Ana Cristina Meireles⁴⁶⁴ interroga quais direitos subjetivos, afinal, podem advir das normas programáticas de direitos sociais. Reconhecer direitos subjetivos implica reconhecer, na visão kelseniana, que essas normas estipulam o dever correlato de provimento dos direitos sociais em comento. Poder-se-ia questionar, então, qual dever especificamente: o dever de editar regras efetivadoras, porquanto normas de eficácia limitada? O dever de implementar políticas públicas de concretização, porquanto programas? Ou de logo o dever de realizar esses direitos, porquanto normas constitucionais dotadas de máxima efetividade, notadamente no quanto relativas a direitos fundamentais?

Analisando os direitos fundamentais como direitos subjetivos, Canotilho⁴⁶⁵ divide as posições jurídicas possíveis nessa seara em: direitos a condutas negativas, direitos a ações positivas (subdivididos em direitos a prestações fáticas e direitos a prestações normativas), liberdades e competências (como possibilidade de o indivíduo praticar certos atos jurídicos e, como consequência desses, alterar posições jurídicas). Para a discussão em tela, interessam particularmente os direitos a ações positivas, que, no âmbito dos direitos sociais, podem vir a indicar o direito de exigir prestações estatais.

Interroga-se, no caso, se é possível, com fulcro nos direitos sociais e diante das normas programáticas que os veiculam, cobrarem-se de logo as prestações fáticas necessárias, ou se dessas normas somente se depreende, como direito subjetivo, a possibilidade de se exigirem as prestações normativas eventualmente faltantes e necessárias à implementação dos direitos sociais em questão. Com efeito, o direito subjetivo reconhecido na hipótese abrange *ambas as formas de prestação*, haja vista que nem sempre há tempo hábil para reclamar-se a prestação normativa ou a idealização de política pública de caráter geral, sob pena de perecimento do bem a cuja proteção se visa.

Esse entendimento repercute, por óbvio, no tipo de ação que ampara o direito. Ações há que podem ser utilizadas na defesa do direito à saúde e de outros direitos sociais, de forma coletiva, direcionadas para a obtenção da normatização e da implementação de políticas públicas. Nesse contexto, o direito à saúde é considerado num sentido ou dimensão objetiva, de atendimento ao programa e de disponibilização geral e abstrata dos meios, e não como a saúde de um indivíduo concretamente tomado. É o caso da ação civil pública, quando utilizada para implementação de determinada política de saúde pública, embora essa via

⁴⁶⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. op. cit., p. 145.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 1259. Também para esse autor (p. 1143), o direito subjetivo consiste na possibilidade de se fazer ou exigir algo, nos termos da ordem jurídica vigente. Cf. notas n. 124 e 125 retro.

também possa ser manejada no intuito individual, ao fundamento de se tratar da defesa de direito indisponível. O mandado de injunção situa-se num meio-termo, na medida em que, conquanto tenha seu fundamento na carência de normatização e já tenha sido interpretado como mero equivalente de menor força da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, tendo como consequência a só advertência ao órgão omissor, cada vez mais tem evoluído para uma interpretação efetivadora de sua função, como realizador substitutivo do direito obstado no caso concreto. O mandado de segurança pode ser utilizado individual ou coletivamente, se houver política pública prevista e descumprida, apta a caracterizar direito líquido e certo à sua utilização, de modo a prescindir de instrução probatória; e a ação popular, caso a conduta combatida possa configurar lesão à moralidade administrativa, ante do descumprimento deliberado de uma política, por exemplo. Também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental já foi admitida como meio de pleitear a implementação de políticas públicas, sob a Relatoria do Ministro Celso de Mello, como na multicomentada ADPF n.º 45.

Há quem defenda que o direito à saúde somente pode ser pleiteado judicialmente pela via individual se for para o cumprimento de políticas já existentes. Caso se busque a implementação de próprias políticas, o pleito apenas poderia ser efetuado pela via coletiva⁴⁶⁶. Isso significa, contudo, reconhecer direito subjetivo apenas a prestações normativas, no âmbito das normas programáticas relativas a direitos sociais, e a prestações fáticas apenas se já tiver havido a prestação normativa. Diverge-se desse entendimento, por considerá-lo contrário ao reconhecimento mais amplo da saúde como direito subjetivo de obter prestações fáticas, quando necessárias à garantia da integridade física e da vida do indivíduo no caso concreto, a despeito de eventual desídia do legislador infraconstitucional. Para estas situações, há de se recorrer às ações ordinárias ou ao mandado de injunção, mediante sua interpretação mais efetivadora e concretista. Com efeito, se há um direito fundamental à saúde constitucionalmente reconhecido, não pode ele ficar refém da atuação infraconstitucional para ser exigível individual e concretamente. O que se buscará é identificar padrões que permitam sua efetivação jurisdicional, em caso de omissão indevida, com as maiores razoabilidade e segurança possíveis, de modo a não desestruturar a organização política e econômica, de um lado; nem, tampouco, deixar indefeso o titular e desprestigiado o direito.

⁴⁶⁶ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros de atuação judicial. In. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e Efetividade Constitucional*. Salvador: Juspodivm, p. 221-250) sugere alguns parâmetros que, a despeito de bem elaborados e racionalmente defendidos, parecem ir por esse caminho, esvaziando um tanto o conteúdo do direito social à saúde como direito subjetivo.

Isso não significa dizer, por outro lado, que o direito subjetivo somente seja possível na modalidade individual, como temia Duguit, em sua crítica à natureza liberalista do conceito. Já se mencionou, pelo contrário, a existência de ações coletivas em defesa aos direitos sociais, difusamente considerados. Fato é que o reconhecimento da titularidade transindividual dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, sem apagar a concomitante titularidade individual no caso concreto, ampliou suas possibilidades de defesa⁴⁶⁷.

Fala-se, ainda, em direito subjetivo público e em direito público subjetivo. Para Ana Cristina Meireles⁴⁶⁸, seguindo a lição de Jellinek, o primeiro indica “*os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal*”, no intuito de limitar o poder do Estado. Direito público subjetivo, por seu turno, designa o direito outorgado pelo

⁴⁶⁷ Ainda há, contudo, posições tendentes a enfatizar o caráter exclusivamente individual do direito subjetivo, como se vislumbra na conceituação encontrada em AMARAL, Francisco. op. cit., p. 187, segundo o qual “*Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. Figura típica da relação de direito privado e com ela até confundido, manifesta-se como permissão jurídica, com a qual pode-se fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o cumprimento do respectivo dever sob pena de sanção. Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. Seu titular é determinado e seu objetivo é específico*”. Veja-se que, posteriormente, o próprio autor fala em direitos subjetivos públicos, contrariando a menção a um direito subjetivo exclusivo das relações privadas. De toda sorte, os direitos sociais em geral e o direito à saúde em particular (ou, como diz Ana Cristina Meireles – op. cit., p. 215 – “*os direitos subjetivos que se originam da incidência das normas programáticas de direitos sociais*”) podem-se apresentar de diversas formas no caso concreto, seja sob a forma de direito difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual clássico, donde a razão, inclusive, pela qual ter sido considerado como um direito de várias dimensões.

⁴⁶⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. op. cit., p. 184. Essa autora distingue, ainda, o *direito subjetivo* – uma situação de vantagem jurídica (assim em ROSS, Alf. *Direito e Justiça...*, p. 209) – do *interesse legítimo* – identificado com a relação entre um bem e um sujeito, valorada objetivamente pelo ordenamento. Afirma a autora que já não há falar em meros interesses, quando advindos de normas jurídicas (MEIRELES, Ana Cristina. op. cit. p. 200). De outro lado, recorda haver quem prefira falar em interesse, quando em referência a sujeitos transindividuais, em face da impossibilidade de determinação do titular nesse caso, posição que entende incompatível com o atual panorama dos direitos fundamentais e, mais marcadamente no país, após o Código de Defesa do Consumidor (idem, ibidem, p. 207). A autora também já distinguira direito subjetivo e *pretensão* – nascida esta quando da violação do direito (ou, mais precisamente, da violação do dever jurídico correspondente, como anotado também em BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 293), a suscitar a mobilização da ação cabível, com o fito de exigir a conduta do obrigado (MEIRELES, Ana Cristina. op. cit., p. 170-172). A *faculdade*, por seu turno, é apresentada, em síntese, como sendo o modo de manifestação do direito subjetivo, o poder de agir nele contido, podendo um mesmo direito subjetivo abranger várias faculdades possíveis, na esfera de liberdade do direito respectivo (idem, ibidem, p. 175-179). Para o tema em estudo, as relações mais relevantes se travam entre o direito subjetivo, a pretensão e a ação dele decorrentes, a fim de assegurar a exigibilidade da conduta do sujeito obrigado. Nessa linha, exsurge, ainda, como consequência, a relação entre direito subjetivo e dever jurídico do sujeito obrigado, nomeadamente o Estado. Para Flávio Galdino (op. cit., p. 137-138), também dedicado a semelhante labor conceitual direcionado para a situação dos direitos subjetivos, a pretensão é entendida como “*a possibilidade de exigir de outrem um determinado comportamento*”; a faculdade, como “*a possibilidade de comportar-se de uma determinada maneira (sem afetar a esfera jurídica de outrem)*” e o dever, como “*a adstrição à prática de um determinado comportamento*”. Também sobre o tema do direito subjetivo e os conceitos a ele adjacentes, cf. AMARAL, Francisco. op. cit., p. 199-215.

ordenamento ao próprio Estado, em suas relações de ordem pública. Ou seja: aquele teria como sujeito o cidadão, em oposição ao Estado; este teria como sujeito o Estado.

Conquanto bem elaborada a distinção, a própria autora reconhece a carência de sua funcionalidade e a confusão habitual entre os dois termos, que se verifica, por exemplo, na obra de Miguel Reale⁴⁶⁹, o qual denomina *direitos públicos subjetivos* aqueles decorrentes da evolução advinda desde a *Magna Charta*, que conferiu direitos aos cidadãos, em face do Estado, como os direitos tributários e fundamentais. Diante, ainda, do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, são eles hoje oponíveis também aos particulares, o que diluiu, também, a relevância da distinção entre direitos subjetivos públicos e privados. Por essas razões, Ingo Sarlet⁴⁷⁰ rechaça a utilização de uma expressão própria para caracterizar direitos subjetivos na ordem pública como “*anacrônica e superada*”, a despeito de admiti-la bastante cara à doutrina nacional e estrangeira.

Com efeito, a própria Constituição brasileira adota a expressão *direito público subjetivo*, em seu artigo 208, parágrafo 1.º, ao se referir ao direito social à educação (“*O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*”). Ao fazê-lo, erigiu-se a discussão de se os demais direitos sociais não ensejariam, então, direitos subjetivos de ordem pública, oponíveis ao Estado. Quer-se acreditar que a menção específica tenha tido apenas o intuito de distinguir, de um lado, o nível de direito à educação considerado obrigatório, como expressão do mínimo existencial (o ensino fundamental, previsto no artigo 208, I); e, de outro lado, os demais níveis de educação, que, segundo parece dedutível da redação constitucional, não constituem o referido mínimo existencial e podem aguardar a regulamentação infraconstitucional, desde que dentro de um tempo e extensão razoáveis.

O que se tem verificado, contudo, é a abrangência conferida jurisprudencialmente, na direção da exigibilidade direta – é dizer, da admissão como direito subjetivo – também de outros patamares de direito à educação, como corolário da força normativa reconhecida às normas programáticas de direito social⁴⁷¹. Pelo mesmo raciocínio, ainda mais justificável ante

⁴⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito...*, p. 267-270.

⁴⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 178. Crítica similar em MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV..., p. 53.

⁴⁷¹ Nesse sentido, verbi gratia, o julgado “*RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, [...], sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de*

a ausência de menção constitucional expressa a um mínimo imprescindível na hipótese e ante a inegável essencialidade do interesse protegido, a jurisprudência da mais alta Corte nacional já atribuiu a caracterização de *direito público subjetivo* também em relação ao direito à saúde⁴⁷².

Outrossim, a despeito da alegada diminuição da relevância prática do conceito, Francisco Amaral⁴⁷³ ainda propõe a subdivisão dos *direitos subjetivos públicos*, seguindo o parâmetro constitucional para os direitos fundamentais, em: individuais e coletivos; de nacionalidade; de natureza política; e sociais, categoria esta em que se situam os direitos subjetivos decorrentes das normas programáticas de direitos sociais. Em última análise, a

concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...]” (STF. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300). Também em julgados relativos ao Programa de Financiamento Estudantil (FIES), verifica-se a menção assídua ao caráter subjetivo do direito fundamental à educação, como argumento para afastar a exigência de fiador na implementação ou aditamento do contrato em espécie, embora referente, aqui, ao ensino superior, não mencionado constitucionalmente no campo do mínimo básico desse direito. Assim, *verbi gratia*, no acórdão TRF5, 4.ª Turma, AG 41051, Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, DJ 09.10.2002. Aduz-se, nessas ocasiões, a primazia do direito fundamental em comento, ameaçado de descontinuidade pela falta de fiador, cuja renda atenda aos requisitos contratuais, bem assim a impossibilidade de se supor a inadimplência, que pode ser de outros modos cobrada. Já outros posicionamentos consideram que a garantia do fiador é legal e compatível com a previsão constitucional, sobretudo quando o pedido de exclusão é feito posteriormente à conclusão do curso, circunstância em que já exercido o direito à educação e em que o adimplemento devido não ensejaria qualquer ônus ao fiador. Cf. a respeito o aresto TRF4, Apelação Cível Nº 2004.70.00.017083-1/PR. Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, julgado em 15.08.07.

⁴⁷² Assim julgado no Recurso Extraordinário 267.612-RS, da Relatoria do Ministro Celso de Mello (DJ 23.08.2000), ao afirmar a condição de direito subjetivo de que se reveste o direito à saúde, nos seguintes termos: “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” (grifou-se). A caracterização do direito à saúde como direito subjetivo revela, de outro lado, fragilidades da tese da indisponibilidade do direito à saúde, particularmente quando não associada a um risco de morte ou de incapacitação imediatas ou a um risco coletivo de grande monta. Veja-se que a noção de indisponibilidade absoluta na espécie identificaria a saúde simultaneamente como direito e como dever de seu titular, mas, em caso de omissão legislativa ou executiva que inviabilize seu exercício, não se poderia obrigar o preterido a litigar e, ainda que substituto o fizesse, considerando o caráter transindividual da matéria, não se poderia coagir o titular, sistematicamente, a exercer o direito, compelindo-o, *verbi gratia*, a ir ao dentista, ainda que se considere a importância de sua saúde bucal assegurada e a consecução, afinal, de serviço de atendimento odontológico acessível a todos.

⁴⁷³ AMARAL, Francisco. op. cit., p. 196.

classificação se presta, quando menos, a ratificar a condição de direitos subjetivos dessas categorias.

Outro problema relevante é o de como considerar a prestação da saúde um direito subjetivo, se não há sequer uma definição precisa de seus limites. É dizer: o uso da expressão *saúde* não é, por si só, suficiente para resolver as questões práticas ou linguísticas que se apresentam. De fato, a menção à saúde não enseja apenas uma obrigação de dar coisa certa, determinada ou determinável. Tampouco simplifica a situação visualizá-la somente como uma obrigação de fazer. Fazer, prover em que nível? Poder-se-ia argumentar: prover o suficiente para assegurar a vida. Só isso? Isso tudo? Sempre? Questiona-se “só isso” porque, por vezes, a exclusiva existência física não é sinônimo de saúde. Casos há em que a vida não chega sequer a estar em risco, mas parte importante de sua qualidade, como quando se pleiteia um procedimento ou uma política de combate ao glaucoma, por exemplo, evitando-se a cegueira precoce ou evitável. Como argumentar que tal medida não vise à saúde, ainda que não haja vida em risco? É dizer: protege-se a saúde não apenas como via de proteção à vida, mas também como objetivo independente.

De outro lado, já se viu que o conceito atual de saúde se estendeu a tal ponto que se revela quase impossível atingi-la em toda essa amplitude. Como, então, considerar em tamanha dimensão um direito subjetivo à saúde? Necessário estipular um nível específico de saúde, considerada em termos absolutos ou relativos, que conforme sua exigibilidade como direito subjetivo, judicial e diretamente exigível, a despeito da eventual carência normativa regulamentadora.

Questiona-se, ainda, “isso tudo” e “sempre”, no sentido de que mesmo a garantia da saúde como defesa à vida – limite que ressoa mais objetivo – nem sempre é possível, por mais que se invista. A concretude da mortalidade humana é um obstáculo último e intransponível e, por vezes, a promoção da saúde, ao menos sob o aspecto mental e de bem-estar, passa algo distante da luta empedernida pela manutenção da vida por mais alguns dias ou horas, independentemente do custo que isso represente⁴⁷⁴. Pode ocorrer que simplesmente

⁴⁷⁴ Sobre a ortotanásia – a defesa a uma morte mais natural, com mais conforto e a seu tempo, sem antecipações, mas, também, sem as procrastinações dolorosas, fúteis e indevidas da chamada distanásia – com lastro na busca ao bem-estar do paciente e não em limitações economicistas, a autora já se manifestou em reiteradas ocasiões, especialmente no texto VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial...* Como forma de realização da ortotanásia – que diverge da eutanásia e envolve conduta lícita de indicação ou não de recursos médicos, dentro da esfera possível de autonomia do doente –, podem-se omitir ou suspender recursos que já não se mostrem efetivamente vantajosos para o enfermo, sendo que essa limitação terapêutica não nega *in limine* o direito de acesso aos bens em saúde pelo indivíduo terminal nem se destina primordialmente a poupar recursos; trata-se, sim, de uma limitação que seria devida *mesmo que não houvesse escassez*, porquanto não benéficos os recursos, com fulcro no interesse do próprio paciente. A expressão *ortotanásia* advém dos radicais gregos *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte, tendência à morte), a indicar o morrer a seu tempo, nem antes da hora,

não se tenha como exigir a promoção da saúde como garantia do direito à vida, porque esteja além das possibilidades humanas o prover. É a situação dos doentes terminais, sem perspectivas terapêuticas, em que o nível de saúde possível e passível de se promover se divorcia do direito à vida, já não extensível no tempo. Certas expectativas estão além das discussões de custos, porquanto inexistentes os meios, no estado atual da ciência.

Em outros casos, em que existe alguma perspectiva de tratamento dentro do *status artis* mundial, é inegável que, conquanto a saúde não tenha preço, sua prestação tem, muitas vezes, a possibilidade de custos elevadíssimos, que não podem ser subestimados numa discussão desta ordem. Não se trata de limitar financeiramente, *prima facie*, um valor, dentro do qual se fale em um direito subjetivo à prestação de saúde, excluindo-o para além desse montante⁴⁷⁵; mas se mostra necessário estipular algum critério – não necessariamente financeiro – que permita dimensionar o grau ou os parâmetros de saúde que constituam direito subjetivo, judicialmente exigível.

Diante desses parâmetros, torna-se mister reconhecer como direito subjetivo não apenas a omissão devida para não lesar o nível de saúde em comento, mas, também, as ações necessárias a promovê-lo. Cuida-se, sim, de um direito à política pública, coletivamente exigível; mas, se não houver a referida política, traveste-se em um direito subjetivo individual de buscar do Estado – titular primeiro do dever correspondente – os meios de supri-la naquele caso. É inútil considerar o artigo 6.º, que prevê o direito social à saúde como direito subjetivo, se for para dar-lhe uma dimensão exclusivamente negativa, subtraindo a exigibilidade dos direitos previstos no artigo 196, que prevê as prestações necessárias para o implemento positivo da saúde. Uma vez reconhecido o direito às prestações positivas, passa-se, então, perante o caso concreto, a mensurar e ponderar se o pleito se encaixa nos parâmetros discutidos e em que grau se o pode prover.

A atuação do Judiciário nessa tarefa e os critérios para a definição desse grau médio de saúde que forme o conteúdo desse direito subjetivo serão objeto de capítulos próprios, mas acredita-se poder afirmar, de fato, a existência de um direito subjetivo à saúde nesses termos, envolvendo não apenas condutas omissivas, mas também condutas ativas, visto que, afinal, as políticas existem para um fim, e não como fins em si mesmas. Uma vez

antecipado, como hoje se entende em relação à eutanásia; nem indevidamente procrastinado, mediante intervenções que se revelem fúteis e meramente obstinadas, somente aumentando o sofrimento do paciente, sem lhe dar reais esperanças ou benefícios.

⁴⁷⁵ Tendencialmente nesse sentido, a sugestão de pensadores de vertente mais liberal, como se pode depreender de alguns trechos de DANIELS, Norman. *Just Health Care...* e DWORKIN, Ronald. *Justice in the Distribution of Health Care. McGill Law Journal*, Montreal, v. 38, n. 4, p. 883-98, 1993.

reconhecido o direito subjetivo ao fim, é certo que ele abrange um direito aos meios⁴⁷⁶, seja sob a forma de políticas organizadas; seja, se não as houver, sob a forma de condutas pontuais – o que, com efeito, não é o ideal, na medida em que pessoais e não uniformes – aptas a prover o nível de saúde considerado exigível. Esse nível de saúde exigível poderá não ser (e provavelmente não será) necessariamente perfeito, pleno ou o ideal desenhado pelo conceito abstrato da Organização Mundial de Saúde, mas deverá ser sempre condizente com um tratamento digno ao ser humano.

⁴⁷⁶ Recorda-se aqui, inclusive, a teoria dos poderes implícitos, que diz que, quando a constituição determina um fim para o Poder Público, também garante implicitamente os meios necessários a alcançá-lo. Considerando que todo poder administrativo é também um dever (dever-poder), tem-se mais um argumento para sustentar que o direito à saúde (e o dever do Estado de prestá-la) abrange, implicitamente, também o direito aos meios necessários ao alcance desse fim (os poderes-deveres implícitos do Estado na concretização do fim a ele confiado). No caso da saúde, o direito está previsto no art. 6.º como autoaplicável, e os meios estão dispostos no art. 196. Pela teoria dos poderes-deveres implícitos, mesmo que não existisse o art. 196, os meios já estariam incluídos implicitamente no art. 6.º, como meios para sua efetivação. O art. 196 apenas fortalece o argumento. Sobre o tema, cf., por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.