

O CUSTO DA VIDA

Ana Paula Martins Albuquerque*

João Luis Nogueira Matias*

RESUMO

Nas últimas décadas, a utilização de procedimentos médicos sofisticados ocasionou o aumento de enfermos que almejam, cada vez mais, serem tratados com as técnicas e medicamentos mais avançadas. O problema é que apenas alguns deles terão condições financeiras de custear tais gastos. O Estado poderá até financiar, mas desde que hajam estudos a respeito dos benefícios reais em função dos custos implicados. Nessa situação, tem-se, claramente, um conflito entre interesses públicos e privados pelo emprego de recursos escassos. Assim, quando o referente conflito chega ao Poder Judiciário, o magistrado depara-se, muitas vezes, com a situação em ter que negar o tratamento em razão deste não estar compreendido no *mínimo* existencial decorrente da Carta Magna. Eis, então, o entrave do Poder Judiciário, ao apreciar as demandas de prestações positivas: ter que ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVE

ESCASSEZ DE RECURSOS; DIREITOS FUNDAMENTAIS; ALOCAÇÃO DE RECURSOS; MÍNIMO EXISTENCIAL; JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.

· Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogada, Especialista em Direito e Processo Tributários pela UNIFOR e em Contabilidade e Planejamento Tributário pela UFC, Licenciada em Letras e Membro da Comissão de Estudos de Direito Tributário da OAB/CE.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Doutorando em Direito na USP, Mestre em Direito pela Universidade do Ceará – UFC, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Professor do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Juiz Federal.

RESUMEN

No se puede contestar que la utilización de procedimientos médicos sofisticados ha crecido mucho en respuesta a la exigencia de una población más informada y exigente. Además de eso, los medios de comunicación propagan, rápidamente, los nuevos tratamientos y medicamentos que surgen, resultando en que los enfermos deseen, cada vez más, exámenes y tratamientos con las técnicas más avanzadas. Ocurre que solamente algunos tendrán condiciones de pagar lo necesario para tal beneficio. El estado podrá aportar el dinero necesario, pero solamente después de hacer estudios sobre los reales beneficios en función de los gastos implicados. Ponense, por lo tanto, en conflicto, intereses públicos y privados. De un lado, el derecho de un individuo, aunque con una enfermedad terminal, de recibir todos los cuidados hasta el momento de su muerte natural. Del otro lado, el derecho de toda una sociedad que se priva de recursos para el tratamiento de enfermedades más sencillas. Surge, así, el conflicto por el empleo de medios escasos, lo que torna fundamental la decisión sobre la designación de recursos. De esa manera, el Poder Judicial, al apreciar las demandas de prestaciones positivas, debe ponderar el grado de importancia de la demanda, en función de lo mínimo existencial.

PALABRAS LLAVE

DERECHOS FUNDAMENTALES; ESCASEZ DE RECURSOS; DESIGNACIÓN DE RECURSOS; MÍNIMO EXISTENCIAL; JUSTICIA DISTRIBUTIVA.

INTRODUÇÃO

O direito à vida é, indiscutivelmente, um dos direitos fundamentais mais importantes que o indivíduo possui. O princípio ético de que a vida humana é um bem sagrado e que, por isso, deve ser protegido pela legislação de um Estado laico faz parte de um consenso geral. É inegável também que a utilização de procedimentos médicos sofisticados aumentou bastante em resposta a exigência da população mais informada e exigente. Além disso, os meios de comunicação difundem, com velocidade, o

surgimento de novos tratamentos e remédios, fazendo com que os enfermos almejem, cada vez mais, serem examinados, bem como tratados com as técnicas mais avançadas. Ocorre que a questão do acesso a tratamentos médicos é um problema no mundo inteiro¹. Apenas alguns vão ter condições de arcar com os gastos necessários para tais benefícios. O Estado pode vir a financiar, mas somente quando houver estudos a respeito dos benefícios reais em função dos custos implicados. Põem-se, claramente, em conflito interesses públicos e privados. De um lado, o direito do indivíduo, mesmo com uma doença terminal, de receber todos os cuidados até a chegada de sua morte natural. De outro, o direito de toda uma sociedade que se priva de recursos para o tratamento de moléstias mais simples.

Na abordagem do direito de escolha pela vida, ocorrem, inevitavelmente, conflitos de interesses, já que estão fundamentados em elementos biológicos, psicológicos, sociais, políticos, religiosos, culturais e econômicos. Estes últimos, particularmente, ganham importante papel na medida em que nossos juristas defendem que a regulação do direito sob uma perspectiva econômica torna-se uma espécie de interferência indevida nas liberdades dos indivíduos e que, por isso, não pode ser aceitável analisar, economicamente, questões judiciais.

Eis o entrave de todo o problema: há demandas judiciais objetivando tratamentos médicos caros custeados pelo Estado. Entretanto, os magistrados vêm-se numa difícil situação ao serem confrontados com a possibilidade de negar remédios e tratamentos que são indispensáveis à sobrevivência de algum indivíduo, como ainda com a situação da incapacidade do Poder Público de atender todas as demandas devido à escassez de recursos. Mesmo que seja evidente a dificuldade de qualquer pessoa dizer não em um caso sabendo que disso pode resultar a perda de uma vida, as decisões que reconhecem a existência do direito subjetivo ao tratamento médico, desconsideram, totalmente, a questão orçamentária. E os recursos, no que tange à medicina, são, de fato, escassos.

E sendo os recursos escassos, como fazer decisões alocativas? Como escolher a quem atender ou quem não atender, num cenário de escassez de recursos? A verdade é que, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que acarreta a necessidade da sociedade

¹ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22.

buscar aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além da conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário que devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais.

1 O Direito e a Economia

Foi nos Estados Unidos onde se desenvolveu a mais influente escola cujo objeto de estudo é a análise econômica do direito, denominada *Law and Economics*². decorre, então, a concepção dos indivíduos sob o aspecto econômico, ou seja, como maximizadores racionais de seus próprios interesses ou utilidades. Isso significa dizer que as escolhas dos indivíduos estão vinculadas aos maiores proveitos individuais que possam obter delas. É, pois, um conceito operacional, já que visa permitir a análise das relações econômicas numa determinada sociedade. Essa concepção do homem – *homo economicus* – é também fruto de um racionalismo moderno:

O conceito egoísta do homem – o tal maximizador racional – é visto como único meio de racionalizar os modelos teóricos econômicos, uma vez que as muitas variáveis axiológicas que influenciaram as escolhas humanas não são passíveis de serem quantificadas com a precisão necessária, o que se afigura essencial para a análise matemática e estatística própria de uma determinada corrente de pensamento econômico, pois os instintos, as ações morais, as paixões, os motivos estéticos e religiosos, por exemplo, não são passíveis de avaliação precisa³.

A tentativa de se apresentar como uma economia pura (conhecida como economia neoclássica tradicional), faz-nos, operadores do direito, lembrarmos da Teoria Pura de Hans Kelsen⁴. E assim, como no direito, a finalidade seria livrar a análise econômica de variáveis que a própria ciência econômica não conseguiria explicar satisfatoriamente. Dessa maneira, no que tange à avaliação da ação humana, haveria dois campos de análises: um econômico e outro moral. E é o interesse, pois, que se caracteriza enquanto o elo de ligação entre o comportamento real dos indivíduos e as necessidades de

² Essa expressão já lhe foi apresentada várias versões, como interpretação econômica do direito, teoria econômica do direito e análise econômica do direito. Entretanto, Flávio Galdino, na obra *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*, considera ser mais adequada utilizar o termo “análise econômica do direito”, já que a tradução literal da língua inglesa de *Law and economics* (direito e economia) não lhe parece suficiente na língua portuguesa. Justifica ainda a utilização da expressão “análise econômica do direito”, por esta nomenclatura ter sido adotada enquanto título de uma obra fundamental produzida por um dos atuais “líderes” desta escola que é Richard Posner.

³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen, p. 241.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

racionalização da análise econômica, uma vez que representa um elemento quantificável para a análise racional das relações econômicas. A consequência imediata disso tudo é que a economia deixa de ser uma ciência moral, fazendo com que a questão central na análise econômica do direito seja a eficácia econômica ou, mais precisamente, a maximização da eficácia econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do direito.

Pode-se dizer, assim, que o Direito é considerado como um dos instrumentos no complexo mecanismo de alocação de recursos. As normas jurídicas, nesse sentido, principalmente as decisões judiciais, devem observar primordialmente a máxima eficiência. Flávio Galdino⁵, nessa perspectiva, afirma que, “de certo modo, a eficiência torna-se sinônimo de justiça. Noutras palavras: a decisão mais justa será aquela que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global”.

E aí se tem claramente críticas opostas à análise econômica do direito, tanto por razões no plano histórico-político, como por razões no âmbito do próprio direito. Concentrando-se nestas últimas, surge a crítica de que a análise econômica do direito adotou a visão de um homem egoísta e interessado somente no máximo proveito de suas atividades. Ainda de acordo com Flávio Galdino, “é uma visão limitada, extremamente reducionista da personalidade humana para ser admitida como prevalente em caráter absoluto em face de outros modos de pensamento”⁶. Na verdade, o bem-estar individual não é a única coisa valiosa para os homens. A igualdade, sem dúvida, é complexa demais, já há uma exigência de que ela seja operacionalizada por vários critérios em consonância ao “bem social”. Quando o acúmulo de riqueza se converte em único e absoluto critério para alcançarem-se outros bens sociais cuja repartição deveria ser regida por outros critérios, tem-se uma situação tirânica - a tirania do dinheiro. É óbvio que não se pode repartir o que não existe, mas também é importante reconhecer outros critérios.

1.1 A análise econômica no Brasil

⁵ Ibidem, p. 244.

⁶ Ibidem, p. 245.

A idéia de relacionar direito e economia não é nova, embora ainda seja praticamente desconsiderada entre nós brasileiros. Mesmo assim, doutrinadores como José Reinaldo de Lima Lopes⁷ defende, com veemência, a possibilidade de discutir o raciocínio jurídico com a economia. Para tanto, toma como contexto de análise o Brasil em que se tem um sistema jurídico fundamentado em uma Constituição escrita, rígida e voltada para o estabelecimento de um Estado Social, Democrático e de Direito. Contudo, adverte que a cultura jurídica brasileira é marcada por uma forte proteção do interesse privado e mesmo que a prática jurídica não tenha absorvido o raciocínio econômico, este, por seu caráter prático e aplicabilidade, penetra no raciocínio jurídico, inevitavelmente.

A questão é de fundamental importância, uma vez que o meio jurídico defende ser a regulação econômica uma espécie de interferência indevida nas liberdades dos indivíduos e que, portanto, não é aceitável o uso de argumentos econômicos para decidir questões judiciais. Flávio Galdino⁸ explica, que salvo algumas exceções, no Brasil, os estudos jurídicos observam a economia sob duas perspectivas: ora com indiferença, ora com hostilidade.

É bem verdade que o direito e a economia observam as ações do indivíduo sob diferentes ângulos. Sob o aspecto econômico, releva-se o custo e o benefício: “o preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico”. Já o direito, diz que permite dizer o proibido, o permitido, o obrigatório, segundo uma regra jurídica. Ao fazer a comparação do direito com a economia vemos que os respectivos raciocínios divergem também porque as decisões serão avaliadas (criticadas) diferentemente. Isto porque o sentido que se pode dar como resposta é diferente em cada um dos campos. No campo da economia a crítica e a avaliação podem ser feitas em termos de *eficiência*⁹ ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela *legalidade*¹⁰. Isto quer dizer que a eficiência não pode ser o critério primeiro ou último de uma decisão jurídica, ela não dá *sentido*¹¹ a uma questão jurídica¹².

⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 2, n. 8. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, p. 246.

⁹ Grifo do autor.

¹⁰ Grifo do autor.

¹¹ Grifo do autor.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia....p. 142.

E embora os economistas procurem descrever o comportamento do homem de forma racional, pautado sobre critérios de eficiência e os operadores do direito, em sentido contrário, almejem regular esse mesmo homem com base em critérios abstratos de justiça, suas atividades não têm como serem absolutamente inconciliáveis. É preciso que se reconheça que a metodologia das ciências econômicas produz análises e resultados mais próximos da realidade. As normas jurídicas, através de sua aplicação, podem agregar condições econômicas e considerações éticas, maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos¹³. O direito pode funcionar enquanto instrumento de solução de conflitos entre possibilidades de ação oferecidas pelas várias ciências, otimizando variadas soluções complementares.

1.2 Uma análise econômica sobre os custos do direito

O Estado enfrenta, necessariamente, uma difícil conciliação entre os tratamentos médicos de ponta e os recursos escassos que possui, como ainda entre a atenção que deve prestar a toda a sociedade e a obrigação com seus pacientes. Pode-se, assim, questionar a legitimidade ética de limitar os cuidados com a saúde pela razão de seus custos elevados. Considerar somente o fator econômico com a finalidade de decidir a viabilidade de um tratamento é uma questão extremamente delicada, especialmente quando se trata de cuidados de urgência. Por outro lado, tem que se analisar o sistema de saúde deficiente, sem recursos. Nas palavras de Sergio Cecchetto¹⁴:

Sin embargo el reclamo estatal suena con insistencia porque se recorta contra una realidad en ciernes: la quiebra del sistema público de salud y el cierre de servicios que requieren tecnología médica de avanzada para su funcionamiento. Solventar extravagancias terapéuticas implica desviar fondos de áreas primordiales para mantener el beneficio de unos pocos que consumen mucho.

A relação entre economia e ética é conflituosa. Muitas vezes, a consideração de uma delas, acaba por excluir a outra. O problema é que em países onde a saúde é um assunto público, por excelência, essas desvinculações tornam-se mais freqüentes. Alguns estudiosos em bioética defendem que somente existirá a justiça quando a um custo

¹³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*, p. 253.

¹⁴ CECCHETTO, Sergio. *Curar o cuidar- Bioética en el confín de la vida humana*. Buenos Aires: ADHOC, 1999, p. 76.

mínimo se alcança um máximo resultado, podendo quantificar o rendimento obtido mediante procedimentos matemáticos: ‘la justicia no consiste tan sólo en el respeto de los principios morales, sino también en la maximización de las consecuencias buenas de los actos’¹⁵. O gasto com a saúde pública, portanto, seria regido pelas relações custo/eficácia e de custo/benefício, que operam dentro da racionalidade econômica. Assim, deste ponto de vista, o auxílio que seria destinado aos doentes terminais poderia ser pensado em razão de sua baixa utilidade e seu alto custo.

Contudo, esse argumento puramente econômico tem sido relativizado quando é para decidir o início ou a suspensão de tratamentos em doentes com risco de morte eminente. Tem-se argumentado, em contrapartida, que focalizar a análise do problema puramente no aspecto econômico implicaria em desconhecer a presença de outros valores em jogo. É, pois, uma situação complicada para se quantificar. Não se trata, pois, de limitar todos os cuidados aos pacientes terminais, mas saber que tipo de cuidado é exigido, respeitando o benefício real a que reportam.

2 Os Direitos Fundamentais: seus conteúdos e exigibilidade

2.1 As dimensões dos Direitos Fundamentais: os direitos individuais e sociais

Além das dimensões subjetiva e objetiva, um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em “gerações” desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como Paulo Bonavides¹⁶, de uma quarta geração.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Já os direitos da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos

¹⁵ GRACIA, D. apud CECCHETTO, Sergio, p. 77.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. Passaram, inicialmente, por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos¹⁷.

Com a industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, acompanhados de movimentos reivindicatórios, surgiu a exigência que o Estado assumisse um comportamento ativo na realização da justiça social. Não se trata mais de liberdade perante o Estado, mas de uma liberdade por intermédio desse Estado. Outorga-se, então, aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Distinguem-se dos direitos de liberdade e igualdade formal, já que têm relação com igualdade no sentido material¹⁸. A liberdade igual leva para a igualdade real, pressupondo a possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Os direitos sociais não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia de salário-mínimo, limitação de jornada de trabalho, entre outros¹⁹. Os direitos sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que dele necessitam.

Constata-se, dessa maneira, que os direitos individuais meramente reconhecidos e declarados já não eram mais suficientes para a nova realidade social industrializada. A igualdade formal não se estendia às situações concretas. Com o progresso técnico, as relações nas sociedades contemporâneas ficam, cada vez mais, desiguais, alterando completamente as concepções da própria sociedade e do Estado. Surge, assim, a necessidade de se assegurar um efetivo exercício das liberdades nas próprias relações

¹⁷ Ibidem, p. 519.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53.

¹⁹ Ibidem, p. 53.

entre particulares e é o Estado que aparece como a única força capaz de impor o respeito da liberdade individual.

Eis, então, a passagem do Estado Liberal, preocupado apenas com a garantia da autonomia pessoal do indivíduo face ao poder do Estado, para um Estado Social, caracterizado pelo intervencionismo estatal e com a finalidade de justiça social. Nesse contexto, nasce um novo conceito de direitos fundamentais pautado na igualdade social que, diferente da concepção liberal, não é inerente às pessoas, nem, muito menos, preexiste ao Estado, mas através do Estado. São os chamados direitos positivos ou direitos a prestações de Estado, ou seja, são direitos do cidadão que se cumprem pela ação estatal²⁰. O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas²¹.

Pela evolução histórica, bem como pelas características originais tanto dos direitos individuais, como dos direitos sociais, percebe-se que os direitos voltados ao valor de liberdade foram classificados como direitos negativos, enquanto limites constitucionais ao poder do Estado. Já os direitos sociais voltam-se, via de regra, não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que os caracterizam como positivos.

Tem-se, conseqüentemente, a cisão entre direitos de liberdade, que sendo negativos, possuem sede constitucional, ao passo que os direitos sociais, que seriam positivos, dependeriam de meios materiais, e, assim, a mediação legislativa e orçamentária²². E dentro dessa dicotomia, formam-se, de certa maneira, três correntes: a dos que nega eficácia aos direitos sociais, uma vez que a carga positiva depende, necessariamente, de mediação do legislador; a dos que vêem os direitos sociais com o mesmo nível que os

²⁰ ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 30.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.42.

²² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha...*p. 60.

direitos individuais. E aí se tem o posicionamento do professor Paulo Bonavides para quem os direitos sociais entram na esfera de proteção absoluta, conhecida como cláusula pétrea. Segundo o doutrinador, do ponto de vista hermenêutico, há duas respostas possíveis.

A primeira se infere da especificidade e literalidade do § 4º do art. 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no dispositivo unicamente aos “direitos e garantias individuais” como fluem, de imediato, e sem qualquer intermediação doutrinária, do formalismo jurídico da Constituição-lei e dos códigos onde se pormenorizam os conteúdos normativos do ordenamento. Como se vê, para que vingue essa interpretação, faz-se de todo o ponto necessário confina-la tão somente àqueles direitos e garantias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal²³.

No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art. 6º da Constituição. Esses direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso de Estado e da Sociedade. A Nova Hermenêutica constitucional, fundamentada no princípio do Estado Democrático, não tem como recusar-lhes concretude integrativa. A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais formam o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos moldes de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. Assim, se faz indispensável, para o constitucionalista, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo tempo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Não há, dessa forma, para Paulo Bonavides, diferença de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. Na verdade, para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia: a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. A última corrente, que será dissertada no tópico seguinte, vê os direitos sociais vigendo sob a *reserva do possível*, já que a realização demanda empregos de meios financeiros.

2.2 A reserva do possível e a concretização dos direitos fundamentais

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 517.

A expressão reserva do possível tem como finalidade identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis frente às necessidades quase sempre infinitas a serem por elas supridas²⁴. Além da discussão sobre o que se pode ou não exigir judicialmente do Estado, tem que se considerar que existe um limite de possibilidades materiais para tais direitos, ou seja, sob o aspecto prático, nada adianta a previsão normativa, bem como uma moderna técnica hermenêutica se não houver recursos financeiros para custear a despesa ocasionada por um determinado direito subjetivo.

Aqui no Brasil, o tema da reserva do possível ganhou debate intenso a partir da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em 1999, na qual os referidos autores fizeram uma análise econômica do custo dos direitos, tanto sociais, como individuais. A discussão sobre o custo dos direitos e da reserva do possível amplia a percepção de que o direito não pode ser estudado isoladamente. Tal percepção ganha mais força quando se cuida de direitos que são custeados pelo Estado. Outro aspecto fundamental que foi analisado como consequência da reserva do possível e dos custos dos direitos foi que os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro. Os direitos individuais também demandam gastos por parte do Poder Público.

É nesse ponto, então, que Barcellos²⁵ defende que a diferença entre direitos sociais e individuais, no que tange aos custos, é uma questão de grau e não de natureza. Assim, é até possível mesmo que os direitos sociais exijam mais recursos que os direitos individuais, mas isso não significa dizer, obrigatoriamente, que apresentem custo zero. A proteção, pois, dos direitos individuais tem seus custos também. Observa-se, desse modo, que a reserva do possível é visualizada especialmente no âmbito das possibilidades financeiras do poder público. No campo dos direitos derivados a prestações, assume importância o postulado da reserva do possível, já que não haveria como contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes.

Sendo assim, como ao indivíduo é reconhecida a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras dos direitos sociais,

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.236.

²⁵ Idem, p. 238.

conforme os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, também é passível de reconhecimento a constatação de que o legislador, além de editar os atos normativos concretizadores, deve-se ater aos critérios previstos nas normas constitucionais²⁶. Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos cometidas aos órgãos políticos e para tanto legitimados²⁷.

Quanto a direitos a prestações, Robert Alexy²⁸ se baseia na idéia de ponderação entre princípios. Se de um lado há o princípio da liberdade fática (ou real), do outro se encontram os princípios da competência decisória do legislativo e o da separação dos poderes, bem como princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos sociais ou coletivos²⁹.

O modelo ponderativo de Alexy sugere solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição de valores, além de remeter a uma solução baseada no caso concreto. Dessa forma, em todas as situações em que a argumentação da reserva de competência do legislativo (bem como do princípio da separação dos poderes e outras objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas situações em que, do exame dos bens constitucionais em colisão (fundamentais ou não) resultar na prevalência do direito social prestacional, poderá se sustentar que, na esfera de um padrão mínimo existencial, ter-se-á como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, quando tal mínimo for ultrapassado, apenas um direito subjetivo, já que, nesse campo, não há como resolver a problemática em termos de tudo ou nada.

Há doutrinadores que sustentam que a escassez de recursos e de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Assim é que a escassez, quanto ao mínimo existencial, não constitui uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente. Ademais, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva à necessidade da sociedade buscar aprimoramento dos mecanismos de gestão

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 294.

²⁷ *Ibidem*, p. 304.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p. 331.

democrática do orçamento público, além de crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário que não apenas podem, mas devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao realizá-lo deverão ter a máxima cautela e responsabilidade seja ao conceder ou não um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva de algum direito social.

O que se verifica é que, a par da discussão em torno da aplicabilidade das normas atinentes a direitos sociais, é certo que na realização e na concretização efetiva e prática de tais direitos, via prestações positivas, não há como escapar dos elementos e condições materiais, especialmente financeiros, que não são suficientes para atendimento. Na concretização e realização dos direitos sociais, Gustavo Amaral³⁰ refere que a reserva do possível significa que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.

Assim, entende o autor mencionado ser inviável pretender que as prestações positivas possam, sempre (na perspectiva da doutrina da “máxima eficácia”), ser reinindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras ao erário. Tal pretensão acabaria por divorciar-se do fundamento de justiça, não apenas porque a falta de recursos provocaria discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não a receberá, mas também ocasionaria desequilíbrio entre as pretensões para a utilidade em debate e as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias.

Em face de normas assecuratórias de prestações positivas redigidas com a densidade de regras, está o Estado igualmente obrigado a cumpri-las, mas podendo escusar-se por impossibilidades fáticas a serem suficientemente demonstradas. Gustavo Amaral entende que a postura de 'máxima eficácia' de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em

³⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia, pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, na pressão popular e não na tutela paternalista dos 'sábios'.

3 Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988

3.1 O direito à vida e à dignidade da pessoa humana

Evidente que a vida é um dos valores inerentes à pessoa humana, mas foi somente com o decorrer do tempo que ela passou a ser reconhecida e protegida como valor jurídico. O que havia antes era apenas a origem humana e social deste direito, ou seja, não existia qualquer garantia formal do direito à vida. Através de um resgate histórico, percebe-se que o Estado não reconhecia os “valores primários” do ser humano. Só posteriormente, com a Revolução Francesa, foi que a prevalência do indivíduo manifestou-se em dimensão cosmopolita.

Com o avanço da biotecnologia e a modernização da sociedade, a concepção sobre a vida sofreu mudanças. A idéia clássica de relacionar a vida com o ato de respirar ou, ainda, com as batidas do coração foi, prontamente, abandonada. A esta visão da medicina, vieram acrescer as concepções sociológicas, filosóficas e jurídicas, de tal modo que a vida passa, assim, a ser encarada de uma outra maneira: qualidade e dignidade passam a ser elementos intrínsecos ao direito de viver. Vida, no nosso texto constitucional não será considerada apenas em seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida pra ser morte³¹.

Dessa forma, sob tal visão, não se privilegia só a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. Mais do que direito a uma vida,

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 315.

defende Maria de Fátima Freire de Sá³², em condições de desenvolvimento das potencialidades do indivíduo como ser humano, a questão da dignidade refere-se, mais proximamente, no que concerne ao problema das pessoas cuja capacidade de responder por si própria é debilitada, ao direito de não sofrer indignidade.

A sociedade moderna, com a evolução da medicina e da tecnologia, deparou-se com duas exigências igualmente legítimas, ainda que em conflito: de um lado, o particularismo das liberdades, preferências de interesses particulares, pertencente ao campo dos direitos de cada indivíduo e, do outro, o universalismo das necessidades, bem como de interesses de toda uma coletividade, inerente ao campo dos direitos de todos os indivíduos.

As situações mencionadas provocam uma reflexão sobre os princípios da autonomia da vontade e de justiça. Isso porque, equacionados sob o Direito, demonstram claramente o tipo de sociedade vigente: individualista e coletivista ao mesmo tempo. É o que entende Norberto Bobbio:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdade, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes (...). São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles, não se pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis³³.

A questão é que não há princípio do qual se possa pretender seja considerado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra, por exemplo, a coletiva³⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁵ faz uma interessante observação acerca do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, qual seja que o constituinte “preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, guiando-a, pela primeira vez, à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III)”. E diante da concepção de norma (estabelecida por Robert Alexy³⁶: entre

³² FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito de Morrer*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 91.

³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21-22.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 57.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

regras e princípios), tem-se o posicionamento de Ferreira dos Santos³⁷ para quem a dignidade da pessoa humana constitui princípios de características absolutas, motivo pelo qual sempre e em qualquer caso irá prevalecer em relação aos demais princípios. Na doutrina germânica, há também quem compartilhe com o entendimento de que a norma que consagra a dignidade da pessoa demonstra uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não se admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, uma vez que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade. Não é, entretanto, o posicionamento majoritário dos doutrinadores brasileiros, como Sarlet. Reconhecer um princípio absoluto revela-se uma idéia contrária à própria noção de princípios, ao menos na concepção de Alexy.

3.2 O direito à saúde e o mínimo existencial

Ana Paula de Barcellos define que o mínimo existencial, “formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”³⁸. Nesse sentido, ao se mencionar a eficácia positiva do mínimo existencial na área da saúde, particularmente, significa dizer, necessariamente, que existe um conjunto de prestações de saúde que são exigíveis diante do Judiciário por força da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, “as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos”³⁹.

Diante da Carta Magna, mais precisamente no art. 196, tem-se a situação em que os indivíduos possuem o direito de ter acesso a todas as prestações necessárias para preservar, manter ou, ainda restabelecer sua saúde, *in verbis*: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao consenso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³⁷ In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana...* p. 75.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica...*p. 248.

³⁹ *Ibidem*, p. 272.

Dentro da Constituição Federal, como também na legislação infraconstitucional, existem outros dispositivos que impõem obrigações ao Estado nesse âmbito. Fundamental, então, é saber que o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos de desenvolverem as políticas que venham a garantir esse direito. Esta constitucionalização, pois, é o ponto de partida para se analisar a eficácia, bem como a aplicabilidade do direito à saúde, observando ainda a sua exigibilidade pela via judicial⁴⁰.

De acordo com Lucena⁴¹, o direito à saúde ocasiona entraves para sua efetivação. Dessa maneira, primeiramente, é de extrema importância a vinculação do legislador à elaboração das leis necessárias para regulamentar a matéria. Sendo assim, o legislador não dispõe de qualquer discricionariedade no que tange ao exercício desta matéria. Nesse mesmo sentido, a compreensão de Barcellos sobre o dispositivo transcrito é de que 1) o Poder Público não pode tomar decisões que sejam prejudiciais à saúde da população, que poderão ser anuladas pelo Poder Judiciário; 2) dentre várias interpretações de um ato normativo que tenha disposto sobre o assunto, deverá ser escolhida aquela que mais amplamente realiza a finalidade de atender a saúde da população em geral, bem como dos indivíduos em particular; e 3) o Poder Público não poderá extinguir uma ação, ou mesmo revogar uma norma, que viabilize um determinado benefício ou prestação na área da saúde, “reduzindo o *status* geral já alcançado na matéria, sem uma medida correspondente ou substitua, sob pena de agir inconstitucionalmente⁴²”.

Os efeitos da norma constitucional, assim como de qualquer outra norma, têm relevância jurídica. Cabe ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento das prestações da saúde que compõem o mínimo. No que tange ao mínimo existencial, a eficácia positiva decorre diretamente do texto da Constituição, competindo ao Judiciário determinar, repete-se, o fornecimento do mínimo existencial. Acontece é que é exatamente aí que se iniciam os problemas. Mas, há um outro problema ainda mais grave, qual seja o fato de que, em muitos casos, o bem da vida final, saúde, não admite gradações; não há alguma coisa como um *nível mínimo de saúde*. Ou se faz um determinado tratamento e se obtém (ou não) a cura, ou o indivíduo simplesmente morrerá. O que seria o mínimo para o portador

⁴⁰ LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. *O Direito à vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.263.

⁴¹ Ibidem.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica*....p. 273.

de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula?

O problema não admitiria resolução caso se imaginasse que o mínimo na matéria relaciona-se com as condições, com o estado de saúde final do indivíduo, entretanto esta forma de ver a questão é totalmente equivocada. A maior ou menor extensão dos efeitos das normas constitucionais e a determinação do mínimo existencial, portanto, dizem respeito às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que uma determinada prestação de saúde produzirá no paciente. Assim, quando se cuida do mínimo existencial em saúde, se está tratando das prestações de saúde que podem ser juridicamente exigidas do Poder Público, a serem prestadas diretamente por ele ou pelo particular com custeio público, caso a Administração não possa ou não tenha meios de executar a prestação.

É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em específicas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma situação que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É, de fato, penoso um magistrado negar, por exemplo, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional.

4 O custo do direito: a alocação de recursos

4.1 Escassez e saúde

Como já dito anteriormente, há pretensões pautadas em direitos fundamentais quem exigem, para sua devida satisfação, a disponibilização de meios materiais. E como esses meios são finitos, tem-se a questão da escassez. E além desta questão, propriamente dita, tem-se, segundo Gustavo Amaral⁴³, ainda duas variáveis no que tange à alocação de

⁴³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*....p. 134.

recursos, quais sejam: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. E são justamente a escassez, a divisibilidade e a homogeneidade que desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos. Para tanto, traz o posicionamento de Henry J. Aaron & Schwartz para quem “a questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”⁴⁴.

Sem dúvidas alguma, um dos maiores desafios impostos aos sistemas modernos de saúde é a alocação de recursos. Esses recursos para os cuidados com a saúde, por sua vez, têm que ser alocados em um sistema de saúde no contexto de escassez e incerteza. E como há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas eleva-se a necessidades da alocação de recursos.

As decisões alocativas, de acordo com Guido Calabresi e Philip Bobbitt⁴⁵, são escolhas trágicas, já que implicam na negação de direitos que, no âmbito da saúde, podem ocasionar grande sofrimento ou mesmo a morte. As decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é conhecida por decisão de primeira ordem é voltada à produção de bens onde há escassez natural e a outra, decisão de segunda ordem, respectivamente.

É certo que a decisão de proteger um determinado interesse muitas vezes acaba por ocasionar novas formas de ameaça, tornando as decisões alocativas ainda mais complexas.

4.2 A justiça distributiva

Os critérios de alocação de recursos são objeto de estudo da justiça distributiva. Assim, como os direitos fundamentais são, pode-se dizer, a positivação dos direitos humanos, cabe indagar se as decisões alocativas comportam opções políticas intercambiáveis, ainda que os resultados finais sejam diferentes.

Explica Gustavo Amaral que, quanto ao aspecto teórico, viu-se a partir da década de 70, o aparecimento de teorias que tentaram explicar o fundamento da Justiça do Direito. Dessa

⁴⁴ Apud AMARAL, Op. Cit, p. 136.

⁴⁵ Apud AMARAL, Op. Cit, p. 147.

maneira, surgem de um lado, autores como John Rawls e Robert Nozick, procurando formular teorias unitárias de justiça, pautadas no Liberalismo. E de outro lado, já nas décadas de 80 e 90 autores como Michael Walzer, John Elster e Cass Sunstein formulando teorias desligadas de um critério geral de justiça, mas relacionados a critérios parciais, já empregáveis em dadas situações e em dadas comunidades.

5.3 Interpretação do judiciário sobre as pretensões positivas e o papel do intérprete

Em verdade, levar direitos sociais a sério é considerar, fundamentalmente, o problema da escassez. Ainda nesse sentido, o papel do administrador se mostra de extrema relevância, ainda a considerar os princípios da moralidade e da eficiência, notadamente quando se cuida de administrar a escassez e otimizar a efetividade dos direitos sociais⁴⁶. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar acerca da 'reserva do possível'. Assim, a intervenção do Judiciário no campo dos direitos sociais não resta impossibilitada, devendo o julgador observar a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira estatal.

Destarte, na defesa de direito social há que se levar em conta as políticas públicas, a escassez de recursos, e, inclusive, o princípio da isonomia, a fim de não privilegiar determinado indivíduo, prejudicando, ainda que indiretamente, outras pessoas que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos, igualmente relevantes.

Nesse contexto, a decisão deverá ser circunstancial, para o caso concreto e não para a generalidade dos casos, mantendo a flexibilidade para o futuro. Vê-se, pois, que a questão não é tão simples, não bastando a mera positivação no ordenamento jurídico para tornar determinado direito realmente efetivo, já que a situação concreta é que vai indicar a possibilidade da realização da pretensão buscada. Não há como desconsiderar que, enquanto as necessidades públicas são infinitas ou tendentes ao infinito, os recursos são finitos. Necessária, pois, a visão conjuntural, não apenas frente a demais direitos e valores sociais que eventualmente possam estar envolvidos, mas também as condições materiais e econômicas necessárias para a concretização do direito.

⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 339.

Tem que ser levado em consideração, ainda, o problema que estabelece a relação entre a escassez relativa de recursos e as chamadas escolhas dramáticas que deverão ser feitas. Isso porque no momento em que se decide investir os recursos existentes em uma determinada área significa, necessariamente, deixar de atender outras necessidades. A questão é bastante complexa, uma vez que exige a determinação de prioridades, como de critérios de escolha caso a caso que sofrerão variação tanto do tempo, como do espaço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida ainda é, sem dúvida, um dos direitos fundamentais mais importantes do indivíduo. Entretanto, os avanços da tecnologia proporcionaram, além da mudança do conceito de vida, o surgimento de medicamentos e tratamentos sofisticados que, inevitavelmente, ocasionou o desejo dos enfermos em serem beneficiados com essa modernidade na ciência médica.

O grande dilema é que poucos terão acesso a tais benefícios e o Estado, embora garantidor maior da vida dos indivíduos, não dispõe de recursos para atender a todos. Sendo assim, os enfermos recorrem ao Poder Judiciário objetivando que o Estado custeie tratamentos médicos caros. E aí é o magistrado quem se depara com uma situação difícil: de um lado remédios e tratamentos que são indispensáveis à sobrevivência do indivíduo e de outro, a situação de incapacidade do Poder Público em atender todas as demandas em decorrência da escassez de recursos. Além disso, há, no nosso país, uma resistência por parte dos juristas em regular o direito sob uma perspectiva econômica seja por razões no plano histórico-político, como também por razões no âmbito do próprio direito.

De qualquer maneira, está se tratando de direitos fundamentais que são tutelados pela Constituição Federal de 1988, sejam eles positivos ou negativos, de primeira ou de segunda dimensão, individuais e sociais. Todos eles demandam gastos e põem-se em conflitos devido a sua natureza de princípios.

Sendo assim, tem-se que interpretar a norma, estabelecer seu significado, ponderar valores, mesmo sabendo que são insuficientes para a resolução de todos os conflitos. Tem-se que proteger a vida, mas observando as contas públicas, a escassez de recursos também. Eis a razão que, no que tange a essa discussão, a decisão judicial deverá ser circunstancial, ou seja, para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CECCHETTO, Sergio. *Curar o cuidar- Bioética en el confín de la vida humana*. Buenos Aires: ADHOC, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito de Morrer*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005..
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 2, n. 8. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.