

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E MEIOS DE RESOLUÇÃO

Rodrigo Noschang
Defensor Público

Resumo: O maior grau de eficácia social do direito à saúde erigido com a Constituição Federal de 1988 fez com que aumentasse o número de litígios judiciais entre cidadãos e entes públicos tendentes à obtenção de atividades prestacionais do Estado (*lato sensu*), sendo corrente, nestas demandas, a discussão envolvendo a colisão entre princípios com embasamento constitucional, dentre os quais se destacam, de um lado, o da universalidade de acesso, da integralidade de assistência e da dignidade da pessoa humana, e, de outro, o da separação de poderes, da reserva do possível e da igualdade prestacional, subsidiando, respectivamente, a potencialização ou a restrição daquele direito. A solução para a colisão entre estes princípios passa, necessariamente, pela aplicação do preceito da proporcionalidade, em seus três preceitos parciais - adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, e da lei da ponderação, bem como pela análise da teoria das restrições e das teorias estreita ou ampla do tipo, procedimentos que serão examinados neste trabalho.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização. Princípio. Proporcionalidade. Ponderação.

Abstract: The biggest degree of social efficiency of the right to the health erected with the Federal Constitution of 1988 has made so that it increased the number of judicial lawsuits between citizens and public beings tending to getting rendering activities of the State (*lato sensu*), being a current, in these demands, the discussion involving the collision between principles with constitutional foundation, among which they detach it, from a side, of the universality of access, of the entirety of assistance and of the dignity of the human person, and, of other, it of the separation of powers, of the reserve of the possible and of the equality rendering, subsidizing, respectively, the potentialization or the restriction of that right. The solution for the collision between

these principles passes, necessarily, by the application of the precept of the proportionateness, in his three partial precepts – adaptation or suitability, necessity and proportionateness in strict sense –, and of the law of the ponderation, as well as by the examination of the theory of the restrictions and of the narrow or spacious theoris of the type, proceedings that will be examined in this work.

Keywords: Right to the health. Judicialization. Principle. Proportionateness. Ponderation.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Direito Fundamental à Saúde e a sua Judicialização. 2.1 Princípios Constitucionais relacionados ao Direito à Saúde 2.1.1. Princípios Potencializadores 2.1.1.1 Universalidade de Acesso 2.1.1.2 Integralidade de Assistência 2.1.1.3 Dignidade da Pessoa Humana 2.1.2. Princípios Restritivos 2.1.2.1 Separação de Poderes 2.1.2.2 Reserva do Possível 2.1.2.3 Igualdade Prestacional 3. Procedimentos aplicáveis à Solução de Colisão entre Princípios 3.1 O Preceito da Proporcionalidade 3.2 A Lei da Ponderação 3.3 Teoria das Restrições e Teorias Estreita ou Ampla do Tipo 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Considerada a atual e crescente judicialização do direito constitucional à saúde, torna-se cada vez mais importante compreender-se quais são os principais e mais adequados meios de resolução de colisões entre princípios constitucionais potencializadores e restritivos daquele direito fundamental.

Com efeito, é inegável a importância que o direito à saúde representa aos cidadãos em geral, na medida em que se refere a um dos direitos mais básicos da pessoa humana, condizente com a dignidade que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) lhe assegura.

O conceito de direito à saúde, após longa evolução, desde as declarações de direitos do século XVIII, passando pela Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU) de 1948, até a Constituição Federal de 1988, no Brasil, evoluiu amplamente, abrangendo tanto a faceta individual de direito subjetivo à assistência médica quanto o tratamento coletivo igualitário (DALLARI, 2003).

Em decorrência ao fortalecimento desse direito, surge extensa gama de pretensões a serem satisfeitas, as quais, se negadas no âmbito administrativo, acabam se judicializando, dando azo ao ajuizamento de inúmeras ações sob esse viés.

A crescente judicialização do direito fundamental à saúde traz ínsita a aplicação de vários princípios, a maioria com fundamento constitucional. Alguns princípios potencializam a dimensão prestacional positiva do direito à saúde, impondo ao Estado uma efetiva assistência, ao passo que outros a restringem substancialmente, calcados, acima de tudo, em questões orçamentárias.

Ocorre que a aplicação prática desses princípios, mormente nas decisões judiciais que examinam casos concretos envolvendo o direito à saúde, provoca embates principiológicos, exigindo que o reconhecimento de determinado direito importe em estabelecimento de uma ordem de precedência entre princípios, condicionada a elementos fáticos, sociológicos e culturais diversos. Cabe, então, ao operador do direito a tarefa de demonstrar, através da argumentação jurídica e de procedimentos voltados para a solução de colisões entre princípios, qual deles deve prevalecer, com maior ou menor grau de restrição àquele minimizado.

Isso faz surgir a necessidade de um estudo mais aprofundado a respeito dos princípios constitucionais que se colidem nos pedidos e nas defesas das partes litigantes, e que deverão ser devidamente equalizados pelo Poder Judiciário ao ser proferida a sentença.¹

Para tanto, é necessário contextualizar o direito à saúde de acordo com a teoria dos direitos fundamentais sociais e com os princípios constitucionais a ele relacionados, tendo por base a Constituição Federal de 1988. Assim, será possível explicar, em linhas gerais, em que consiste e quais os motivos do fenômeno da judicialização do direito à

¹ Nesse contexto, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 12) comentam que: "a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz com a concretização do direito (fundamental social) à saúde, vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do Direito, em especial do Estado-Juiz, que frequentemente é provocado a manifestar-se sobre questões antes menos comuns, como a alocação de recursos públicos, o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais, e até mesmo a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais sociais na esfera da relação entre particulares".

saúde, bem como identificar e descrever quais os princípios constitucionais em destaque que, de forma corrente, se embatem nas decisões judiciais que versam sobre o direito à saúde.

Na última parte deste estudo, sugerir-se-ão métodos de resolução de colisões entre os princípios expostos, refletidos pelas frequentes discussões judiciais acerca da efetivação do direito à saúde, o que se mostra, pela importância do tema, relevante e oportuno.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A SUA JUDICIALIZAÇÃO

Nas sociedades mais antigas, a busca de curas para os males que atingiam a saúde da população ligava-se à magia, já que as noções sobre a natureza do corpo dos indivíduos derivavam de crenças tradicionais. Contudo, na sociedade moderna, principalmente após a revolução científica do século XVII, surge uma nova orientação, passando o conceito de saúde a relacionar-se com o desenvolvimento de técnicas de diagnóstico e terapia não mais baseadas na crença, e sim na ciência (CASTRO, 2003).

Esta evolução da medicina acabou por trazer implicações ao Direito moderno, o qual, no entanto, num primeiro momento, mais se relacionava com o fundamento para o exercício da autoridade pública, e, após, passou a balizar mudanças sociais em geral, inclusive no que tange à modificação das práticas para obtenção e conservação da saúde, daí evoluindo para a criação do Direito Sanitário, “expressão jurídica de uma ‘política social’” que “deve ser pensado como um conjunto de regras e princípios referentes a ações que tenham como escopo geral a ‘integração social’ [...]” (CASTRO, 2003, p. 323). Ainda segundo este autor, quem não consegue ter pleno acesso aos serviços médicos e de saúde apresenta deficiências de integração social, do que resulta uma opressão, donde se extrai a importância de se reconhecer o acesso à saúde como um *direito universal* (2003).

Assim, evoluindo de uma concepção jusnaturalista a uma doutrina em que os direitos fundamentais passaram a ser positivados, estes foram se transformando, razão pela qual foram criadas três di-

mensões² de direitos, incluindo-se, na segunda dimensão, aqueles que outorgam ao indivíduo prestações sociais estatais positivas, tal como a assistência à saúde.

É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material (SARLET, 2004, p. 56).

A universalização do direito à saúde atingiu seu ápice, no Direito brasileiro, com a Constituição Federal de 1988³, que criou o Sistema Único de Saúde (artigos 196 a 200), estabelecendo a descentralização na prestação de serviços de saúde e a co-responsabilidade entre as esferas federal, estadual e municipal. Ainda, no artigo 6º, incluiu o direito à saúde no rol dos direitos sociais, sendo, a partir de então, possível classificá-lo como direito fundamental, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo Bastos (2005 *apud* BARROS, 2006, p. 7-8), “tem como objetivo garantir uma gama mínima de direitos sem os quais não se consegue levar uma vida digna, à altura do ser humano”.

A partir da Constituição Federal de 1988, todas as ações e serviços de saúde se tornaram de relevância pública⁴, sendo imputável ao Estado uma grande responsabilidade pela consecução do bem-estar social⁵.

² Sarlet (2004, p. 53) prefere a denominação “dimensões de direitos” a “gerações de direitos”, já que esta, a seu ver, “pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra [...]”.

³ Barros (2006, p. 3), ao sustentar que o direito à saúde somente foi reconhecido no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, chega a dizer que, antes disso, “o Estado apenas tinha o dever de oferecer atendimento àqueles trabalhadores com carteira assinada e seus familiares”.

⁴ Reza o artigo 197 da Constituição Federal de 1988: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 2010).

⁵ Segundo Streck e Morais (2006, p. 79), o modelo de Estado do bem-estar social é aquele que “garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político. O cerne da diferença, além da crescente atitude interventiva estatal, se coloca exatamente neste aspecto de direito próprio do cidadão a ter garantido o seu bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do povo”.

Todavia, discute-se, na doutrina, se os direitos sociais são *normas programáticas*⁶, isto é, “de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata” (MIRANDA, 1996, p. 244-245), ou se são *normas de aplicação imediata*, em decorrência do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988⁷.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 17) sustentam que o direito à saúde tornou-se um direito fundamental social de aplicação direta e imediata, maximizando, assim, a eficácia dos direitos fundamentais sociais com base no art. 5º, § 1º da Carta Política:

Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, §1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto.

O conceito de direitos fundamentais sociais proposto por Leivas (2006, p. 89) aborda com muita propriedade a sua característica prescricional, compreendendo, em sentido amplo, direitos a ações positivas, tendo como destinatário preponderante o Estado:

[] eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer na mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.

⁶ Classificação extraída da obra de José Afonso da Silva (2002).

⁷ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 2010).

Como consequência direta desse maior grau de eficácia social do direito à saúde, surge a judicialização crescente de diversas demandas contendo pretensões prestacionais em face do Estado, exigindo do Poder Judiciário, que assume uma função corretiva ou redistributiva das distorções provocadas pelo desnivelamento social (LUPION, 2008), decisões⁸ versando sobre a aplicação prática de princípios constitucionais, dos quais se valem os atores processuais para sustentar seus argumentos, e que serão abordados a seguir.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE

A jurisprudência⁹ demonstra que os princípios comumente postos em rota de colisão nas demandas judiciais relativas ao direito à saúde são, de um lado, o da universalidade de acesso, da integralidade de assistência e da dignidade da pessoa humana, e, de outro, da separação de poderes, da reserva do possível e da igualdade prestacional, subsidiando, respectivamente, a potencialização ou a restrição daquele direito.

2.1.1. PRINCÍPIOS POTENCIALIZADORES

A discussão envolvendo a colisão entre princípios constitucionais e a sua aplicação a um determinado caso concreto, mesmo que em graus diferenciados, isto é, com prevalência de um princípio sobre o outro, é objeto de destaque nas lições de Leivas (2006, p. 48), para quem, com base na doutrina de Alexy, “os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades fáticas e jurídicas”. Além disso, ainda de acordo com o referido professor:

⁸ Scaff (2008, p. 150) denomina sentença aditiva aquela que “determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição – hipóteses mais comuns no Brasil atual”.

⁹ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. cível 70029673928. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. 2009. Ainda: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. cível 70029538501. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. 2009.

Para a solução da colisão entre princípios, deve-se levar em consideração as circunstâncias do caso e estabelecer-se entre eles uma relação de precedência condicionada. Assim, sob determinadas circunstâncias, o princípio X tem precedência sobre o princípio Y. Sob outras condições, o princípio Y possui precedência sobre o princípio X. Portanto, a teoria dos princípios pressupõe que nenhuma norma possui precedência absoluta (2006, p. 51-52).

Se é certo dizer que um princípio, sob determinadas circunstâncias, tem precedência sobre outro, também é possível afirmar que alguns princípios, quando aplicados em uma sentença aditiva¹⁰, potencializam o direito à saúde, pois !”quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ao outro, levando a cabo a dimensão do peso, não mais a dimensão da validade” (LEIVAS, 2006, p. 41). Levam-se em conta, portanto, os pressupostos fáticos de uma *norma de direito fundamental associada* com caráter de regra, que contém “*determinações no âmbito do fático e juridicamente possíveis*” (LEIVAS, 2006, p. 39).

2.1.1.1. UNIVERSALIDADE DE ACESSO

O art. 196 da Constituição Federal de 1988¹¹ assegura a saúde como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas que visem, entre outros objetivos, a garantia do acesso universal igualitário às ações e serviços¹². Esta dispo-

¹⁰ Ver nota 9 acima.

¹¹ Assim dispõe o referido dispositivo: “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” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 2010).

¹² Essa é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) emprega à mencionada norma: “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) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA 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,

sição encontra eco na legislação infraconstitucional no art. 2º, § 1º da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde)¹³.

A universalidade de acesso institui para a Administração Pública a responsabilidade de elaborar programas operacionais que assegurem a atenção à saúde de toda a população que habita uma determinada área de abrangência, conforme as atribuições constitucionais e legais. A população, de outro lado, tem a possibilidade de exigir, de modo individual ou coletivo, a consecução desse direito junto ao Poder Judiciário, sempre que for negado na seara administrativa (REZENDE, 2003, p. 63-64).

Lima (2008, p. 269), ao examinar o problema da efetividade do acesso universal e igualitário à saúde de acordo com a realidade brasileira, isto é, no contexto de um Estado comprometido com a justiça social (art. 193 da CF/88), enfatiza que o direito à saúde “não pode ser concebido como um poder a ser exercido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade”. Em contrapartida, o mesmo autor defende que o direito à saúde deve ser contemplado como “uma relação de justiça social”, que permita “o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público” (2008, p. 277).

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 consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - 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 inconsequente, 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. [...] Precedentes do STF” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 271286 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, 2000).

¹³ Eis o teor do referido dispositivo: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, 2010).

De qualquer sorte, a jurisprudência majoritária, inclusive do Egrégio STF, excetuando-se casos isolados, vem dando guarida a pretensões prestacionais em face do Estado com fundamento, entre outros princípios, na universalidade de acesso, aplicando, inclusive, multas por exercício abusivo do direito de recorrer aos litigantes que se opõem àquele princípio com intuito evidentemente protelatório¹⁴.

2.1.1.2. INTEGRALIDADE DE ASSISTÊNCIA

Além de assegurar a saúde como um direito de todos e dever do Estado - caráter universal -, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 198, II¹⁵, assegura a integralidade de assistência, que, a teor do art. 7º, II da Lei nº 8.080/90, pode ser “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; [...]” (BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, 2010). Como já se adiantou alhures, antes da Constituição Federal de 1988, as ações e serviços de saúde, então oferecidos pela Previdência Social, eram reduzidos a alguns procedimentos médicos e odontológicos, ambulatoriais e hospitalares, com a distribuição de alguns medicamentos aos “mais carentes”. Entretanto, a partir da nova ordem constitucional,

a integralidade de assistência significa que o cidadão tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, em qualquer situação de risco ou agravo (doença), utilizan-

¹⁴ Nesse sentido: “MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 393175 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, 2006).

¹⁵ Assim dispõe o referido dispositivo: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 2010).

do ou não insumos, medicamentos, equipamentos, entre outros. Ou seja, o que define o atendimento deve ser a necessidade das pessoas. Por esse princípio, é inconcebível, no SUS, algumas perguntas tais como: o SUS atende idosos? O SUS faz cirurgia do coração? O SUS faz parto? Atende câncer? Faz tomografias? Fornece medicamentos? Faz dentadura? Coloca aparelho nos dentes? (REZENDE, 2003, p. 64).

Portanto, ao lado da universalidade de acesso, a integralidade de assistência constitui um dos principais fundamentos do direito constitucional à saúde, agregando-lhe dimensão ampliada e garantindo o respeito à vida e à cidadania.

2.1.1.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro (art. 1º, inc. III da CF/88), constitui um princípio normativo fundamental, já que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, constituindo, o ser humano, a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2004).

Segundo Moraes (2002, p. 50), a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil,

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre

sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Essa via de fundamentação relaciona-se com o princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, verificando-se, na doutrina constitucional alemã, as formulações de Dürig, para quem “o conteúdo material dos direitos fundamentais é idêntico ao conteúdo da dignidade humana” ([19--?] *apud* STEINMETZ, 2001, p. 164).

Streck e Moraes (2006, p. 99) colocam como um dos princípios do Estado Democrático de Direito um

Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida, também, como componente do direito ao mínimo existencial. Leivas, citando Tugendhat, refere que “a dignidade aponta para certo nível de satisfação das necessidades, uma vez que um ser humano precisa do mínimo de existência para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve, neste sentido, uma existência humanamente digna!” (2006, p. 134).

O conceito de mínimo existencial, por sua vez, é formulado por Treisch (1999, p. 1 *apud* Leivas, 2006, p. 135):

O mínimo existencial é a parte do consumo decorrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc, (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física

como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.

Obviamente, a escassez de recursos impede que o nível de satisfação dessas necessidades atinja um patamar satisfatório, já que a demanda da população é sempre maior do que a disponibilidade do governo e da previsão orçamentária para gastos em programas sociais. Entretanto, isso não impede que estas necessidades vitais, entre as quais se inclui a assistência à saúde, sejam demandadas em face do Estado (*lato sensu*) perante o Poder Judiciário, já que a escolha entre a observância ou não desses direitos tão importantes não pode ficar à mercê da simples maioria parlamentar (ALEXY, 1996 *apud* LEIVAS, 2006, p. 136).

São vários os julgados na jurisprudência pátria que imputam aos entes públicos o dever de prestar assistência à saúde com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, dando-lhe precedência em relação a princípios colidentes.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes excertos do Supremo Tribunal Federal:

[...] Impende observar, finalmente, que a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, objeto do recurso extraordinário em questão, legitima-se em face do que se contém no art. 1º, inciso III, da Constituição da República. Na realidade, o julgamento em causa, ao reconhecer a centralidade que assume, em nosso sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana, erigiu-a à posição eminente de “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, como observa, em magistério lapidar, JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Comentário Contextual à Constituição”, p. 38, item n. 4.5, 2005, Malheiros). Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere [...] (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, AI 717243, Relator: Min. Celso de Mello, 2008).

[...] O direito à vida compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao princípio do viver digno. A Constituição da República assegura o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e, em sua esteira, todos os meios de acesso aos fatores e condições que permitam a sua efetivação. Esse princípio constitui, no sistema constitucional vigente, um dos fundamentos mais expressivos sobre o qual se institui o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). O direito de todos à saúde, “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”, conforme se contém no art. 196 da Constituição da República, compatibiliza-se, ainda, com o princípio constitucional da igualdade, daí a norma constitucional assecuratória do acesso universal e igualitário a todos os recursos disponíveis para garantia de condições de saúde. [...] (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 570308, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2007).

Na mesma linha de entendimento, citam-se decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE DESPROVEU AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DIVERSOS TEMAS. [] A tudo se sobrepõe o direito à assistência à saúde, além de ser vedado excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Ademais, há lembrar o Estado Democrático e de Direito, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º e III). [...] (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Al 70033087867, Relator: Des. Irineu Mariani, 2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE PASSE LIVRE MUNICIPAL. TRATAMENTO MÉDICO. [...] com base no direito constitucionalmente assegurado à vida e à saúde, bem como no princípio da dignidade da pessoa

humana, cabe ao Município arcar com o pagamento das passagens de ônibus necessárias ao deslocamento para o tratamento médico realizado, sob pena de não ser possível a realização deste. [...] (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, AI 70031036627, Relatora: Desa. Matilde Chabar Maia, 2009)

Verifica-se, assim, a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana assume no debate acerca da judicialização do direito fundamental à saúde, dada, principalmente, a sua relação íntima com o conceito de mínimo existencial, conforme antes proclamado.

2.1.2. PRINCÍPIOS RESTRITIVOS

Ao lado dos princípios que potencializam o direito fundamental à saúde, há aqueles que comumente subsidiam argumentos contrários à sua efetivação por meio de decisões judiciais, que serão a partir de agora abordados.

2.1.2.1. SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação dos poderes do estado de acordo com as suas funções resultou da evolução constitucional inglesa, que consagrou o *Bill of Rights* de 1689. Esta separação pressupõe a tripartição das funções do Estado, distinguindo-as em *legislativa*, *administrativa* (ou executiva) e *jurisdicional*, classificação devida a Montesquieu, mas que encontra antecedentes na obra de Aristóteles e de Locke (FERREIRA FILHO, 2001).

No que concerne ao direito fundamental à saúde, deve-se considerar, para os fins deste estudo, as funções típicas de cada poder, isto é, o Legislativo legislando, o Executivo administrando e o Judiciário julgando.

A vida forense¹⁶ demonstra que, recorrentemente, questiona-se, nos feitos judiciais em que se busca o atendimento de uma determina-

¹⁶ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo 70034046201. Relator: Des. Rui Portanova. 2010. Ainda: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. cível 70033822024. Relator: Des. Jorge Maraschin dos Santos. 2010.

da demanda relacionada ao direito fundamental à saúde, se o Poder Judiciário não estaria se imiscuindo nas tarefas de legislar e de administrar ao alocar recursos públicos para determinadas prestações sem planejamento governamental prévio, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo¹⁷.

Na verdade, nestas situações, o Judiciário nada mais faz do que suprir lacunas existentes, implementando políticas públicas, muitas vezes sem previsão na lei e sem regulamentação administrativa, justamente devido à inércia do Poder Legislativo e da ingerência do Executivo, motivo pelo qual, como acima visto, a tese de infringência à separação de poderes não vem sendo aceita pela jurisprudência majoritária.

2.1.2.2 RESERVA DO POSSÍVEL

O conceito de reserva do possível, originário da Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970, revela que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada às capacidades financeiras do Estado, já que a este cabe financiá-las. Conforme apontam Sarlet e Figueiredo (2008, p. 27),

justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.

Essas foram as noções desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, tendo como paradigma o caso *numerus clausus*¹⁸, firmou o entendimento de que

¹⁷ Scaff (2008, p. 152) refere que as decisões aditivas que concedem, de forma individualizada ou coletiva, diversas espécies de direitos sociais, aplicando-os diretamente da Constituição, transformam o Poder Judiciário e o STF em verdadeiros "ordenadores da despesa pública".

¹⁸ Leivas (2006, p. 98) esclarece que "Numerus clausus é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique contestaram a limitação com base no art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação".

a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 27).

Todavia, o princípio da reserva do possível não se limita à afirmação por alguns defendida de que a implementação de direitos fundamentais sociais deve restringir-se a limites orçamentários estatais, uma vez que, de acordo com Leivas (2006, p. 99), *aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade* significa que “o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental”. E arremata: “Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios”.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 30) também relacionam a reserva do possível à necessidade de ponderação com outros princípios constitucionais, apontando sua *dimensão tríplice*, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

2.1.2.3. IGUALDADE PRESTACIONAL

O art. 198, II da Constituição Federal de 1988 prevê o direito à igualdade “da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 2010).

Isso significa que o poder público deve oferecer atendimento em condições iguais para todos, sendo que a prioridade deste atendimento deve ser aferida pela necessidade das pessoas, em especial pela complexidade da doença ou do agravo, e não pela condição socioeconômica ou outros critérios particulares dos usuários do sistema de saúde (REZENDE, 2003).

Assim, a efetivação do direito à saúde não permite concessões ou favores, devendo todos ser tratados em igualdade de condições e, acima de tudo, com dignidade.

Ocorre que, para parcela da doutrina, esta igualdade vê-se ferida quando uma determinada pessoa consegue obter uma prestação positiva do poder público por meio de uma decisão judicial favorável, na medida em que ela, ao reclamar ao Poder Judiciário, estaria recebendo um tratamento diferenciado, o que não corresponderia a um atendimento pleno do direito fundamental à saúde consagrado no texto constitucional, cujas prestações sociais devem ser universalizadas (LUPION, 2008).

Segundo Barcellos (2002, p. 279 *apud* LUPION, 2008, p. 352):

a rigor, o único ponto que distingue o autor de uma demanda judicial dessas milhares de pessoas (referindo-se a uma pesquisa do IBGE) é que estas não têm capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia; afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, a primeira do magistrado e a segunda da Administração, acerca das prioridades na área da saúde.

Lima (2008, p. 277) defende que o sistema de saúde a ser adotado no Brasil deveria contemplar “critérios racionais que, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público”.

Portanto, além de refletir a imprescindibilidade do tratamento paritário, o princípio da igualdade prestacional serve, para os autores citados, como um filtro à judicialização do direito à saúde, pois, segundo eles, não se pode garantir o acesso a prestações positivas apenas àqueles que conseguem postulá-las ao Poder Judiciário, quando não atendidos seus anseios na seara administrativa, e sim à coletividade, respeitando-se as políticas públicas¹⁹ erigidas pelo gestor competente.

3. PROCEDIMENTOS APLICÁVEIS À SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Examinados os princípios que, via de regra, constituem o ponto central do debate em torno da judicialização do direito à saúde, surge a necessidade de, agora, segundo a proposta deste trabalho, identificar quais são os principais e mais adequados meios de resolução das colisões entre princípios constitucionais potencializadores e restritivos daquele direito.

Ressalta-se que, para o estudo destes procedimentos, está-se levando em consideração a classificação de Alexy (2007), segundo o qual os princípios e regras são espécies do gênero normas, sendo que as regras suscitam o problema da validade, ao passo que os princípios, além da validade, também impõem o exame da importância ou valor.

Assim, as regras devem ser aplicadas na medida de sua prescrição e, na apreciação do caso concreto, havendo conflito entre elas, uma deverá ser excluída ou abandonada²⁰, enquanto que, no que tange aos princípios, justamente por constituírem “mandados de otimização”, há de se dispor de ferramentas que possibilitem a solução das

¹⁹ O problema que se coloca, em relação à distribuição gratuita de medicamentos à população, é que, segundo Carvalho (2009, p. 35), “a lista do Sistema Único de Saúde, referente aos medicamentos acessíveis pela sociedade gratuitamente, além de desatualizada, é inconstitucional, uma vez que limita ou restringe o acesso a medicamentos ao taxar quais serão oferecidos gratuitamente. Como fundamentado anteriormente, todo e qualquer medicamento deve ser oferecido desde que se demonstre, via diagnóstico, a necessidade e sua possível eficácia, e não afronte a saúde do próprio paciente”.

²⁰ Para Dworkin (1977, 1978, p. 24 apud Leivas, 2006, p. 34), “as regras são aplicáveis à maneira de disjuntivas, ou bem a regra é válida e, por conseguinte, deve ser aceita a consequência jurídica que ela exige, ou bem não é válida, situação que não contribui em nada para uma determinada decisão.” É a chamada “tese da aplicabilidade das regras como tudo-ou-nada”.

colisões entre eles, com o fito de se propiciar a realização do direito na maior medida possível, dentre das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (LEIVAS, 2006).

3.1. O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE

Entendendo-se, tal qual Magalhães Filho (2004, p. 104), que o Estado Democrático de Direito tem por base “a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais”, o preceito²¹ da proporcionalidade constitui-se no “princípio dos princípios”²², já que é por meio dele que os demais encontram sua condição de aplicabilidade e eficácia (MAGALHÃES FILHO, 2004, p. 208).

O preceito da proporcionalidade, no sentido da proibição do excesso, resulta da essência dos direitos fundamentais de defesa, mas também pode ser compreendido como resultante da essência dos direitos fundamentais prestacionais, no sentido da proibição da não-suficiência, que é assim descrita por Leivas (2006, p. 76):

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência. Como afirma Borowski: “A melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jufundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito pela constituição”.

Em que pese não possua expressa referência na Constituição Federal de 1988, o preceito em comento é um postulado constitucional

²¹ Leivas (2006, p. 47) adverte que Alexy utiliza o conceito de preceito de proporcionalidade em vez de princípio da proporcionalidade – o que adjetiva como errado – porque os seus três preceitos parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) têm características de regras, sendo, portanto, ponderados frente a algo diferente, sem relação de precedência, e sim investigando-se se foram satisfeitos ou não.

²² Segundo Steinmetz (2001, p. 147), “o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados democráticos de Direito”.

implícito, não-escrito, mas com inegável validade, já que se fundamenta, entre outros aspectos, no próprio Estado de Direito, no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade humana e na cláusula do *due process of law* (STEINMETZ, 2001), possuindo, ainda, fundamentação jusfundamental, o que, conforme denominação de Alexy (1997, p. 112 *apud* STEINMETZ, 2001, p. 168-169), significa

a fundamentação da máxima da proporcionalidade que toma por base o caráter principal das normas de direitos fundamentais. Há uma co-implicação - uma implicação recíproca - entre princípios e máxima da proporcionalidade. Aqueles implicam esta, esta implica aqueles. No âmbito da questão que aqui se aborda - fundamento do princípio da proporcionalidade -, isso significa que o princípio da proporcionalidade é deduzível ou infere-se, logicamente, do caráter ou da natureza dos princípios.

Outra questão de assaz importância diz respeito à natureza do preceito da proporcionalidade, havendo duas posições concorrentes, uma atribuindo-lhe caráter material e outra, formal.

A tese substancialista, ou seja, que atribui ao preceito da proporcionalidade um conteúdo axiológico, refere que ele “indica, quando aplicado, determinados critérios ou pontos de vista materiais conformadores da decisão normativa, solucionadora do conflito de direitos, bens ou interesses” (STEINMETZ, 2001, p. 156). Já a tese oposta sustenta que o preceito da proporcionalidade não é um critério material ou substantivo de decisão, mas sim um “procedimento que conduz à decisão do caso concreto” (STEINMETZ, 2001, p. 157).

Deste modo, sob um viés formal, o preceito da proporcionalidade traduz-se em um procedimento que, como tal, é dotado de etapas a serem transpostas na análise de casos concretos de colisões entre princípios²³ que se situam no mesmo plano de valoração, tais como

²³ Mendes (2002, p. 281) ensina que a doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo, sendo que este último tipo – que interessa ao presente estudo – envolve “os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade”, tal como ocorre com os princípios constitucionais de destaque relacionados à judicialização do direito à saúde.

aqueles alhures estudados. Estas etapas correspondem aos três preceitos²⁴ parciais do preceito da proporcionalidade: *adequação* ou *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

No que se refere ao preceito parcial da adequação, segundo Leivas (2006, p. 77), “uma medida estatal é adequada no sentido da proibição da não-suficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir.” E prossegue o citado mestre com uma didática explicação:

Assim, para o cumprimento do princípio P_1 , verifica-se se o meio M_1 é adequado para alcançar o objetivo exigido pelo princípio P_1 . Caso ele não seja adequado a alcançar o objetivo proposto pelo princípio jusfundamental, ele está proibido e impõe-se que sejam buscados outros meios adequados para a realização do princípio P_1 .

O preceito parcial da necessidade, igualmente no sentido da proibição da não-suficiência, revela que uma medida é desnecessária se, por outro meio, é alcançada a realização do objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir, em igual ou maior medida, mas resguardando-se uma posição jusfundamental colidente, que é atingida com menor força (LEIVAS, 2006). Convém, novamente, ilustrar essa proposição com um exemplo do citado professor:

Portanto, existindo, ao lado do meio M_1 , o meio M_2 , e ambos são adequados no sentido da proibição da não-suficiência, ou seja, ambos os meios são aptos em igual medida para alcançar a realização do princípio P_1 , porém M_2 prejudica, em menor medida, a realização do princípio jusfundamental P_2 , então o preceito da necessidade proíbe a utilização de M_1 (2006, p. 78).

Após esta breve exposição acerca dos preceitos da adequação e da necessidade, é possível notar que ambos “seguem o caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilida-

²⁴ Apesar de grande parcela da doutrina denominá-los de “princípios parciais” ou “subprincípios” do “princípio de proporcionalidade”, optou-se por manter a denominação “preceitos parciais” em obediência à lição de Alexy, citada por Leivas, conforme acima referido.

des fáticas”. Já o terceiro preceito da proporcionalidade, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito, “segue-se da relativização com respeito às possibilidades jurídicas e a ordem de ponderação, quando princípios opostos entram em colisão” (LEIVAS, 2006, p. 48).

3.2. A LEI DA PONDERAÇÃO

Cabível, neste momento, um breve estudo específico sobre o terceiro preceito parcial da proporcionalidade, que condiz com a chamada “lei da ponderação”. Para Steinmetz (2001, p. 140),

Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Alexy (2007, p. 37), ao ensinar que os princípios, como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente, colidindo com outros princípios e tornando a ponderação a única forma típica de aplicação capaz de levar do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo. A seguir, o referido mestre demonstra no que consiste o que chama de “pretensão de correção”:

O ponto de partida do argumento de princípios é que a pretensão de correção, então, quando uma ponderação é possível, pede uma ponderação. Os objetos de ponderação unicamente possíveis, porém, são princípios. Como a pretensão de correção necessariamente faz parte do direito, também a ponderação, exigida por ela, faz parte necessariamente do direito. Mas se as ponderações fazem parte necessariamente do direito, então também os objetos de ponderação. A pretensão de correção leva, portanto, a isto, que os princípios, que foram os fundamentos para as regras antigas, como também para as novas a serem criadas, devem ser incluídos no conceito de direito. Desse modo, os fundamentos ideais convertem-se para aquilo que é definitivamente devido em componente do direito (2007, p. 38).

Leivas (2006, p. 48-49), inclusive citando Alexy, expõe didaticamente no que consiste a lei da ponderação:

Na Alemanha, segundo Alexy, o Tribunal Constitucional Federal, em diversas ocasiões, fez referência a uma regra constitutiva para as ponderações: *Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação de outro*. Esta é a lei da ponderação, segundo a qual a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. Isso põe claramente de manifesto, segundo o autor, que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou absolutamente, senão que sempre se pode falar tão-somente de pesos relativos.

A seguir, o mencionado professor expõe os passos pelos quais a lei da ponderação deixa-se determinar:

Princípios que garantem direitos à ação dirigidos contra o Estado exigem, com seu caráter teleológico, a mais ampla e possível realização de um ideal no sentido de um objeto ou objetivo de otimização. Procedese, então, a uma ponderação entre os princípios colidentes, considerando os graus de satisfação ou não-satisfação alcançados pelos meios adequados e necessários.

Exemplificando, sendo o meio M_2 adequado e necessário, procede-se a uma análise quanto ao seu grau de satisfação do princípio P_1 , o que pode ser feito utilizando-se a escala triádica de intensidade (leve, média e grave). Verifica-se, a seguir, também por meio da escala triádica, o grau de afetação ou não-satisfação que o meio M_2 provoca no princípio colidente P_2 . Se M_2 prejudica a satisfação do princípio colidente P_2 de modo grave e ele satisfaz o princípio P_1 de modo médio ou leve, então o meio M_2 , apesar de adequado e necessário, está proibido no sentido da proibição da não-suficiência. Nessa situação, outros meios ($M_3, M_4, M_5, \dots, M_n$) que promovam a realização do princípio P_1 devem ser buscados (2006, p. 78-79).

Denota-se, portanto, que, quando vários meios²⁵ satisfizerem determinado princípio, a escolha do meio assume primordial importância, cabendo verificar a quem incumbe esta tarefa. Caso deixe-se a livremente ao Estado, reconhecer-se-á um espaço de ação na escolha do meio, o que significa aceitar que meios com menos intensidade de assistência sejam escolhidos, contradizendo com o mandado de otimização ordenado pelos princípios jusfundamentais, mormente em se tratando de direitos prestacionais (LEIVAS, 2006).

De outro lado, afastado este espaço de ação na escolha do meio, Leivas (2006, p. 79-80) indica outros critérios, os quais denomina de “a) maximização da intensidade de assistência” e “b) maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo”. O primeiro consiste na “escolha do meio com a mais alta intensidade absoluta de assistência” e, o segundo, na chamada “ponderação de segundo nível”, que se baseia “em uma relação entre a intensidade de assistência e a intensidade do prejuízo aos princípios colidentes” (2006, p. 80).

Gize-se que a fundamentação de uma decisão em favor de um princípio em detrimento de outro exige o estabelecimento de escalas de intensidade de intervenção e graus de importância, que se classificam em leve, médio e grave (LEIVAS, 2006).

Trazendo-se esses ensinamentos para o exame da colisão entre princípios constitucionais relacionados ao direito fundamental à saúde, pode-se, à guisa de exemplo, dizer que os princípios da universalidade de acesso, da integralidade de assistência e da dignidade da pessoa humana, ao subsidiarem uma pretensão de se obter um medicamento excepcional de altíssimo custo para tratamento de uma doença que põe a vida de uma pessoa em risco, são satisfeitos de modo eficaz e tornam a obtenção desta prestação positiva do Estado, por meio de uma decisão judicial favorável, um meio adequado e necessário, diante da hipotética negativa daquele em atender o paciente na esfera administrativa, fazendo com que os princípios colidentes - separação de

²⁵ Para Leivas (2006), se nenhum meio é exigido definitivamente ou se somente um meio satisfaz os requisitos, o resultado é definitivo, pois restarão observados os preceitos parciais da adequação e necessidade.

poderes, reserva do possível e igualdade prestacional - sejam afetados apenas de modo leve ou médio, realizando, na prática, o direito à saúde constitucionalmente assegurado.

3.3. TEORIA DAS RESTRIÇÕES E TEORIAS ESTREITA OU AMPLA DO TIPO

As restrições aos direitos fundamentais apenas podem ocorrer por meio de normas de nível constitucional ou por meio de normas infraconstitucionais, desde que haja autorização na constituição, o que permite concluir que as restrições, sempre, serão constitucionais, de forma direta ou indireta (LEIVAS, 2006).

A teoria das restrições divide-se em teoria interna e externa. A primeira parte de direitos definitivos²⁶, que não admitem restrições externas, pelo que a ponderação não se mostra possível nem necessária (BOROWSKI, 1998 *apud* LEIVAS, 2006). Já a segunda “promove a distinção entre o direito *prima facie*”, de um lado, e o direito definitivo ou efetivo âmbito de proteção, de outro. Este direito é realizável judicialmente” (BOROWSKI, 1998 *apud* LEIVAS, 2006, p. 62).

Segundo a teoria externa, em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito *prima facie*. Reconhecido o direito *prima facie*, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito com base em eventuais normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter a característica de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então, ao exame de sua proporcionalidade. Caso essas normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo (LEIVAS, 2006, p. 62-63).

²⁶ Leivas (2006) ressalta, no entanto, que, apesar de não admitirem restrições externas, esses direitos podem sujeitar-se a limites, os quais Alexy chama de restrições iminentes.

²⁷ Para Heck (2003, p. 78) as primazias *prima facie* “produzem um determinado ordenamento no âmbito dos princípios, porque quando para a primazia do princípio em sentido contrário somente podem ser apresentados argumentos igualmente bons, elas conduzem à decisão. Uma fixação definitiva delas, naturalmente, também não contém, porque quando os argumentos para a primazia do princípio em sentido contrário são mais fortes a carga argumentativa está satisfeita. Com isso, outra vez, a ordenação depende da argumentação”.

As restrições aos direitos fundamentais sociais²⁸ também conduzem à escolha de meios, preferencialmente pelo Legislativo e Executivo, mas nada há que impeça o Judiciário de fazê-lo em caso de omissão daqueles, com obediência ao preceito da proporcionalidade e observância das restrições aos direitos fundamentais por outros princípios constitucionais (LEIVAS, 2006).

Para a determinação do tipo normativo dos direitos fundamentais sociais *prima facie*, impositiva a escolha entre uma teoria ampla ou estreita do tipo:

Segundo uma teoria estreita do tipo normativo, parte-se de um determinado nível de prestação de cada um dos direitos fundamentais sociais e promove-se uma interpretação estreita do bem protegido. Por exemplo, o direito fundamental à saúde só compreende assistência médica de emergência e atendimentos básicos de saúde. [...].

Já na teoria ampla do tipo normativo, realiza-se uma interpretação ampla do bem protegido. Assim, não se exclui *prima facie* determinadas prestações que possam ser consideradas, à primeira vista, desprovidas de uma importância que justifique uma proteção jusfundamental. Cirurgias plásticas de cunho estético poderiam ser incluídas dentro do conceito de saúde [...] (LEIVAS, 2006, p. 107).

Todavia, mesmo aceitando-se a ideia de um tipo normativo amplo, não surge, inexoravelmente, um direito definitivo, uma vez que se impescinde da aplicação da lei da ponderação, já que “prestações positivas fáticas menos importantes exigiriam um grau não-alto de afetação dos princípios colidentes, o que torna mais difícil que sejam reconhecidos direitos definitivos nestas condições” (LEIVAS, 2006, p. 108).

Assim, ao tipo normativo *prima facie* dos direitos fundamentais sociais aplicam-se as seguintes regras referidas à teoria ampla do tipo normativo:

²⁸ Wolfs, citada por Borowski (1998 apud Leivas, 2006), entende que somente os direitos fundamentais de defesa admitem restrições, já que os direitos prestacionais possuem um conteúdo garantido, pelo que sua restrição não seria necessária nem possível e negar-lhes-ia a ponderação.

a) Tudo o que apresenta uma propriedade que - considerada isoladamente - basta para uma subsunção sob o tipo normativo, fica tipificada, quaisquer que sejam as outras propriedades.

b) Dentro das margens semânticas dos conceitos do tipo normativo, deve-se levar a cabo interpretações amplas (ALEXY, 1996, p. 291 *apud* LEIVAS, 2006, p. 108).

Veja-se que a interpretação ampla do conceito de saúde pode não incluir toda e qualquer prestação²⁹, pois, como adverte Leivas, “supostos tratamentos de saúde, de caráter alternativo e sem comprovação de sua eficácia pela ciência, podem ficar excluídos do conceito” (2006, p. 108).

4. CONCLUSÃO

Este artigo pôs-se a demonstrar que o direito fundamental à saúde, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se um direito público subjetivo, assumindo, sob determinadas circunstâncias, características de direito definitivo³⁰, subsidiado por vários princípios constitucionais. Todavia, a própria Constituição trata de impor restrições àquele direito, as quais se baseiam em outros princípios, ocasionando a colisão entre eles.

A dificuldade prática está em se determinar a quem incumbe a importante tarefa de dizer se este ou aquele princípio deverá preceder, já que deixá-la ao alvedrio do administrador ou do legislador põe em risco toda a evolução dogmática dos direitos fundamentais sociais. Há que se resguardar, portanto, espaço para a atuação do Poder Judiciário, na condição de guardião da Constituição e, precipuamente, do respeito aos direitos fundamentais, mesmo que isso importe em redistribuição de recursos públicos.

²⁹ Para Leivas, cabe à doutrina e à jurisprudência a construção de uma dogmática de direitos fundamentais sociais que estabeleça um limite prático para a aplicação desses direitos (2006, p. 109).

³⁰ Para Alexy (1996 *apud* Leivas, 2006), os direitos sociais mínimos, dentre os quais inclui os direitos ao mínimo existencial e a um padrão mínimo de assistência médica, são direitos fundamentais sociais definitivos.

No entanto, a atuação do Judiciário deve, obviamente, compreender a análise argumentativa de ambas as partes interessadas, solucionando o caso concreto de uma forma justa e isenta, satisfazendo o dever de motivação de suas decisões.

Destarte, nesse ponto reside a importância de os operadores do direito, principalmente aqueles que detêm o poder de julgar, conhecerem os procedimentos aplicáveis à solução da colisão entre princípios acima estudados - preceito da proporcionalidade, lei da ponderação, teoria das restrições e teorias estreita ou ampla do tipo -, visto que são eles que emprestarão maior legitimidade ao ato de estabelecer uma ordem de precedência entre princípios colidentes. A crescente judicialização do direito à saúde, por si só, demonstra essa necessidade, não sendo mais suficiente uma mera subsunção de regras, o que impõe o reconhecimento de princípios como ordens de otimização daquele direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS E PERIÓDICOS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARROS, Wellington Pacheco. **Elementos de direito da saúde**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2006.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. Acessibilidade a medicamentos pela via judicial. **Consulex**. Brasília, DF, ano XIII, n. 296, p. 33-35, maio 2009.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do direito sanitário brasileiro. *In*: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública: coletânea de textos**. Brasília: Síntese, 2003. v. 1. p. 379-390.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *In*: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública: coletânea de textos**. Brasília: Síntese, 2003. v. 1. p. 39-64.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

HECK, Luís Afonso. Regras e princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy. *In*: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 52-100.

- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265-283.
- LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 347-361.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 2 t.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. Dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS. *In*: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde**. Brasília: Síntese, 2003. v. 2. p. 59-72.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-54.
- SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; Luciano Benetti Timm (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149-172.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. Lei Ordinária nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

JURISPRUDÊNCIA

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 271286, da Segunda Turma. Agravante: M.P.A. Agravada: D.R.V. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(271286.NUME.%20OU%20271286.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(271286.NUME.%20OU%20271286.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. Agravo regimental no recurso extraordinário nº 393175, da Segunda Turma. Agravante: E.R.G.S. Agravados: L.M.D. e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(393175.NUME.%20OU%20393175.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(393175.NUME.%20OU%20393175.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. Decisão monocrática no agravo de instrumento nº 717243. Agravante: E.R.G.S. Agravada: M.V.S. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(717243.NUME.%20OU%20717243.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((717243.NUME.%20OU%20717243.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. Decisão monocrática no recurso extraordinário nº 570308. Recorrente: M.P.E.R.G.S. Recorrido: E.R.G.S. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 27 de novembro de 2007. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\(570308.NUME.%20OU%20570308.DMS.\)\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=((570308.NUME.%20OU%20570308.DMS.))%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 05 fev. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 70031036627, da Terceira Câmara Cível. Agravante: J.G.S. Agravado: M.P.A. Relatora: Des. Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. Agravo de instrumento nº 70033087867, da Primeira Câmara Cível. Agravante: E.R.G.S. Agravada: M.L.G.M. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 02 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

_____. Agravo de instrumento nº 70034046201, da Oitava Câmara Cível. Agravante: M.S.L. Agravado: M.P. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 mar. 2010.

_____. Apelação cível nº 70029673928, da Oitava Câmara Cível. Apelante: M.P. Apelado: W.A.A. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. Apelação cível nº 70029538501, da Quarta Câmara Cível. Apelante: E.R.G.S. Apelado: M.A.S. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 10 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. Apelação cível nº 70033822024, da Primeira Câmara Cível. Apelante: E.R.G.S. Apelado: F.A. Relator: Des. Jorge Maraschin dos Santos. Porto Alegre, 12 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 05 mar. 2010.