



Hélcio Corrêa

12

# SOBRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

## *COMMENTS ON PROCEDURALISM AND SUBSTANTIALISM CONCERNING PUBLIC POLICIES FOR HEALTH*

João Carlos Leal Júnior  
Emilim Shimamura

### RESUMO

Objetivam demonstrar a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a promoção de políticas públicas, mais especificamente no direito fundamental à saúde.

Trazem os princípios procedimentalistas – em favor da promoção de direitos fundamentais mediante processos democráticos – e substancialistas – pela tutela de direitos essenciais mínimos, sob o fundamento da interpretação axiológica dos preceitos constitucionais.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direito fundamental; saúde; procedimentalismo; substancialismo; Supremo Tribunal Federal.

### ABSTRACT

*The authors intend to demonstrate both dogmatic and case law conflict on public policy-making , more specifically regarding the basic right to health.*

*They bring forward both proceduralist principles – for the fostering of basic rights through democratic processes – and substantialist principles – for the upholding of minimum essential rights, based on the axiological interpretation of constitutional precepts.*

### KEYWORDS

*Constitutional Law; basic right; health; proceduralism; substantialism; Brazilian Supreme Court.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o debate entre o procedimentalismo e o substancialismo, no que concerne à promoção de políticas públicas, especificamente para a concretização do direito à saúde, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O tema, por seu relevo, tem levantado discussões das mais diversas, e as correntes teóricas possuem ambas seus fundamentos, todos dotados de razoável grau de plausibilidade.

O trabalho, então, inicia-se com abordagem sobre as divergências teóricas sobre as vertentes procedimentalista e substancialista, apontando suas características basilares, os teóricos fundamentais, seus alicerces e justificativas.

Após, são analisadas as doutrinas do procedimentalismo e do substancialismo especificamente quanto à problemática da concretização, por parte do Poder Judiciário, do direito à saúde, em decorrência da abstenção do Poder Público. Há alusão ao choque de ideias entre a Teoria da Reserva do Possível e a Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

Em um último momento, enfim, depois de serem trazidos apontamentos conceituais do direito à saúde, e após explanação sobre sua importância, o tema é analisado à luz do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciá-lo, órgão incumbido da guarda da Constituição e, por tal razão, instância última do Poder Judiciário brasileiro.

## 2 DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO

A principal discussão que envolve estas duas formas distintas de solucionar conflitos jurídicos, o procedimentalismo e o substancialismo, diz respeito, sobretudo, à divergência teórica sobre o papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios após o advento

da Constituição de 1988, tendo em vista que, a partir de então, compromissos ético-comunitários passaram a ser cobrados de modo incisivo, o que fez gerar o debate entre os defensores de ambas as correntes (STRECK, 2004, p.147).

Isto porque a compreensão de um Estado democrático de Direito não pode estar desarticulada da noção de efetivação de direitos fundamentais, tais como justiça social e igualdade, proclamados desde a Modernidade. No entanto, a partir do momento em que os princípios ganham uma forma privilegiada no texto constitucional, passando a ser reconhecido seu caráter normativo, começam a ser interpretados como instrumentos de ação estatal, conferindo, deste modo, conteúdo material às Constituições (STRECK, 2004, p. 148).

Assim, abre-se a discussão sobre a legitimidade dos fundamentos utilizados por cada corrente para a efetivação dos direitos fundamentais. De um lado, a posição substancialista defenderá o ativismo e a concretização de valores constitucionais por meio de processos judiciais; por outro, os procedimentalistas defendem o regime democrático-republicano no processo de construção dos referidos direitos (LIMA, 2009, p. 1).

***[...] surge um novo papel para o Poder Judiciário ou tribunais constitucionais, que passam a fazer parte da arena política no momento em que se tornam alternativa para a efetivação de direitos fundamentais, o que desloca a tensão antes alicerçada apenas nos procedimentos políticos para ganhar novos contornos em sede judicial.***

A contextualização histórica desta discussão é retomada por Streck (2004, p. 148), segundo o qual a democratização dos direitos, sobretudo os sociais, é fruto do Estado de Bem-Estar Social, cujos textos positivaram os direitos fundamentais. Assim, surge um novo papel para o Poder Judiciário ou tribunais constitucionais, que passam a fazer parte da arena política no momento em que se

tornam alternativa para a efetivação de direitos fundamentais, o que desloca a tensão antes alicerçada apenas nos procedimentos políticos para ganhar novos contornos em sede judicial.

Formam-se, desse modo, duas grandes vertentes: de um lado, a perspectiva discursiva procedimentalista defendida principalmente por Habermas; de outro, a corrente axiológica, ativista, propugnada em certa medida por Dworkin. De modo geral, Habermas, Gadamer, Luhmann e Alexy são considerados procedimentalistas, ao passo que Dworkin, Bonavides e Eros Grau exemplos de substancialistas.

### 2.1 O PROCEDIMENTALISMO HABERMASIANO

Jürgen Habermas critica a visão substancialista quando de sua interpretação da obra de Dworkin, no que pese o gigantismo ou politização do Judiciário ocorrido, principalmente, com a construção do Estado de Bem-Estar (STRECK, 2004, p. 155).

Concorda, no entanto, com o referido autor, sobre o construtivismo principiológico, *no sentido de que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que, embora traduzido para o direito,*

*possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, bem como entende Dworkin sobre a deontologia das normas e não a axiologia da validade jurídica (STRECK, 2004, p. 156).*

Todavia, Habermas recusa o processo hermenêutico de compreensão das normas como sinônimo de valores e também a posição do juiz como um ser dotado de privilégios quanto à deci-

são sobre a verdade dos fatos. Assim, segundo Streck (2004, p. 156): *Habermas recusa a pretensão à universalidade da hermenêutica filosófica – por considerar o pluralismo quando essa associa as normas a princípios eticamente assentados promovendo, a um só tempo, a dissolução da justiça, mesmo que procedimentalmente considerada, na relatividade da historicidade das vivências sociais e a sua absolutização no interior de cada tradição.*

Jürgen Habermas, destarte, defende uma linha deontológica do direito, e não axiológica. Para se compreender a acepção deontológica da ética, em sentido filosófico, será necessária uma breve remissão às principais linhas que tratam da questão.

Neste sentido, de modo bastante genérico, a ética pode ser entendida, segundo Delamar Volpato Dutra e outros, *como a disciplina que visa responder a seguinte questão: como e por que julgamos que uma ação é moralmente errada ou correta? E que critérios devem orientar este julgamento?* As várias respostas que podem ser dadas a essas perguntas irão classificar a ética em: normativa, metaética e aplicada (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 7).

A normativa busca responder qual a melhor forma de viver ou o que devemos fazer. A metaética não se preocupa em dizer como se deve viver, mas faz um estudo sobre a natureza dos princípios morais – se absolutos ou relativos. Já a ética aplicada faz uso dos princípios da ética normativa para resolução de problemas cotidianos (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 7-8).

A ética normativa, por sua vez, pode ser classificada em teleológica e deontológica. A primeira busca alcançar determinado fim, e se subdivide em consequencialista (baseada nas consequências da ação) e ética da virtude (que leva em conta o caráter virtuoso das pessoas). Já a deontológica visa determinar o que é o correto, não segundo uma finalidade a ser atingida, mas consoante regras e normas em que se fundamenta a ação (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 8).

### ***A ética deontológica, também denominada “não consequencialista”, considera moral ou imoral um ato ou comportamento de acordo com outros padrões que não sejam a análise das consequências da ação.***

A ética deontológica, também denominada “não consequencialista”, considera moral ou imoral um ato ou comportamento de acordo com outros padrões que não sejam a análise das consequências da ação. Assim, suas principais correntes dividem-se em: intuicionismo moral, ética do dever, ética do discurso e contratualismo moral (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 11).

Tendo em vista esta categorização, cabe destacar que a teoria preconizada por Habermas é um ramo da ética normativa deontológica, que guarda relação com a ética do discurso. Aponta-se, ainda, que aquele, ao lado de Apel, fora o criador desta última corrente. A ética do discurso, assim sendo, tende a tratar como corretas as regras pertinentes a uma comunidade ideal de comunicação (BORGES; AGNOL; DUTRA, 2002, p. 12). O seu objetivo não é o de delimitar um conjunto de normas

com certo conteúdo, mas criar um método de justificação das normas para que o seu nascimento se dê de modo correto, de acordo com procedimentos democráticos que evitem decisões monocráticas sobre a questão pertinente a valores.

Deste modo, de acordo com sua teoria moral, ao ser repassada para o plano jurídico, o autor entende que, segundo a lógica da divisão dos poderes, a base legislativa deve estar em conformidade com as funções exercidas pelo Legislativo, e não pelo tribunal, tendo em vista que o Legislativo é o órgão legitimado democraticamente para exercer a prerrogativa do controle abstrato das normas (STRECK, 2004, p. 157-158).

Além disso, Habermas critica a ideia de que existam valores materiais nas constituições, pois nesta perspectiva o tribunal passa a ser uma instância autoritária, uma vez que as convicções do juiz passam a se sobrepor aos procedimentos democráticos em razão de predominar a decisão interpretativa e subjetiva do magistrado (STRECK, 2004, p. 158). Defende, neste sentido, *um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas sim, uma nação de cidadãos* (STRECK, 2004, p. 159).

Nesse contexto, o tribunal constitucional, para o autor, não deve restringir-se a uma comunidade de intérpretes da constituição, que, segundo Antoine Garapon, lembrado por Lênio Luiz Streck (2004, p. 160), poderia levar ao enfraquecimento da democracia representativa. De acordo com Vieira (2008, p. 1), têm predominado no Supremo Tribunal Federal decisões monocráticas, motivo pelo qual o autor traz o seguinte alerta: *O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos.*

E prossegue nas críticas: *A cada habeas corpus polêmico o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela internet, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.* (VIEIRA, 2008, p. 1).

Segundo Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 157), a corrente procedimental pode ser estudada também pelo viés de John Rawls, em um interessante estudo sobre a discussão ética da justiça, segundo o qual a *Constituição ideal seria um procedimento balizado por princípios de justiça, capaz de conformar as forças políticas responsáveis pela produção normativa.*

Há ainda outra importante corrente que preconiza a chamada “Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição”<sup>1</sup>, expressão cunhada por Karl Popper, mas de vertente teórica defendida por Peter Häberle, que propugna o amplo debate sobre a compatibilização dos valores em conflito, uma vez

que, diante a complexidade da sociedade contemporânea, somente os procedimentos poderiam levar à melhor solução, uma vez que primam pela possibilidade de que cada posição divergente tenha espaço para demonstrar a parcela de razão que lhe cabe (GUERRA FILHO, 2001, p. 157-158).

Deste modo, resta claro que esta corrente discorda da jurisprudência de valores ou da interpretação dirigida por princípios, situação que será abordada quando do estudo da teoria substancialista.

## **2.2 A CORRENTE SUBSTANCIALISTA E A DEFESA DE UMA INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO**

A teoria substancialista defende a presença do Judiciário como ferramenta para garantir que grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, criem uma oportunidade para consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial (STRECK, 2004, p. 161).

Segundo um dos seus principais defensores, L. H. Tribe (apud STRECK, 2004, p. 161), é necessária uma profunda crítica ao pensamento procedimentalista, uma vez que o processo democrático somente pode ser observado em relação à participação ao sistema, sendo necessário o caráter substantivista para completar a teoria dos direitos e valores.

Também neste entendimento, Castoriadis (apud STRECK, 2004, p. 152) critica o procedimentalismo sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à interpretação das leis e à matéria de julgar, em que o sentido estritamente lógico é inadequado quando o tema for equidade, sendo necessário o trabalho criativo do juiz. O segundo problema nasce na própria ideia de espírito democrático, uma vez que depende de uma sociedade previamente educada para atingir este fim, e, assim, quando educados, os indivíduos atingem um espírito crítico, que, por consequência, levará à interpretação das normas, não podendo o substantivismo ser afastado.

Para seus defensores, toda ideia de participação política já pressupõe um fundamento substantivo. Consoante Tribe (apud STRECK, 2004, p. 162), *a legislação que discrimina qualquer categoria de pessoas deve ser rechaçada com base em uma ideia sobre o que*

*significa ser pessoa, e a própria ideia de segregação dos negros ou das mulheres somente pode ser rechaçada encontrando uma base constitucional para afirmar que, em nossa sociedade, tais ideias estão substantivamente fora do lugar.*

Defende-se, destarte, que a interpretação constitucional é pressuposto para a própria abertura política, e cabe ao Judiciário este modo de interpretação. Nas palavras de Streck (2004, p. 162): *A corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.*

## **[...] o substancialismo entende legítimas as decisões do Judiciário no tocante à promoção de políticas públicas mediante os atos jurisdicionais em razão do compromisso com os princípios constitucionais [...]**

Além disso, critica-se a falta de espaços públicos que garantam a discussão participativa e a falta de vontade política do Parlamento em produzir leis que atendam a demanda social (LIMA, 2009, p. 15).

Por fim, a temática ganha forças quando o debate diz respeito ao papel do Judiciário como promotor de políticas públicas. Para os seus defensores, por meio do processo de interpretação e sopesamento de provisões constitucionais, é legítima a atuação dos magistrados em fornecer direitos fundamentais não previstos em esfera infraconstitucional, tendo em vista a tutela de princípios constitucionais ante a ineficiência do Estado na implementação de políticas públicas (HERRERA, 2009).

## **3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO DIANTE DO DEBATE SOBRE A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE**

O debate entre procedimentalistas e substancialistas tem sido aventado, sobretudo, no campo das políticas públicas da área de saúde. De um lado,

entende-se que a lentidão do Legislativo e a falta de vontade política legitimaria o Judiciário a fornecer tratamentos e medicamentos à população, mediante atos sentenciados, mesmo que tais gastos não estejam previstos em lei, tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais.

Em contrapartida, a corrente procedimentalista fundamenta-se sob dois enfoques: o primeiro diz respeito à escassez dos recursos públicos, situação que leva à necessária previsão dos gastos mediante a adoção de lei que vise a atender o maior número de pessoas e de acordo com as dotações orçamentárias; o segundo funda-se nos processos democráticos decorrentes da formação da vontade mediante o processo legal, que restaria violado com as decisões monocráticas dos magistrados.

Deste modo, duas teses centrais entram em conflito: de um lado, a Teoria da Reserva do Possível (procedimentalismo)

e do outro, a Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais (substancialismo). Cabe notar, no entanto, que, apesar de a primeira corrente alicerçar suas teses sob o fundamento contrário a uma ação ativista dos juizes, não descarta a possibilidade de serem proporcionados direitos sociais mediante demandas judiciais, desde que pautados pela razoabilidade quanto ao orçamento disponível pelo Estado.

Segundo Marcos Antonio Striquer Soares (2010, p. 2), há técnicas tradicionais para a interpretação do Direito, mas todas passam pela racionalidade do juiz. Aduz que, *rebuscando a bibliografia sobre métodos ou técnicas tradicionais de interpretação no Direito, constata-se que elas partem de uma racionalidade do juiz. Parte-se da ideia de um juiz racional, conhecedor do direito, o qual deve adequar a lei ao fato que se lhe apresenta, utilizando-se de métodos ou técnicas para chegar ao resultado mais apropriado para o caso concreto. Essa orientação continua válida para a interpretação e a aplicação do direito, ainda*

hoje, diante de novas teorias de interpretação e aplicação do direito.

Assim, cabe notar que o debate substancialista-procedimentalista abre também a discussão sobre o papel deste juiz racional e qual a extensão de suas decisões, situação que será analisada a seguir.

### 3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE E O SUBSTANCIALISMO

Como visto, o substancialismo entende legítimas as decisões do Judiciário no tocante à promoção de políticas públicas mediante os atos jurisdicionais em razão do compromisso com os princípios constitucionais, defendido, como pode ser verificado, por Paulo Bonavides (apud HERRERA, 2009, p. 76): *A Constituição Substantiva considera que mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista [...] trabalha na perspectiva que a Constituição Federal estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social [...]. Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos Poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances.*

### **[...] a coação do Judiciário sobre o Poder Público para liberação de verbas a patrocinar tratamentos não previstos no orçamento para a saúde poderia inclusive suprimir o direito à saúde de outras pessoas [...]**

Para seus defensores, mesmo sob o fundamento da divisão de poderes utilizada pelos procedimentalistas, no sentido de compreender ilegítima a atuação dos juízes em sede de políticas públicas, a teoria dos freios e contrapesos obriga a uma compreensão mais ampla sobre os poderes do Estado, uma vez que devem fiscalizar-se mutuamente, com vista à tutela dos direitos fundamentais, e, neste sentido, o Poder Judiciário poderia agir como promotor de tais políticas.

Além disso, segundo esta vertente, as políticas públicas devem refletir a concretização das normas constitucionais programáticas, e significam, de acordo com o art. 197 da *lex fundamentalis*, *um conjunto organizado de normas e atos da administração pública tendentes à realização de um objetivo determinado* no sentido de efetivação dos valores tutelados pelo Estado democrático de Direito (HERRERA, 2009, p. 5). Em outras palavras, busca-se defender a Teoria do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais, segundo a qual há condições mínimas de existência humana digna e que exigem prestações positivas do Estado, independentemente de restarem ou não configuradas por amparo legal (HERRERA, 2009, p. 80).

São os chamados “núcleos duros ou essenciais”, que, segundo Ricardo Lobo Torres (apud HERRERA, 2009, p. 81) englobam *os direitos à alimentação, saúde e educação, que embora não originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive*, sendo obrigação do Estado a sua observância.

### 3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE E O PROCEDIMENTALISMO

O procedimentalismo, no que tange ao tema em estudo, utiliza-se da teoria da “reserva do possível”, segundo a qual o Estado tem limitações orçamentárias, de modo que a concretização dos direitos fundamentais deve estar pauta-

da no uso racional do gasto público, em atenção às verbas orçamentárias disponíveis (HERRERA, 2009, p. 82).

Assim, as políticas públicas e a efetivação de direitos sociais exigem que o Estado tenha recursos suficientes para arcar com todas as despesas decorrentes e, diante da escassez de recursos públicos, nasce a necessidade de que faça escolhas, o que pressupõe a tutela de um bem em detrimento de outro (WANG, 2008, p. 540).

Segundo Robert Alexy (apud WANG, 2008, p. 540), a reserva do possível seria tudo aquilo que o indivíduo pode exigir, de modo razoável, do Estado. Isto significa que os direitos devem ser ponderados, inclusive os direitos sociais, que, por não terem caráter absoluto, devem estar delimitados pela colisão de valores verificados no caso concreto.

Assim, para os defensores da corrente procedimentalista, a reserva do possível deve estar amparada por três pilares: *a) efetiva existência de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica em dispor destes recursos em razão da distribuição de receitas e competências; c) razoabilidade daquilo que está sendo pedido* (WANG, 2008, p. 541).

Segundo o entendimento de Canotilho (apud HERRERA, 2009, p. 84), a limitação dos recursos públicos é um verdadeiro limite fático para efetivação dos direitos sociais, de modo que devem ser observadas as disponibilidades orçamentárias do Estado para que ocorra o gasto público. Nas palavras de Herrera (2009, p. 84): *De fato, a Constituição Federal (Art. 165 e seguintes) ordena que o orçamento público deve ser previsto em leis – plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. Assim, inquestionavelmente, impõem-se certo limite à atuação judicial, uma vez que se alega que o Judiciário não pode obrigar a Administração Pública a agir em desconformidade com a determinação constitucional, pois, não havendo previsão orçamentária para executar a assistência à saúde, não haverá, por conseguinte, capacidade jurídica de dispor do recurso.*

Cabe notar que, segundo Sarlet e Figueiredo (apud WANG, 2008, p. 540), *a reserva do possível não impede o Poder Judiciário de zelar pela efetivação de direitos sociais, mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez dos recursos.*

Entende-se, por fim, que a coação do Judiciário sobre o Poder Público para liberação de verbas a patrocinar tratamentos não previstos no orçamento para a saúde poderia inclusive suprimir o direito à saúde de outras pessoas ou o atendimento de um número maior com o mesmo valor do recurso (HERRERA, 2009, p. 84).

#### **4 O DIREITO À SAÚDE E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DEMANDAS QUE BUSCAM CONCRETAMENTE SUA IMPLEMENTAÇÃO**

O direito à saúde mostra-se como um dos mais relevantes dentre os que compõem o rol dos direitos sociais proclamados na ordem jurídica brasileira. Em virtude de sua natureza, as medidas para a concretização do aludido escopo constitucional são implementadas por meio de políticas públicas, que viabilizam a efetividade de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, com o fito de reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana mais digna (NOVELINO, 2008, p. 372).

Na sociedade atual, entretanto, a prestação deste direito tem-se mostrado defasada e carecedora de maior desvelo, que deveria ser propiciado pelo Estado, seu principal provedor, especificamente por meio das funções executiva e legislativa – o primeiro, por exemplo, mediante a apresentação de projetos de lei voltados à concretização e universalização do direito em tela, e o segundo por intermédio do debate legislativo e aprovação dos textos legais. Em razão do descaso existente, observa-se uma crescente participação popular na exigência desses direitos básicos, induzindo a elaboração de novos programas e políticas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que devem caminhar para o gradual alcance de um patamar satisfatório de desenvolvimento da qualidade de vida. Pela notória legitimidade na persecução deste direito, deve a população, dessarte, continuar a reclamar uma atuação estatal mais comprometida a efetivar o acesso à vida com dignidade em sua plenitude.

##### **4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Traçando esboço histórico, para oportunizar melhor apreensão do conteúdo, ventila-se que, em 1988, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, o direito à saúde restou assegurado em nível constitucional. Somente com a promulgação da Constituição vigente houve a incorporação da saúde, em toda sua amplitude terminológica, no elenco dos direitos fundamentais sociais<sup>2</sup>, alcançando destaque nas disposições respeitantes à seguridade social<sup>3</sup>, em que há uma seção específica sobre o assunto<sup>4</sup>.

Uma vez que integra a predita categoria de direitos, pertinente se faz conceituá-los, ainda que de forma breve: *Direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos e que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais* (SILVA, 1990, p. 284).

Desta feita, apreende-se a incumbência essencialmente estatal de proporcionar sua concretização, pois é característica ímpar dos direitos sociais a demanda de prestações de ordem fática. Devem-se adotar condutas a fim de prover, ao titular do direito, o bem jurídico tutelado pela norma jusfundamental (OLSEN, 2008, p. 56).

Ainda sobre a regulamentação do direito à saúde na *lex major*, é de suma importância enfatizar que [...] *o direito fundamental à saúde tem, na Constituição Federal de 1988, uma regulamentação que lhe permite atribuir posições jurídicas inerentes a direito à prestação em sentido estrito – no caso, o direito ao tratamento em hospitais, e a medicamentos – como à prestação em sentido amplo – como o direito à edição de leis que regulamentem o Sistema Único de Saúde* (OLSEN, 2008, p. 56).

Sob esse prisma, erige-se a premente e indiscutível necessidade de proteção à saúde, a fim de que se efetive um direito de maior vultuosidade, o direito à vida, igualmente previsto na Constituição Federal e que, com efeito, encontrou guarida normativa em vários pontos históricos do ordenamento jurídico brasileiro, desde seus primórdios. A diferença que a Magna Carta de 1988 trouxe em relação aos seus antepassados legislativos – e bem por isso deve ser considerada um divisor de águas na ordem jurídica nacional – *foi a amplitude dada à garantia desse direito, seja pelo seu desdobramento em outros princípios e direitos, seja pela divisão de responsabilidades*

*entre todos os entes da federação, com o intento de concretizar a atuação protetiva e garantidora do Estado* (RESSURREIÇÃO, 2009).

Destaca-se que esse direito não é dirigido somente aos cidadãos brasileiros, mas a todo indivíduo, nacional ou estrangeiro, que se encontre em território pátrio (FABRIZ, 2003, p. 266), consoante indica o *caput* do art. 5º da Constituição<sup>5</sup>. A vida configura-se como um princípio que deve ser observado sem distinção, de modo que os seus titulares são todas as pessoas que se encontram submetidas ao ordenamento jurídico nacional (FABRIZ, 2003, p. 267).

Insta salientar, ademais, que, ainda que não explicitamente, encontra-se a proteção ao direito à saúde e à vida no fundamento-mor da República brasileira, qual seja, o princípio da dignidade da

***A vida configura-se como um princípio que deve ser observado sem distinção, de modo que os seus titulares são todas as pessoas que se encontram submetidas ao ordenamento jurídico nacional.***

pessoa humana<sup>6</sup>. E essa só alcançará plenitude de existência com a efetivação da saúde em todos os seus aspectos (LEAL JÚNIOR et al, 2009).

O direito à vida somente se realiza em sua integralidade quando dotado de caráter digno, o que implica, consequentemente, a preservação da integridade física, psíquica e moral do ser humano (FABRIZ, 2003, p. 273). Tem-se, por ilação, que o respeito dedicado à dignidade da pessoa humana resulta na esmerada e almejada efetivação do direito à vida. Sobre o conteúdo da expressão em observância, assim preleciona Jorge Miranda (apud FABRIZ, 2003, p. 274): *[...] a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e cotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.*

Se a vida é o pressuposto fundamental da ordem jurídica, sua premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é signifi-

cativa se digna (FABRIZ, 2003, p. 275). É ainda sob este enfoque que a saúde, fundamental para a efetivação do direito à vida, é conceituada pela Organização Mundial da Saúde<sup>7</sup> como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo meramente da ausência de uma doença ou enfermidade.

Uma das principais criações da Constituição de 1988 foi a concepção de um sistema totalmente público de saúde, para acesso de toda a população brasileira: o Sistema Único de Saúde (SUS), em substituição ao antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), criado em 1974, como autarquia do então Ministério da Previdência e Assistência Social, com atendimento restrito aos empregados contribuintes da Previdência Social.

Após a entrada em vigor da atual Constituição, conforme asseverado, deu-se a implantação gradual do SUS, principalmente por intermédio da Lei n. 8.080/90, a Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre sua promoção, proteção e recuperação, bem como acerca da organização e funcionamento dos serviços correspondentes. As principais incumbências do aludido órgão encontram-se dispostas no art. 200 do Texto Constitucional: *controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.*

18

***É trivial, então, na atualidade, encontrar-se ação judicial em que se pleiteia que o Judiciário obrigue o Poder Público a efetivar o direito social à saúde. Com isso surgem posicionamentos antagônicos, cada qual embasado em fundamentos plausíveis.***

É também de sua alçada: incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e água para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O SUS abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso **integral, universal e gratuito** para toda a população do País. Dentre suas atuações, o organismo oferece consultas, exames e internações, promovendo, outrossim, campanhas de vacinação e diversas ações preventivas.

É inquestionável, assim sendo, a função precípua do Estado de garantir o direito à saúde. Corroborando tal afirmação: *O Estado não é uma realidade em si justificada, mas uma construção voltada à integral satisfação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais demandantes de uma atuação positiva. Antes de qualquer justificativa acerca*

*da “impossibilidade” de implementação de políticas públicas eficientes na área da saúde, mister que os agentes do Estado tenham consciência do seu compromisso constitucional. Cumpra que haja uma responsabilidade em torno da proteção e promoção da vida humana, como forma de justificar a razão de existir do próprio Estado* (RESSURREIÇÃO, 2009).

Alguns juristas defendem até mesmo a criação de um instituto semelhante ao *habeas corpus*, que tutela a liberdade, para a proteção do direito à vida, possivelmente denominado *habeas vita* ou *habeas salu*, como aponta Evandro Luis Falcão (2009): *sempre que se deparar com um problema de saúde do indivíduo que coloque, de forma direta e imediata, risco a sua vida e não houver a devida prestação de auxílio, seja por meios privados ou públicos, deve haver mecanismo que lhe propicie exigir do Estado a assistência necessária, com a devida celeridade e informalidade que a situação exige. Por isso, assim como há para proteção do direito à liberdade o **habeas corpus**, também deve existir nessas hipóteses um instrumento jurídico de amparo equivalente, podendo ser denominado de **habeas vita** ou **habeas salus**, o qual, por emenda constitucional, deve ser incluído em nossa Constituição Federal.*

No século XXI, a saúde é uma responsabilidade partilhada, que exige o acesso equitativo à atenção sanitária. Fundamental para a concretização do direito à vida, a saúde é a chave-mestra que permite a cada ser humano exercer todos os outros direitos em sua plenitude.

#### **4.2 O POSICIONAMENTO DA CORTE CONSTITUCIONAL PÁTRIA ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO E DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Em razão da reconhecida importância dada à saúde e sua proteção, como forma de consagrar a dignidade, a problemática da escassez dos recursos, dos custos dos direitos e a cláusula de reserva do possível é assunto corriqueiro na academia e no âmbito forense. É crescente o número de demandas voltadas a obter prestação positiva do Judiciário no sentido de realizar a prescrição constitucional que garante a todos o direito à saúde, consubstanciada nas mais variadas formas, seja por meio da concessão de medicamentos excepcionais, seja por meio de intervenção cirúrgica ou qualquer forma de tratamento médico.

Como os valores envolvidos no objeto das ações em que a efetivação da saúde é buscada são quase sempre altos, as partes envolvidas, responsáveis pela prestação acenada – União, Estado e Município –, tendem a recorrer quando obtêm decisão desfavorável, e não raras vezes a questão é levada para apreciação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição brasileira – conforme previsão textual, inclusive.

É trivial, então, na atualidade, encontrar-se ação judicial em que se pleiteia que o Judiciário obrigue o Poder Público a efetivar o direito social à saúde. Com isso surgem posicionamentos antagônicos, cada qual embasado em fundamentos plausíveis.

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na maior parte das vezes, alto gasto de recursos públicos. Esse é o ponto fulcral no debate acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, porquanto uma decisão judicial para a tutela do direito à saúde no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a

todos os direitos que a Constituição prevê, não raras vezes, a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender ao *decisum* sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante (WANG, 2008).

Em decorrência da constatação predita, a linha contrária à concretização do direito à saúde por meio da atuação do Poder Judiciário pauta-se, como já ventilado, no limite orçamentário do Estado e na consequente impossibilidade de conferir a todos os cidadãos a totalidade de direitos previstos na lei constitucional. A corrente contrária advoga a obrigatoriedade de efetivação do Texto Constitucional, base do ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, já no ano de 2000, emitia decisões na senda da segunda vertente, como se vê a seguir: **MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. Saúde – Aquisição e fornecimento de medicamentos – Doença rara. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.** (Grifo nosso). (RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 31/3/2000)

**PACIENTE COM PARALISIA CEREBRAL E MICROCEFALIA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E DE APARELHOS MÉDICOS, DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF).**

[...] O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem

*incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.*

*O caráter programático da regra inscrita no art. 196 [...] – 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 imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Precedentes do STF.* (RE 273.834-4/RS, Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000)

### **As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na maior parte das vezes, alto gasto de recursos públicos. Esse é o ponto fulcral no debate acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais [...]**

Conforme passava o tempo, a Corte prosseguia no mesmo entendimento, consoante se vê do trecho do voto relativo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45: *Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo*

*ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.* (APDF 45, Min. Celso de Mello, DJ 4/5/2004).

A partir de então, contudo, houve uma variação na atuação do tribunal: foi feita ponderação sobre a reserva do possível. Assim, analisou-se o tema da limitação de recursos e dos custos dos direitos, o que não aparecia nas decisões anteriores. Há, inclusive, a afirmação de que a formulação e a implementação de políticas públicas não se incluem, ordinariamente, no âmbito da função institucional do Judiciário (WANG, 2008). Só excepcionalmente é que cabe ao Judiciário definir o tema: quando houver comprometimento da eficácia e da integralidade dos direitos fundamentais.

O julgamento da ADPF 45/DF, então, trouxe importantes apontamentos se comparado com outras decisões, anteriores.

Com o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91, conforme Wang (2008), houve mudança de paradigma no Supremo Tribunal Federal. A Ministra Ellen Gracie<sup>8</sup>, que julgou o caso, determinou a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento objeto da demanda, fundamentando sua decisão exatamente na escassez de recursos financeiros e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas (WANG, 2008). Aduziu que a execução de decisões como a impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde, bem como que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior **racionalização** entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos (WANG, 2008).

De acordo com essa nova linha de fundamentação, a ministra alegou, outrossim, que o direito à saúde não é direito a ser aplicado a situações individualizadas, mas, isto sim, por meio de



políticas públicas, com vistas a se garantir acesso igualitário e universal. Com base nisso, secretarias de saúde passaram a buscar a justiça pleiteando a interrupção do fornecimento de drogas que não constavam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas por força de determinações judiciais.

Posteriormente, Gracie apontou a incorreção em se atribuir interpretação ampliativa a seu posicionamento. Indicou, então, a necessidade de, em feitos desta seara, ser fundamental a análise *casuística*, e não de forma *abstrata e genérica* [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual (STA 185-2/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10/11/2007). A partir de então, tornou-se mais evidente a preocupação em se proceder a ponderações e aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>9</sup> para a busca da melhor solução.

Pela repercussão do tema, foi realizada pela suprema corte Audiência Pública sobre saúde nos meses de abril e maio de 2010, a fim de se angariar mais subsídios para futuros julgamentos. Isso tem sido levado em consideração, como se pode ver da análise feita pelo Ministro Gilmar Mendes no voto lançado ao julgar agravo regimental na STA n. 75/CE<sup>10</sup>. Fica evidente o reconhecimento pelo tribunal da necessidade de juízo valorativo diante do caso concreto, não sendo possível o estabelecimento apriorístico de uma opinião mais acertada.

A posição ventilada mostra-se presente na argumentação da maioria dos membros do tribunal, como se infere do exame dos demais votos do aludido acórdão. Assim sendo, é perceptível que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, reconhece o valor tanto dos argumentos procedimentalistas quanto dos substancialistas. Todavia, prima pelo exame das particularidades envolvidas em cada caso trazido à apreciação, pois, evidentemente, há uma gama de contingências variáveis em cada situação.

### **[...] o Supremo Tribunal Federal mostra, no presente, certa tendência substancialista, ao reconhecer a possibilidade de concretizar o direito sub examine por meio do acesso à justiça.**

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal mostra, no presente, certa tendência substancialista, ao reconhecer a possibilidade de concretizar o direito *sub examine* por meio do acesso à justiça. De qualquer forma, deixa assente a necessidade de exame *in concreto* do caso para avaliação de suas peculiaridades. Almejando superar o debate em comento, espera-se que o Estado passe a ter maior cautela com o orçamento e a aplicação do dinheiro público. Desta forma, certamente o direito à saúde seria efetivado, se não a todos, a um contingente populacional bem maior do que o verificado na atualidade.

#### **5 CONCLUSÃO**

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa levada a cabo, pode-se afirmar que a temática em apreço detém notória e inegável importância. São constantes e crescentes os debates acerca da deficiência do Estado no que concerne à efe-

tivação dos direitos presentes na Constituição, notadamente a saúde, e da necessidade de alteração desta situação para que alcance real pujança o Texto Constitucional. A deficiência do sistema de saúde pátrio é sobeja, o que afeta a toda a sociedade.

Tendo isto assente, tornou-se possível, no decorrer deste feito, chegar a certas ilações.

Formas distintas de solucionar conflitos de interesse, proceduralismo e substancialismo divergem especialmente sobre o papel do Poder Judiciário e da justiça constitucional em relação ao novo trato conferido aos direitos e princípios a partir da promulgação da Constituição de 1988.

A democratização dos direitos, sobretudo os sociais, é fruto do Estado de Bem-Estar Social, cujos textos positivaram os direitos fundamentais. Assim, surge um novo papel para o Poder Judiciário quando se torna alternativa para a efetivação de direitos fundamentais, o que desloca a tensão antes alicerçada apenas nos procedimentos políticos para ganhar novos contornos em sede judicial.

A teoria substancialista, assim, defende a presença do Judiciário como ferramenta para garantir que grupos hipossuficientes tenham uma oportunidade para consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial. A teoria procedimentalista, de seu turno, refuta as alegações da anterior, tendo posição antagônica. Duas teses centrais, portanto, contrapõem-se: a Teoria da Reserva do Possível e a Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

O direito à saúde mostra-se como um dos mais relevantes dentre os que compõem o rol dos direitos sociais proclamados na ordem jurídica brasileira. Fundamental para a concretização do direito à vida, a saúde é a chave-mestra que permite a cada ser humano exercer todos os outros direitos em sua plenitude. É por tal razão que este direito possui grande destaque na Constituição Federal, além de estar também regulado em diversos outros diplomas legais, tais como a específica Lei Orgânica da Saúde.

A saúde integra os ditos "direitos sociais", pertencendo esses à categoria de direitos fundamentais da pessoa humana, tutelados pela Constituição no nível mais elevado da pirâmide normativa do Estado brasileiro.

Em razão da importância dada à saúde, a problemática da escassez dos recursos, dos custos dos direitos e a cláusula de reserva do possível é assunto de veras proeminente. É crescente o número de demandas voltadas a obter prestação positiva do Judiciário no sentido de realizar a prescrição constitucional que garante a todos o direito à saúde, consubstanciada nas mais variadas formas, seja por meio da concessão de medicamentos excepcionais, seja por meio de intervenção cirúrgica ou qualquer forma de tratamento médico.

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado em ordem a emitir posição sobre o tema, vinha defendendo a irrestrita prevalência do direito à saúde sobre qualquer outro valor com ele em tensão. Aos poucos, porém, a problemática da "reserva do possível", relativa à limitação de recursos estatais passou a ser levada em consideração nas decisões, de forma que passaram a ser vistas, no Supremo Tribunal Federal, decisões **denegando** a concretização individual do direito.

Na atualidade, de qualquer forma, o pretório excelso apresenta certa tendência voltada à vertente substancialista, uma vez que reconhece ser possível concretizar individualmente o direito à saúde pela via judicial. Contudo, prega-se a necessidade de análise casuística sobre o tema, e não de forma abstrata e genérica: valoriza-se a ponderação dos valores em jogo, com a aplicação do princípio da proporcionalidade para a busca da melhor solução.

Por fim, espera-se que o Estado passe a expressar maior desvelo com a aplicação do dinheiro público, o que, por certo, efetivaria o direito à saúde a parcela populacional bem maior do que a presentemente verificada.

## NOTAS

- 1 A chamada "sociedade aberta", conforme a lição de Peter Häberle (2009, p.190), es *el prototipo diseñado em 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de um Platón y um Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: "Sociedad abierta, burguesa armónica") y es casi indiscutida en la ciencia [...]. Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del "mercado" y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. [...].*
- 2 Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
- 3 Art. 194: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
- 4 Art. 196: 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
- 5 Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].
- 6 Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana.

- 7 A Organização Mundial da Saúde (OMS) é a autoridade diretiva e coordenadora da ação sanitária no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). É a responsável por desempenhar uma função de liderança em assuntos sanitários mundiais, configurar a agenda de investigações em saúde, estabelecer normas, articular opções de políticas baseadas em evidência, prestar apoio técnico aos países e vigiar as tendências sanitárias mundiais.
- 8 Percebe-se radical mudança no posicionamento da Ministra, já que, por exemplo, no RE 342413/PR, em que o impetrante pedia medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, aquela sustentou que *obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entaves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida* (WANG, 2008).
- 9 Encontrando guarida na jurisprudência alemã do século passado, sua origem está intimamente ligada ao surgimento do Estado de Direito, haja vista que, a partir de então, valorizaram-se os direitos e garantias fundamentais reconhecidos ao homem para que este alcançasse uma vida digna, advindo disso situações de conflitos de direitos individuais, sendo necessário um critério solucionador para tal conjuntura. O aventado princípio é utilizado para dirimir conflitos existentes entre dois outros princípios fundamentais, de forma que harmoniza o sistema, submetendo o princípio de menor relevância ao de maior valor social, procurando desrespeitar o mínimo possível aquele (LEAL JÚNIOR; MACHADO, 2010). O conflito deve, desta feita, ser solucionado mediante valoração dos interesses opostos, de forma a gerar avaliação sobre qual deles, abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso *in concreto* (ALEXY, 2001). Por intermédio dos escólios de Luiz Guilherme Marinoni (2007), apreende-se que, se um princípio vale para dado caso concreto, não significa que valha pra todos os outros. É aqui que entra a valoração e ponderação do hermenêuta, tomando em conta o peso dos princípios em tensão *segundo as circunstâncias casuísticas*. Por sua natureza superior, deverão conviver, sendo, aí, então, que se lança mão do postulado da proporcionalidade. Por meio do mesmo, devem ser averiguados os valores de cada um, devendo ser afastado o de menor, naquele caso, para que o outro prevaleça.
- 10 Ementa: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (SL 47 AgR, Rel Min. Gilmar

Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe-076 D. 29-04-2010 P. 30-04-2010 V.-02399-01 P-00001).

## REFERÊNCIAS

- ACHOCHE, M. S. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12578>>. Acesso em: 19 maio 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BORGES, Maria de Lourdes; AGNOL, Darlei Dall; DUTRA, Delamar Volpato. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 31.03.2000. \_\_\_\_\_ RE 273.834-4/RS. 2. Turma Relator: Ministro Celso de Mello. j. 12.09.2000. \_\_\_\_\_ ADPF 45, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/04. \_\_\_\_\_ STA 185-2/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie, j. 10.11.07.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FABRIZ, D. C. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FALCÃO, E. L. "Habeas vita" ou "habeas salus". *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2103, 4 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12547>>. Acesso em: 20 jul. 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HABÉRLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. *Revista Direito Público*, Brasília, n. 25, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- HUMENHUK, H. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 19 maio 2009.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos. et al. Breves apontamentos acerca do atual paradigma do direito à saúde no cenário brasileiro. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v. 30, n.1, jan./jun. 2009.
- LEAL JÚNIOR, João Carlos; MACHADO, Denise Maria Weiss de Paula. Análise crítica do duplo grau de jurisdição sob o prisma do direito à razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, a. 35, p.77-118, maio 2010.
- LIMA, G. B. de. *Consentimento informado na relação entre profissionais, instituições de saúde e seus pacientes*. Londrina: O autor, 2005.
- LIMA, Newton Oliveira. Substancialismo versus procedimentalismo: discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. *Diritto e Diritti*, Ragusa, 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=archivio/27940.html>>. Acesso em 27 nov. 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.
- MEZZOMO, M. C. O direito à saúde em juízo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 944, 2 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7894>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOVELINO, M. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLSEN, A. C. L. *Direitos fundamentais e sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

RESSURREIÇÃO, F. B. da. A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna. Limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12985>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. A subjetividade do intérprete na análise de princípios e regras como problema não de interpretação mas de aplicação da norma (com fundamento na noção de signo exposta por C.S. Peirce). In: ENCONTRO Nacional do Conpedi, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4132.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2010.

SPITZCOVSKY, C. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322008000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322008000200005&script=sci_arttext)>. Acesso em: 20 nov. 2009.

Artigo recebido em 16/1/2011.

Artigo aprovado em 23/2/2011.