



# DIREITO À SAÚDE E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

*Bruna de Oliveira Maciel<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente artigo busca tratar das controvérsias sobre o papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental social à saúde, abordando o histórico da questão, as teorias hermêutico-constitucionais envolvidas, bem como a influência das mesmas nas principais controvérsias jurisprudenciais em nosso ordenamento jurídico.

## **Palavras-chave**

Direitos fundamentais sociais. Saúde. Exigibilidade judicial.

## **ABSTRACT**

This article is about the controversies surrounding the judicial activism on the concretization of the fundamental right of health, approaching the historical aspects, the hermeneutical theories involved, as well as the main conflicts issued in the judicial activity on this theme.

## **Key-words**

Social Fundamental Rights. Health. Judicial demands.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela UFPE. Advogada da Caixa Econômica Federal.

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDÉIA DE DIREITOS HUMANOS

A expressão Direitos Humanos é dotada de incômoda vagueza de significação, sobretudo para os operadores e estudiosos do Direito. Por isso mesmo, sua invocação no âmbito da prática jurídica encontra grandes dificuldades, considerando o modelo hermenêutico-legalista ainda prevalente nas culturas jurídicas herdeiras da tradição iluminista. Não obstante, cresce em todo o mundo o número de reivindicações sociais no âmbito da sociedade civil invocando tal expressão, no intuito de ver suas demandas legitimadas perante a ordem jurídica.

A noção tradicional de direitos humanos universais tem caráter restrito e tipicamente ocidental: nos idos da Revolução Francesa, as doutrinas contratualistas, que fundamentavam ideologicamente os novos regimes burgueses, tinham por base a idéia de um direito natural racional como justificação de poder. Fabio Konder Comparato comenta que, naquele contexto, a idéia de direitos humanos foi utilizada no intuito de legitimar a nova ordem revolucionária vigente. Ao romper com idéia de um direito divino, os revolucionários invocavam uma justificação baseada na racionalidade humana, capaz de reconhecer determinados direitos inerentes a todos eles, a despeito das classes sociais.

Diante da imensa pluralidade de valores e realidades sociais existentes nas ditas sociedades modernas, rejeita-se aqui a herança teórica e política que atribui aos direitos humanos uma conotação moral universalizante, nos termos do imperativo categórico kantiano, pois esta concepção, de certa maneira substitui da idéia de direitos naturais, deixando pouco espaço a questão política da articulação de demandas sociais.

A exigência moral de satisfação de expectativas normativas avaliadas com imprescindíveis à integração social é descrita por Marcelo Neves como o primeiro passo de um processo gradativo de concretização dos direitos humanos no qual sua força simbólica torna-se normativa, mediante sua incorporação nos textos constitucionais.

Num primeiro momento os direitos humanos surgem como discurso social por inclusão, apresentando apenas força simbólica. Posteriormente esse discurso é absorvido por estruturas políticas que influenciam os processos constituintes. Com a textualização constitucional, dá-se mais um passo em direção à concretização normativa. A força normativa dos direitos humanos só prevaleceria efetivamente nos Estados democráticos de Direito dotados de procedimentos que garantam que as variáveis socioeconômicas e culturais não interfiram nos códigos jurídico e político, ocasionando a falta de efetividade das disposições constitucionais, como acontece na maioria dos países ditos periféricos.

A clássica distinção doutrinária entre “dimensões” ou “gerações” de direitos pode ser útil apenas para a compreensão do seu dever histórico, ou seja, para retratar a progressiva ampliação dos aspectos da pessoa humana protegidos pelas constituições dos Estados nacionais.

Em linhas gerais, de acordo com o magistério de Ingo Sarlet, a caracterização dos direitos fundamentais de primeira geração, surgidos na fundamentação do Estado Liberal, se dá como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma zona de autonomia individual em face de seu poder.

Os direitos de segunda geração, historicamente relacionados aos impactos maléficos da industrialização, se fundamentam numa idéia de justiça social que demanda a efetiva ação do Estado na condução de políticas públicas de prestação de assistência social, saúde, educação e trabalho, dentre outras, as quais propiciem condições mínimas para o exercício das liberdades civis e políticas.

Por fim, são reconhecidos ainda os direitos fundamentais de terceira geração, de titularidade coletiva e muitas vezes indeterminável, como resposta aos problemas de atingem as populações em escala global, relacionados, no mais das vezes, a questões ambientais e de beligerância, que ameaçam os indivíduos com um todo.

A consagração internacional de direitos humanos de caráter social se deu com o “Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” realizado sob os auspícios da ONU em 1966, tendo iniciado sua vigência em 3 de janeiro de 1976, após trinta e cinco ratificações. O instrumento preceitua normas tendentes a garantir a dignidade da pessoa humana, a serem concretizadas de forma progressiva, em função de seu caráter prestacional.

A possibilidade da exigibilidade judicial de determinado direito é muitas vezes posta como divisor ontológico entre os direitos humanos econômicos sociais e culturais e os direitos humanos civis e políticos. A artificialidade desta discussão é posta em evidencia por Jayme Benvenuto Lima Jr. em trabalho sobre a indivisibilidade dos direitos humanos.

Destaca-se no referido trabalho o caráter essencialmente ideológico-político da distinção, sobretudo em virtude da polaridade ideológica vigente no pós-guerra. Sobre a alegação de que os direitos humanos econômicos sociais e culturais seriam exigíveis apenas mediante a definição de políticas públicas correspondentes, o autor alerta:

“Essa compreensão desconhece que os direitos humanos civis e políticos também precisam de políticas públicas correspondentes (civis e políticas) para sua validação, aliadas a mecanismos jurídicos de exigibilidade. No campo dos direitos humanos civis e políticos, as diretrizes e órgãos governamentais inscrevem esses direitos no campo das políticas públicas, sem as quais os mecanismos jurídicos tem suas possibilidades de existência prática reduzidas drasticamente.” (2001, P:79)

De fato, o argumento de que os direitos de cunho social não são exigíveis judicialmente é falacioso, porquanto não pode ser tomado como um axioma. Trata-se de uma definição política.

Desde o fim do século XX, o grande desafio na área de direitos humanos é consagrar uma unidade normativa entre direitos de abstenção e prestação,

tendo em vista que o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais é pressuposto indispensável para a materialização dos direitos civis e políticos, como procuram demonstrar algumas das teorias abordadas neste trabalho.

## 2. ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: A GÊNESE DOS DIREITOS SOCIAIS

A ciência política costuma identificar a gênese do Estado Social com uma adaptação do Estado Liberal às condições da sociedade industrial. Com inspiração na teoria econômica de Keynes, criam-se políticas socioeconômicas sistemáticas em substituição a políticas setoriais eventuais que supriam disfunções geradas pela acumulação de capital no Estado Liberal.

Em 1929, ocorre o ápice da crise econômica americana, que se desenvolveu após o fim da primeira grande guerra. Com a quebra da bolsa de Valores de Nova York, e a conseqüente derrocada da economia, a população encontrava-se numa situação de extrema penúria. A situação requeria medidas emergenciais. Estes anos de depressão econômica foram contornados com a adoção de um modelo de dirigismo estatal, consolidado pela obra de Keynes. Foi o agravamento da crise econômica do Estado e a necessidade de que este interviesse no domínio econômico, que possibilitou a edificação do *Welfare State*, Estado de Bem-estar Social.

Somente em 1936, John Maynard Keynes publica sua grande obra *The General Theory of Employment, Interest and Money*, livro base para a formatação do intervencionismo. Entretanto seus princípios já eram aplicados desde o início da década diante da necessidade de reverter a crise, o que já se observava em 1933: Franklin Delano Roosevelt inicia um programa de reconstrução nacional, criando *U.S. Securities and Exchange Commission* e a *Tennessee Valley Authority*, além de várias medidas interventivas, bastante atacadas pelos segmentos mais liberais e pela suprema corte americana

A teoria geral de Keynes rompia com a idéia postulada por Adam Smith, de que existe uma tendência auto-reguladora do mercado, denominada 'mão invisível', a fragilidade deste modelo demonstrava a falha do liberalismo econômico. O modelo keynesiano amplia o papel do Estado na sociedade e na economia, custeado através do aumento de impostos e da criação de outras receitas orçamentárias.

Atuando funcionalmente, a atividade financeira estatal devia orientar-se para influir sobre a conjuntura econômica, sobrepondo-se à iniciativa privada, inclusive a benefício desta nos momentos de desequilíbrios cíclicos, atuando por meio de maior intervenção sobre o domínio econômico, desempenhando o papel de promotor do crescimento econômico, controlando os preços, instituindo monopólios, criando barreiras aos mercados internos.

Do ponto de vista social, ao aumentar as prestações públicas, sobretudo na esfera da previdência e seguridade social e dos subsídios, o Estado de Bem-Estar Social criou um sistema baseado na solidariedade que visava reduzir as

desigualdades sociais. Em 1941, Roosevelt e Churchill, na Carta do Atlântico sedimentaram a idéia de cooperação internacional para consecução de segurança social na nova organização internacional, na qual ficou consignado que, para atingir a paz, todos os homens devem ser libertos de suas necessidades, tendo como instrumental a seguridade social.

### 3. CONSTITUIÇÕES E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um dos referenciais teóricos invocados para justificar a existência de um Estado Social é a teoria da “procura existencial” de Ernst Forsthoff, segundo a qual as possibilidades de existência do homem constituem seu espaço vital, dentro do qual, na época contemporânea, o mesmo vem perdendo o controle da estrutura e dos meios materiais necessários para sua própria existência. Por este motivo, o Estado deveria assegurar as condições de subsistência que o indivíduo não pode fazê-lo por si mesmo.

Nesta esteira, os direitos fundamentais sociais fazem parte da categoria que a doutrina denomina direitos de segunda geração. Encaixam-se nesta categoria geracional por terem surgido numa iteração posterior a que deu origem as liberdades e garantias individuais, estas se confundindo elas próprias com a origem do constitucionalismo moderno. Fruto das pressões advindas dos excessos liberais no séc. XIX, os direitos sociais são inaugurados com os diplomas constitucionais de Weimar (1919) e do México (1917).

A existência de normas programáticas de caráter social nas constituições é objeto de intensos debates entre os estudiosos políticos e do direito. Um dos mais célebres estudiosos das constituições dirigentes foi o professor J.J. Gomes Canotilho. Em 1982, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, defendia que a vinculação do legislador a constituição era supérflua pelo Judiciário. Todavia, em seus posicionamentos mais recentes, reconhece que os reflexos ideológicos de normatizar aspirações sociais foram negativos, gerando uma espécie de “frustração constitucional”.

As constituições dirigentes ou garantistas são frequentemente acusadas de preencher um papel meramente simbólico. Eros Roberto Grau tece veemente crítica nesse sentido, se utilizando da figura do mito, emprestada da obra do argentino Warat:

“As constituições formais inúmeras vezes consubstanciam modalidade exemplar de mito moderno. Por um lado, instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide de um Estado de Direito: se a Constituição, documento formal, existe, temos instituído o regime do Estado de Direito. Por outro lado – sobretudo a partir do instante em que, tocadas por um gesto de brilhantismo invulgar, a burguesia faz incluir nela um capítulo atinente aos direitos econômicos e sociais – funcionam como anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria a expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais” (2006, p.42)

Em abordagem um pouco distinta, Marcelo Neves observa que a forma normativa das constituições depende de pressuposto não jurídicos, de modo que, sobretudo nas sociedades ditas periféricas, ante a falta de força normativa, ocorre uma hipertrofia de suas forças simbólicas.

Para o constitucionalista Lênio Streck, os Estados Democráticos de Direito surgidos no pós-guerra, vinculados a realização dos direitos fundamentais, são uma confissão das promessas não cumpridas do Estado Social, e resultam de uma vontade constitucional de elaboração do mesmo, nos quais a Constituição passou a acoplar valores substantivos e a lei a atuar como instrumento para a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, criando um certo redimensionamento de poderes, na medida em que desloca funções políticas para o Judiciário.

De acordo com Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, impõe obrigações ao poder público, criando uma dimensão substancial na democracia, a qual não é submetida apenas à maioria parlamentar. Essa posição substancialista costuma atribuir papel relevante à jurisdição constitucional, de forma que o Judiciário assume o papel de interprete da vontade geral, transcendendo o papel de “checks and balances”.

Contrariamente a esta tendência, a doutrina dita procedimentalista, capitaneada por Jürgen Habermas, defende que numa democracia efetiva, o controle abstrato de normas seria função do próprio Legislativo, devendo os Tribunais Constitucionais proteger apenas o processo de criação democrática do direito, sem enfatizar valores preestabelecidos, o que desestimularia o agir cívico.

O alemão Robert Alexy, analisando a questão do equilíbrio entre os poderes, defende a existência de direitos fundamentais sociais nas constituições, sob o argumento de que determinadas prestações jurídicas são tão importantes, que seu outorgamento ou não pelo Estado não pode ficar sujeito a simples maioria parlamentar. Sob esse ponto de vista, todos os direitos fundamentais limitariam a competência do legislador.

Assim, a competência do parlamento para definição de políticas de concretização de direitos também não seria ilimitada, embora seja imprescindível a ordinarização da configuração jurídica desses direitos, definindo-se sempre que possível competência e procedimento por via legislativa.

Cumprir destacar que prevalece na doutrina constitucional alemã o entendimento de que as normas de caráter social, inseridas em diversas constituições no período pós-revolução industrial, como a do México em 1917, a de Weimar em 1919 e a brasileira de 1934, constituem normas programáticas, as quais prescrevem a realização de metas ao Estado, do qual dependem os pressupostos materiais para sua concretização.

Para concretização de tais direitos, autonomia teria sido atribuída ao legislador, um “livre espaço de conformação” nos termos da doutrina. O

constitucionalista Jorge Miranda explica que este espaço é decorrência do modelo democrático, o qual atribui aos agentes políticos responsabilidade pela adequada gestão dos recursos econômicos. Assim, enquanto os direitos subjetivos de defesa estão associados a deveres jurídicos por parte dos poderes públicos e de outros indivíduos, o Estado Social é tido apenas como um “mandado”, não criando direitos subjetivos, exigíveis perante o Judiciário, a não ser que sejam objeto de lei.

Neste contexto da realidade constitucional alemã, no qual grande parte dos direitos sociais não está formulada como direito subjetivo, alguns doutrinadores, em consonância com o Tribunal Constitucional, sensíveis a necessidade de assegurar judicialmente um padrão social mínimo, também chamado de “mínimo existencial”, extraíram dos direitos fundamentais de primeira geração, direitos subjetivos prestacionais, nos casos de diminuição de serviços sociais que garantam uma existência digna. Trata-se da chamada “proibição do retrocesso”.

Alexy desenvolve tal argumento fundamentando os direitos fundamentais sociais na primazia da liberdade fática, sem a qual torna-se iníqua a liberdade jurídica assegurada pelas constituições. Tal liberdade, ainda que não explicitamente colocada sob a forma de direito subjetivo do cidadão, por ser pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana na comunidade social, é protegida pelo acolhimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4. “JUDICIABILIDADE” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A questão da aplicação judicial dos direitos fundamentais de caráter social tem como um de seus principais referenciais teóricos a “tese dos direitos” de Ronald Dworkin. A teoria identifica como norma jurídica não apenas as regras, cujo cumprimento deve ser total, quando consideradas válidas no ordenamento jurídicos, aplicando-se de maneira “tudo ou nada”.

Consideram-se norma jurídica também os princípios, que não indicam de forma peremptória determinada decisão, mas fornecem ao julgador um direcionamento quando não está clara a regra a ser aplicada. Consistem nas razões para decidir a serem invocadas diante dos “hard cases” que se apresentam em Juízo, evitando a discricionariedade do Juiz. Os princípios podem ser aplicados ou não, fazendo-se uso da ponderação de seu peso diante do caso concreto, de modo que podem ser afastados ainda que válidos.

Dworkin divide a espécie princípio da norma jurídica em dois tipos. Os princípios jurídicos em sentido estrito (principles) seriam os imperativos de justiça, relacionados à idéia de equidade. Já es diretrizes políticas (policies) representariam os objetivos da sociedade. Para muitos interpretes esta última categoria seria correspondente às normas programáticas, para as quais não há exigibilidade judicial sem regulamentação legal, enquanto que para outros, há

direitos fundamentais que se identificam com princípios jurídicos propriamente ditos, por serem imperativos de justiça.

Na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã se desenvolveu, acatando o caráter principiológico dos direitos fundamentais sociais, a tese da “reserva do possível”, que afastando a aplicação “tudo ou nada” típica das regras, reconhece a obrigatoriedade de prestação dos direitos sociais na medida das possibilidades orçamentárias do Estado.

A questão que se coloca é se é possível admitir a tese da proibição do retrocesso diante da redução de tais benefícios. Por este princípio, o legislador ordinário estaria impedido de abolir conquistas sociais já implementadas sem que fossem feitas compensações.

No contexto da ordem constitucional alemã, coloca-se uma questão interessante: o texto constitucional germânico não é explícito quanto à garantia dos direitos sociais. É dado apenas um tratamento tópico ao tema. Prescreve a Lei Fundamental daquele país, em seu artigo 20 (1) que “A República Federal da Alemanha é um estado federal, democrático e *social*” (grifei). Mais adiante, em seu artigo 28(1) diz-se que aos estados federados faz-se necessário obedecer aos princípios de um Estado republicano, democrático e *social*. Paradoxalmente, a constituição de Weimar, que inaugurou esta categoria de direitos deu um tratamento mais profundo ao tema, abordando-o através de normas programáticas. Os benefícios sociais de que fala Scholler possuíam, inclusive, previsão no artigo 161 do referido diploma. Este verdadeiro retrocesso na positivação dos direitos sociais – da Lei Fundamental alemã de 1949 em relação a Carta de Weimar – pode ser explicado pela *frustração constitucional* decorrente da não implementação das normas programáticas previstas por aquele diploma.

Diante do regramento exíguo da Lei Fundamental alemã, a doutrina, juntamente com o Tribunal Constitucional Federal daquele país, procurou extrair da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º) o princípio do *mínimo existencial*, pelo qual o Estado estaria obrigado a prover as condições mínimas necessárias para a satisfação desta garantia, *inclusive através de ativos sociais*.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 previu expressamente os direitos sociais (art. 6º), pelo que estes representam, na disciplina constitucional brasileira, verdadeiros direitos subjetivos positivados. Estes estão em plena conformidade com o caráter dirigente de nossa Constituição e vinculação o Estado a um dever de prestação positiva.

Segundo Heinrich Scholler, o princípio da proibição do retrocesso pode ser encarado sob duas perspectivas.

Se resultar numa abolição do direito social em questão, o princípio se impõe. No caso brasileiro, diante da natureza constitucional das garantias sociais, esta conduta só poderia ser efetivada por meio de emenda a constituição. Ocorre que existe o entendimento de que os direitos sociais são alcançados pelas vedações

constitucionais ao poder de reforma<sup>2</sup> (art. 60, § 4º, IV). No contexto alemão, uma norma que abolisse uma garantia social estaria eivada de inconstitucionalidade se importasse a imposição de situação de penúria aos atingidos pela revogação do benefício, tendo em vista que, pela doutrina do mínimo existencial, haveria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não se abolindo o ativo social por completo, ou seja, se o retrocesso não for total, o que se impõe é uma ponderação em face de eventual salvaguarda ao bem estar da coletividade. Há de se analisar a proporcionalidade da medida, conforme anota Scholler. Por exemplo, pode ser necessário impor restrições parciais ao direito para que dele gozem mais indivíduos.

A título de conclusão, é interessante observar o paradoxo que se coloca diante da previsão/concretização dos direitos sociais quando se compara Brasil e Alemanha. Embora não previstos explicitamente no texto constitucional alemão, onde o Estado Social é posto em termos vagos e ideológicos, donde resultou a necessidade de construções doutrinárias e jurisprudenciais, os direitos sociais encontram um nível de concretização mais efetivo que o brasileiro que, a despeito da previsão expressa, constituem mais um exemplo de constitucionalização simbólica, tendo em vista a insuficiência de recursos.

## 5. O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição reconhece a saúde como direito social em seu art.6º e no Título VIII “Da ordem social” dedica-lhe uma seção dentro do capítulo da seguridade social, na qual lhe confere a forma de direito subjetivo do cidadão e fornece as diretrizes para configuração legal de um sistema único para oferta dos serviços públicos de saúde. O art.198 da CF contém ainda em seu §2º a estipulação de recursos mínimos a serem gastos pelos entes federativos com a saúde.

A previsão do direito fundamental à saúde já se encontra regulamentada pela lei 8080/90, que rege o Sistema Único de Saúde (SUS), além da distribuição de competências entre as entidades da federação, os órgãos competentes para a elaboração da lista de procedimentos e medicamentos que devem ser obrigatoriamente ofertados pela Rede Pública de Saúde.

Dentro desse contexto, inúmeras são as controvérsias judiciais acerca dos limites do direito subjetivo a saúde do cidadão. Em primeiro lugar observa-se o a questão do descumprimento dos limites mínimos de investimento estipulados pela Constituição. Sobre esta questão, Andreas Krell indaga se a questão da “proibição do retrocesso” abrangeria também cortes orçamentários no que tange ao direito à saúde.

Todavia, além do cumprimento das determinações orçamentárias contidas

---

<sup>2</sup> O tema é bastante polêmico, não tendo ainda o STF se manifestado sobre a matéria.

na constituição, costuma-se questionar judicialmente, através da solicitação do custeio de tratamentos não previstos para a rede pública, se o direito à saúde previsto constitucionalmente se restringe aos procedimentos ofertados pela rede pública, constituindo uma espécie de norma constitucional de eficácia contida.

Nesse ponto, o principal argumento das defesas judiciais do Estado seria a necessidade de seus gastos com esse direito respeitarem as leis orçamentárias destinadas à saúde, devido ao seu caráter democrático, a representar a escolha da maioria; bem como a necessidade de respeito ao poder de gestão de recursos públicos, atribuída ao Executivo. Enfim, ressalta-se que a concessão de medidas judiciais determinando ao Estado o custeio de procedimentos ou medicamentos não ofertados na rede pública fere o princípio da divisão dos poderes.

A teoria de Robert Alexy, desenvolvendo a de Dworkin, presta grande auxílio na fundamentação das decisões judiciais que envolvem tais conflitos de princípios constitucionais como saúde e repartição de poderes. Alexy defende que, enquanto o conflito de regras se resolve apenas pela previsão de cláusulas de exceção ou declaração de invalidade de um delas, os princípios devem ser usados como mandados de otimização, a serem cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Ao adotar o conceito de princípio para os direitos fundamentais sociais, Alexy defende um modelo de ponderação, no qual a reserva do possível daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade não conduza a ineficácia do direito. O direito à determinada prestação por parte do Estado, exsurgiria frente ao caso concreto sempre que não haja nenhuma razão aceitável para seu descumprimento.

Frente ao conflito de princípios em um caso concreto Alexy sugere a formulação de uma lei de colisão pelo julgador que consiste em definir diante de que condições referentes ao fato concreto um princípio apresenta menos peso que outro, devendo ceder. A lei de colisão deve otimizar tanto as possibilidades fáticas como jurídicas, reduzindo tão somente o essencial para realização do outro princípio.

O Tribunal Constitucional Alemão, preocupado em aferir a legalidade das decisões judiciais submetidas ao seu crivo, nas quais estão envolvidos princípios conflitantes, vem adotando como critério a máxima da proporcionalidade. De acordo com esta regra, analisa-se necessidade e adequação da medida judicial, bem como a proporcionalidade em sentido estrito dos bens jurídicos envolvidos, que diz respeito à ponderação das possibilidades jurídicas envolvidas, enquanto que os outros dois aspectos tratam das possibilidades fáticas.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também se apropriou de tais teorias nos julgados acerca da concessão de direitos fundamentais, que envolvem conflitos com outros princípios constitucionais. Tenha-se como exemplo o julgamento da Intervenção Federal 2915-5/SP, que discute a possibilidade de intervenção federal em função do descumprimento de precatórios, no qual o Ministro Gilmar Mendes proferiu o voto vencedor tecendo as seguintes considerações:

*“Por fim, consideradas as peculiaridades do caso em exame, diante dos princípios constitucionais que supostamente encontram-se em conflito, afigura-se recomendável a adoção daquilo que a doutrina defende como uma “relação de precedência condicionada” entre os princípios concorrentes. Nesse sentido, ensina Inocêncio Mártires Coelho: ‘Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável á mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com a exclusão de outros que, **prima facie**, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma **ponderação** entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão- optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, por aquele que lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa’(Coelho, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos **in** As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Coord, Ives Gandra S. Martins, São Paulo, América Jurídica, 2002, p.363).*

Na jurisprudência pátria as decisões judiciais dos tribunais superiores oscilam entre os argumentos da “reserva do possível” e separação dos poderes, em favor do Estado, e a primazia dos direitos fundamentais, em favor do cidadão. Nesse sentido é emblemático o julgamento do MS 8895/DF no Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho do voto da relatora Eliana Calmon, vale transcrever:

*“Quanto a tratamento médico no exterior, há dois precedentes da Segunda Turma. Um deles, relatado pelo Ministro Franciulli Netto (REsp 353.147), julgado em 15/10/2002, refere-se exatamente a questão análoga a esta, como deixa claro a ementa:*

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

*O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.*

*Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.*

*“O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”*

(Ives Gandra da Silva Martins, in “*Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural*”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

*Recurso especial provido.*

(REsp 353.147/ DF, rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 15/10/2000 DJ 18/8/2002)

*Na oportunidade fiquei vencida, argumentando, para firmar o meu entendimento:*

*“ Sobre o Sistema Privado de Prestação de Serviço de Saúde, não se pode impor limites além do contrato e, em relação ao Sistema Público, o limite está nas forças da receita reservada para cada rubrica. É muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica.”*

Fato é que, ainda que classificado como direito pertinente à ordem social, o direito fundamental à saúde tem a peculiar característica de ser pré-requisito indispensável para o exercício do direito a vida. O perecimento do direito à saúde, em grande parte das hipóteses, representa uma ameaça ao “mínimo existencial” referido pela jurisprudência alemã, consagrado em nossa Constituição também sob a formula genérica do princípio da dignidade da pessoa humana. Por este motivo vem prevalecendo, ao menos em sede de primeiro grau, a concessão de medidas judiciais protetivas da saúde, acima de outros bens jurídicos mais abstratos, como a separação dos poderes.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

BALERA, Wagner. Direito Internacional da Seguridade Social. In Revista Interesse Público. Ano 7, nº 32, jul./ago. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 249-266.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 2001.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos fundamentais - Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora. 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). **Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e Direito Subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica. 1999.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado / 6ª ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

LIMA JR, Jayme Benvenuto (organizador). **Direitos Humanos Internacionais: avanços e desafios no início do século XXI**. São Paulo: Edições Loyola. 2001.

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

\_\_\_\_\_. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: Jessé Souza (Org.). **Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SCHOLLER, Heinrich.. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**. In: Revista Interesse Público. nº 2, abr./jun. Porto Alegre: Notadez, 1999, p. 95 e ss.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3ª ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.