

Entre princípios e políticas (*policies*): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin

Entre principios y políticas (*policies*): breve análisis sobre la aplicación del derecho a la salud a la luz de las ideas de Ronald Dworkin

Pedro da Silva Moreira

RESUMO

A problemática envolvendo a efetivação do direito à saúde no Brasil tem provocado múltiplas reflexões, sobretudo quando se percebe o crescimento desenfreado de demandas reclamando os mais diversos tratamentos. Diante desse quadro, este trabalho busca estudar o método de aplicação judicial do direito fundamental social à saúde. Para tanto, colhe-se, na obra de Ronald Dworkin, uma interessante distinção entre princípios em sentido estrito e políticas (*policies*), de modo a averiguar o que implica posicionar direitos prestacionais em cada uma dessas categorias. Em um segundo momento, passa-se a estudar duas técnicas de aplicação judicial do direito à saúde: a subsunção e a ponderação. A ideia central do trabalho, portanto, é investigar, à luz das premissas de Dworkin, o que significa subsumir e ponderar quando se cuida de direitos sociais, especialmente do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; Princípios; Políticas; Dworkin; Subsunção; Ponderação

RESUMEN

La cuestión relativa a la efectividad del derecho a la salud en Brasil ha causado múltiples reflexiones, sobre todo teniendo en cuenta el crecimiento desenfrenado de las más variadas demandas jurídicas en la búsqueda por tratamientos médicos. Ante esta situación, este trabajo estudia el método de aplicación judicial del derecho fundamental social a la salud. Para ello, recoge, en la obra de Ronald Dworkin, una interesante distinción entre principios en sentido estricto y políticas (*policies*), con el objetivo de analizar lo que significa entender los derechos a prestaciones en cada una de estas categorías. En un segundo paso, intentase comprender dos técnicas de aplicación judicial del derecho a la salud: la subsunción y la ponderación. La idea central de este artículo es, por lo tanto, investigar, a la luz de las premisas de Dworkin, que es, de hecho, subsumir y ponderar derechos sociales, especialmente el derecho a la salud.

Palabras clave: Derecho a la salud; Principios; Políticas; Dworkin; Subsunción; Ponderación

INTRODUÇÃO

Em recente compreensão decisória, parte do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem reconhecendo¹ o direito a tratamentos de fertilidade, mais especificamente à chamada fertilização *in vitro*. Mulheres que possuem dificuldades para engravidar, ao buscarem guarida no Judiciário, têm garantido um direito definitivo a esse tratamento, o que obriga o Estado a custeá-lo. O mesmo Tribunal também tem determinado o custeio, pelo Poder Público, de tratamentos para disfunção erétil², de sessões de fisioterapia, de hidroterapia³ e de acupuntura⁴, além de uma série de tratamentos de alto custo, alguns, inclusive, realizados no exterior⁵.

Independentemente das críticas ou louvores que possam ser dirigidos a essa prática judicial, há um dado evidente, de difícil refutação: o alcance conferido ao direito à saúde é bastante amplo, abarcando não só tratamentos elementares, que as políticas públicas porventura não cubram, mas também procedimentos peculiares – cuja essencialidade é baixa ou o custo é elevado. Talvez por isso, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, o Estado do Rio Grande do Sul seja líder em número de ações judiciais sobre saúde, possuindo uma quantidade duas vezes maior que o segundo colocado, o Estado de São Paulo, concentrando – assim – quase metade das demandas de todo o país⁶.

Ainda que distintas explicações possam ser manejadas para explicar essa realidade, como a própria ineficácia dos serviços públicos de saúde no Brasil, a maneira como os julgadores enfrentam essa questão também pode ser decisiva para a compreensão da problemática. O que se convencionou chamar “judicialização da saúde” tem origem não apenas nas necessidades prementes da população, mas – efetivamente – na observância de uma nova postura judicial, tendente – pois – a conferir a mais ampla eficácia a esse direito fundamental.

¹ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047263785. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 18.04.2012.

² Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048376131. Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Julgado em 09.05.2012.

³ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047926647. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 24.05.2012.

⁴ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035728492. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 28.07.2010.

⁵ Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70040693277. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 29.06.2011.

⁶ Segundo os dados, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concentrava, até meados de 2011, 113.953 ações judiciais sobre saúde. São Paulo, por exemplo, abrigava 44.690 demandas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 23.07.2012.

Todavia, essa nova (mas não tão recente) atitude decisória, que caracteriza – para o bem ou para o mal – certo ativismo judicial, não pode ser analisada tão somente a partir de suas implicações políticas. Há, na verdade, a necessidade de se apreciar os caminhos jurídicos pelos quais os tribunais, que são tribunais de Justiça, fazem incidir esse direito. Por isso, o recorte aqui proposto centra-se nas técnicas de decisão utilizadas, bem como na estrutura argumentativa construída para solucionar casos que reclamam a aplicação do direito fundamental social à saúde.

O recorte, na verdade, é ainda maior. Objetiva-se, aqui, estudar, como premissa para a avaliação dos métodos de aplicação da norma do direito à saúde, a teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin, mais especificamente no bojo de uma distinção interessante entre princípios em sentido estrito (*principles*) e políticas (*policies*). Evidentemente, e essa ressalva constitui um dos pressupostos deste pequeno escrito, é preciso ter cautela quanto ao significado dos princípios na ordem jurídica analisada por Dworkin e em nossa realidade. No entanto, e como se tem consolidado na cultura jurídica brasileira a eficácia normativa dos princípios constitucionais, o estudo da concepção principiológica desse autor constitui passo elementar para a análise da estrutura e alcance dos direitos fundamentais.

Estabelecido esse ponto, a segunda parte do trabalho, ainda que sucintamente, destina-se à apreciação de duas conhecidas técnicas de resolução de casos judiciais: a subsunção, ancorada na dedução e no silogismo, própria da aplicação de regras jurídicas, e a ponderação, vinculada à medida de interesses em conflito, doutrinariamente conectada à aplicação de princípios. A ideia central, que já adianta a finalidade deste artigo, é avaliar em que consiste aplicar direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, por subsunção e, ademais, o que significa – e se há adequabilidade – fazer incidir direitos fundamentais sociais por meio da técnica da ponderação.

Nesse sentido, e a partir do fundo teórico das concepções de Ronald Dworkin, a ideia é compreender – criticamente – a subsistência da doutrina judicial ora analisada e apresentada, indagando-se, de modo curioso e singelo, se o direito à saúde deve ser objeto de subsunção ou de ponderação pelos tribunais.

1. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN: A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E POLÍTICAS

Antes de ingressar no âmago da distinção entre princípios e políticas, é salutar assentar a posição teórica de Dworkin. Uma de suas principais obras, *Taking Rights Seriously*, caracteriza-se pelas críticas robustas ao positivismo de Hart, que Dworkin classifica como um modelo de regras; para ele, o positivismo assume uma espécie de “teoria dos simples fatos” (DWORKIN, 1986, p. 7). Nesse sentido, duas são, em síntese, as ideias positivistas que Dworkin ataca: (1) a ausência de conexão necessária entre Direito e moral (HART, 1994, p. 185) e (2) a existência de discricionariedade dos juízes em casos difíceis.

O modo pelo qual Dworkin pretende superar essas duas teses positivistas reside na identificação de princípios, aos quais ele confere caráter normativo. Os princípios estariam imersos em uma teia moral complexa e, da mesma maneira que as regras, também integrariam o Direito. Assim, e aqui se faz um brevíssimo esboço, Dworkin assume que essa conexão entre princípios e fundamentos axiológicos permite dissolver a primeira tese positivista sobre a separação entre Direito e Moral. Ademais, esses mesmos princípios, por vincularem o juiz como padrões normativos, fornecendo-lhe argumentos para a construção de uma solução normativa integrada e coerente, evitariam a discricionariedade que o positivismo de Hart admite.

Esse é o quadro em que se pode perceber com mais nitidez a distinção entre regras e princípios. Regras são normas que possuem condição de aplicação explícita, mesmo que possam existir problemas de indeterminação ou imprecisão semântica⁷. Princípios, de outra parte, não têm o antecedente claro e, por isso, a inferência dedutiva não caracteriza a sua aplicação. Regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada (*all or nothing fashion*) (DWORKIN, 1977/1978, p. 24), não admitindo gradações ou otimizações; sendo válida a regra e presente a condição de aplicação, deve incidir o consequente. Princípios são peculiares justamente por não perderem a validade quando não incidentes; ou seja, ainda que não prevaleçam em um caso específico, continuam presentes no ordenamento (DWORKIN,

⁷“(…) human legislators can have no such knowledge of all the possible combinations of circumstances which the future may bring. This inability to anticipate brings with it a relative indeterminacy of aim”. HART, 1994, p. 128.

1977/1978, p. 26). Isso decorre de uma peculiaridade que as regras não contêm – a dimensão de peso⁸.

Estabelecido esse desenho teórico, e tendo em vista que o objetivo aqui é trabalhar a aplicação normativa daquilo que, em nossa Constituição, denominamos “direitos sociais” (com especificidade ilustrativa para o direito à saúde), passa-se, então, ao estudo dos princípios em sentido estrito e das políticas ou diretrizes.

1.1. Dos princípios em sentido estrito

Os princípios em sentido estrito implicam um dever-ser, possuem, assim, uma qualidade deontológica. A condição de aplicação segue, conforme mencionado, oculta e somente pode ser descortinada ou construída no seio do processo interpretativo. Um exemplo interessante, que pode ilustrar essa ideia, cuida da norma – com estrutura de princípio – que determina a proibição de discriminação. Há, sem dúvida, um aspecto deontológico que pode ser extraído dessa norma (discriminar é proibido). O que falta a ela não é, portanto, o consequente da proibição, mas as condições de sua aplicação, ou seja, a pergunta que não está respondida *ex ante* é a que indaga quando há uma discriminação que mereça a incidência da norma.

Atienza e Ruiz Manero (1991, p. 109) trabalham bem esse exemplo, expondo, nessa senda, duas normas distintas: (N1): *está proibida a discriminação*; (N2): *os empregadores estão obrigados a pagar, pela prestação do mesmo trabalho, salário idêntico tanto para homens como para mulheres*. Note-se que ambas as normas possuem, na verdade, o mesmo consequente (a proibição de discriminação). Ocorre que a primeira representa o que se entende aqui por princípios em sentido estrito. A segunda, por sua vez, é uma regra. Ela reflete a concretização do princípio. Ela possibilita que, em definitivo, os destinatários da norma saibam em quais situações específicas há discriminação. O princípio segue valendo, mas cumpre funções distintas como informador subjacente da regra ou como norma de eficácia própria e aplicável.

Nesse contexto normativo, Dworkin estabelece que argumentos de princípio destinam-se a estabelecer um direito individual; as diretrizes, por sua vez, materializam um

⁸ Nas palavras do autor: “*Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance.* DWOKIN, 1977/1978, p. 26.

objetivo coletivo⁹. Essa definição restringe, portanto, a ideia de princípios em sentido estrito aos direitos individuais, talvez – na verdade – pela própria tradição liberal do autor e do contexto jurídico em que resta inserida sua teoria. Mas a ideia de princípio em sentido estrito relaciona-se, conforme já exposto, à conexão entre Direito e moral proposta por Dworkin. Isso porque ele entende que os princípios implicam a observância de um padrão que, ao contrário das políticas (que visam a metas), contêm necessariamente razões de justiça, de equidade e de moralidade. Ele exemplifica afirmando que uma norma que disponha que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos trata-se de política (*policy*); por outro lado, um padrão que defina que ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza constitui um princípio¹⁰.

Se observarmos o art. 5º de nossa Constituição, encontraremos uma série de princípios em sentido estrito na linha empregada por Dworkin. Um rápido olhar sobre os incisos nos permite identificar princípios de “igualdade”, “proibição de tortura”, “liberdade de expressão”, “liberdade de crença”, “privacidade”, “liberdade profissional”, “propriedade”, “legalidade”, entre outros. Todos eles, em alguma medida, referem-se a um direito fundamental individual. Daí, na verdade, a estreita relação entre a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais.

Esse elenco interminável de direitos com estrutura de princípios em sentido estrito constitui o acervo axiológico mais elementar do nosso Estado Constitucional de Direito e, por isso, mostra-se difícil refutar sua conexão com a moral, pois todos eles realizam algum valor moralmente aceito pela sociedade não só como padrão de conduta, mas como padrão fundamental de conduta. É exatamente por isso que Dworkin compreende os princípios como “trunfos” contra a maioria; ou seja, como garantias que podem ser invocadas quando metas, políticas ou objetivos coletivos ameaçarem o núcleo mínimo elementar da individualidade¹¹.

A título de sistematização, conclui-se, portanto, que os princípios em sentido estrito são normas que determinam um estado de coisas individualizado (GUEST, 2010, p. 65); refletem, assim, um direito individual. Sua relevância axiológica repousa na relação com a moral e significam, assim, trunfos contra a maioria. A sua estrutura normativa, ainda que

⁹ No original: “*Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal*”. DWORKIN, 1977/1978, p. 90.

¹⁰ “*I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. Thus the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong a principle*”. DWORKIN, 1977/1978, p. 22.

¹¹ Dworkin fala, no original, em “*rights as trumps over collective goals*”. DWORKIN, 1977/1978, p. xv.

contenha elevado peso argumentativo, prescinde de condições de aplicação e, por isso, a incidência de princípios dificilmente acomoda um silogismo.

1.2. Das políticas (*policies*) ou diretrizes

Por razões terminológicas e de estilo, apesar de Dworkin utilizar a palavra política (*policy*), que talvez enseje imprecisões, utilizaremos indistintamente o termo “diretrizes”. Isso porque, para Dworkin, argumentos de política refletem, de fato, diretrizes; eles indicam, na verdade, metas, finalidades cujo alcance visa à consecução de objetivos coletivos.

É importante salientar, antes de tudo, que – assim como os princípios em sentido estrito – as diretrizes também não possuem condição de aplicação definida. Talvez seja inclusive equivocado, no contexto de Dworkin, tratar de “política” como norma. Aqui, dizer que a diretriz não possui sua condição explícita significa afirmar que ela pode ser alcançada a partir de distintos e diversos meios, que concorrem entre si. Assim, um enunciado que expresse que o Estado deve buscar diminuir os acidentes automobilísticos (exemplo, como vimos, presente em *Taking Rights Seriously*) não prevê, na sua própria estrutura, como ou com que medidas essa finalidade será concretizada.

Dworkin denomina, portanto, “política” um tipo de padrão (ou norma) que estabelece que determinado objetivo deva ser alcançado, consistindo, por exemplo, em uma melhoria social, econômica ou política para a comunidade¹². Nessa senda, as diretrizes não correspondem especificamente a uma ação; ou seja, elas não pretendem regular um comportamento específico, atribuindo-lhe uma qualidade. Um argumento de política visa ao alcance de um estado de coisas que depende de um senso e de uma decisão estratégica para que seja concretizado. Depende, portanto, de meios. Por isso, quaisquer normas com características de metas – e não de princípios em sentido estrito (que, para Dworkin, conferem direitos) – oferecem razões para a ação de tipo instrumental (ATIENZA E RUIZ MANERO, 1991, p. 113).

O enfoque nos meios é importante porque não há especialmente um aspecto deontológico em relação a eles. É possível, uma vez que se confira caráter normativo às políticas, definir que o dever-ser está em implantá-las; ou seja, a norma que define que o objetivo “X” deva ser alcançado não se traduz em um conselho ou em um mandamento

¹² “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change)”. DWORKIN, 1977/1978, p. 22.

despido de efetividade, mas – definitivamente – obriga a instituição de meios para a consecução do objetivo “X”. Ocorre que é possível que existam inúmeros meios (“a”, “b”, “c”, “d”,...) que, idoneamente, sejam capazes de realizar o estado de coisas. E isso permite afirmar, portanto, que não há um dever de utilização do meio “a”, mas apenas uma razão – de tipo estratégico – para executá-lo (ATIENZA E RUIZ MANERO, 1991, p. 115).

Esse cenário é muito importante para compreender os direitos sociais em nossa Constituição. Eles se estruturam, em geral, na forma de *policies*, no sentido empregado por Dworkin. Há, portanto, inúmeros direitos sociais, que definem, assim, que o Estado deve garantir a moradia, a educação, a saúde, a assistência social, o lazer, a alimentação, etc. A nossa Constituição conferiu a esses direitos uma carga normativa mais forte que a abordada por Dworkin (para quem apenas seria possível falar em direito em relação aos princípios em sentido estrito). São todos eles, de modo positivado, direitos fundamentais sociais, que gozam de aplicação imediata e que restam protegidos pela cláusula de barreira (ou cláusula pétrea).

Caberia perguntar-se, todavia, se o fato de representarem, para nós, efetivamente direitos (mas direitos sociais) lhes retiraria, para o estudo de sua eficácia, o caráter de diretrizes e de políticas; se a simples noção de que constituem direitos fundamentais exclui a definição dworkiana de que metas, diretrizes, políticas e finalidades determinam um estado de coisas coletivo, cuja consecução o Estado tem a obrigação de perseguir (e esse é o sentido forte dos direitos sociais). Já se adianta, nesse contexto, que parece inapropriado tratar de direitos sociais como se fossem princípios em sentido estrito ou, de modo mais radical, regras jurídicas. Cada uma dessas categorias normativas possui uma estrutura distinta. Na verdade, não só a estrutura difere, mas a finalidade, a função. Por essa razão, há um equívoco (e não raro, como veremos, isso acontece) quando se pretende excluir a liberdade para a definição dos meios para o alcance das diretrizes, pois é justamente isso que constrói o argumento de *policy*.

Por fim, antes de apreciarmos a realidade dogmático-constitucional do direito à saúde, vale referir que Dworkin é enfático: “*Uma diretriz é um objetivo político não individualizado, ou seja, um estado de coisas cuja especificação não reclama a concessão de qualquer recurso, oportunidade ou liberdade particular para indivíduos particulares*”¹³.

¹³ No original: “A goal is a nonindividuated political aim, that is, a state of affairs whose specification does not in this way call for any particular opportunity or resource or liberty for particular individuals”. DWORKIN, 1977/1978, p. 91.

2. A APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: SUBSUNÇÃO OU PONDERAÇÃO?

O direito à saúde está disposto de modo esparso em nossa Constituição, mas é o art. 196 que lhe confere um caráter normativo mais evidente e que permite apreciar com mais precisão a sua eficácia:

A saúde é **direito de todos** e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos)

Conforme se depreende do comando referido, a saúde, em nosso Estado Constitucional, deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas. Isso significa dizer que a sua consecução envolve a adoção de meios, admite a atuação infraconstitucional e administrativa para a instituição de políticas que cumpram a finalidade proposta. Assim, qualquer doutrina que trate da efetividade desse direito não pode ignorar que ele – e é a Constituição que assim preceitua – não se materializa diretamente do texto, sem a experiência institucional.

A leitura do dispositivo que cuida do direito à saúde permite posicioná-lo na seara do conceito de *policy* proposto por Dworkin, ao menos no que se refere à ideia de objetivos coletivos dependentes de meios para o seu alcance. A estrutura da norma do art. 196 não é a mesma da norma que define o direito à liberdade de expressão. Aquela está vinculada à adoção de prestações positivas do Poder Público, na exigência de ações estratégicas e eficazes; esta, por sua vez, exige mais uma abstenção, um não fazer; não preconiza, pois, uma finalidade da comunidade¹⁴ e tampouco requer a execução de meios para a sua consecução. A partir ótica de Dworkin, o direito à saúde (e não olvidemos que está posicionado em nossa Constituição na seara dos direitos sociais) representa um estado de coisas não individualizado; ao contrário, conforme demonstrado, da liberdade de expressão.

A ideia aqui é demonstrar, preliminarmente, que há – de fato – uma compatibilidade entre o direito à saúde e o conceito de diretriz ou *policy*. A saúde deve ser garantida por meio de políticas públicas e, portanto, como uma diretriz, reclama atuação positiva na implantação de meios. Ademais, a saúde está posicionada no âmbito dos direitos sociais, não está

¹⁴ Evidentemente, a liberdade de expressão representa uma finalidade da comunidade, no sentido de que a comunidade protege esse direito como fundamento axiológico basilar e, assim, o seu alcance constitui um objetivo comum. Dizer que ele não se traduz como “finalidade” significa apenas excluí-lo da noção de diretriz: a liberdade de expressão não é uma meta coletiva para melhorias sociais, econômicas ou políticas.

conectada aos direitos individuais (que Dworkin vincula aos princípios em sentido estrito) e, portanto, possui uma dimensão coletiva.

Esse arranjo teórico, no entanto, não enseja, de modo algum, a retirada do caráter normativo do direito à saúde. Ele, conforme já ressaltado, possui carga normativa bem mais densa que o conceito de *policy* de Dworkin. A saúde não é só uma meta, mas é um direito e um direito fundamental, cuja aplicabilidade (art. 5º, §1º, da Constituição Brasileira) é imediata. Por isso, na medida em que é um direito, quando ameaçado ou vulnerado, tem justiciabilidade assegurada pela mesma Carta Constitucional (art. 5º, XXXV).

Ocorre que o simples fato de ser um direito fundamental não transforma a sua dimensão coletiva em dimensão individual. Se o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, as prestações positivas não se destinam a resolver, precipuamente, situações individualizadas, porque – e aqui a lição de Dworkin é importante – uma diretriz (mesmo que vinculante como norma) não é um princípio em sentido estrito e, portanto, não caberia falar em “direito individual à saúde”, assim como não caberia falar em “meta individualizada”.

Diante disso e dado o quadro judicial apresentado em nossas considerações iniciais, o Supremo Tribunal Federal vem procurando estabelecer critérios para a concessão de tratamentos de saúde, tendo como premissa – na verdade – o que segue¹⁵:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretiza. **Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.** (grifos nossos)

Assentados esses pressupostos, passa-se diretamente ao modo de aplicação do direito à saúde: por subsunção ou por ponderação?

2.1. Da aplicação do direito à saúde por subsunção

A jurisprudência majoritária (quase uníssona) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul incorpora ao menos três argumentos centrais na apreciação de casos judiciais envolvendo o direito à saúde: (1) a necessidade e a adequação do medicamento ou tratamento devem ser demonstradas tão somente pelo médico da parte, cuja indicação

¹⁵ Ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. STF. AGRG na STA 175. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010.

terapêutica é inquestionável¹⁶; (2) o direito à saúde não pode ser restringido infraconstitucionalmente, de modo que a existência de listas de dispensação de medicamentos pelo SUS não importa para o reconhecimento, em concreto, do direito¹⁷; (3) o direito à saúde tem aplicação imediata e incondicionada¹⁸.

Recordemos que iniciamos nosso trabalho fazendo referência a um caso em que este mesmo Tribunal reconheceu, com base no direito à saúde, o dever do Estado de custear a fertilização *in vitro*¹⁹. A linha de fundamentos dessa decisão preocupa-se em atestar se a infertilidade é uma enfermidade (e constata que é) e, assim, em posicioná-la no campo de aplicação da norma que cuida do direito à saúde, sem – como já se observou no parágrafo anterior – qualquer análise de índole administrativa ou infraconstitucional.

Em suma, a existência ou não do tratamento na rede pública (à disposição de modo universal) não seria óbice ao gozo do direito por parte do particular. Há, porém, notícias de que esse procedimento está sendo incluído no SUS, e exige, por óbvio, a adoção de determinados critérios de atendimento²⁰. Quando o Tribunal procede na concessão desse tratamento de fertilidade, fulmina, na verdade, qualquer tentativa legítima de criação administrativa de critérios para a oferta racionalizada do tratamento gratuito, pois declara (e Tribunais devem conceder a um o que podem conceder a todos na mesma condição²¹) que restrições de índole infraconstitucionais são inidôneas.

¹⁶ “Registro que cabe ao médico do paciente estabelecer o adequado tratamento, a fim de obter êxito no combate da enfermidade, considerando-se que é o competente expert para aferir as reais necessidades do demandante”. Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035026517. Relatora: Desª. Matilde Chabar Maia. Julgado em 23.09.2010

¹⁷ “Desse modo, irrelevante o fato de o medicamento postulado ser classificado como básico, especial ou excepcional, ou não integrar as listas dos entes públicos”. Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70039093778. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 20.10.2010.

¹⁸ “A saúde, elevada à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada”. Ver TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70048248561. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges.

¹⁹ Ver nota de rodapé n. 1.

²⁰ Notícia publicada no sítio do Jornal Correio do Povo na data de 07.03.2012. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/?Noticia=400200>. Acessado na data de 24.07.2012.

²¹ “Se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido. E os tribunais estão obrigados a considerar esse problema, pois trata-se de matéria que determina os fatos do julgamento. Os tribunais não são instâncias de proclamação abstrata de direitos, mas lugares onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da regra universal”. Na sequência, o autor ainda suscita uma hipótese extrema, mas pertinente: “Engana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos. Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros, pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar

Em nossa abordagem prévia, sobre o conceito de *policy* em Dworkin, delineamos que normas que cuidem de objetivos, mesmo que sejam direitos sociais, necessitam da definição de meios exequíveis. O próprio texto da Constituição não faz rodeios: a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas. Quando juízes, na apreciação da demanda, declaram que as normas infraconstitucionais não podem limitar o alcance do direito, não podem regular a forma de efetivação do direito, estão afirmando, no fundo, que o direito à saúde não depende de políticas sociais e econômicas. E assim procedendo, conferem interpretação que, em princípio, não vem suportada pela Constituição. Na verdade, trata-se, nessa linha judicial, de transformar o direito à saúde em direito subjetivo individual à saúde (ATRIA, 2004) (uma norma que independa de políticas sociais não pode ser um “direito social”), aplicando-o como regra jurídica.

Nesse contexto, a estrutura do raciocínio argumentativo é praticamente silogística: (Premissa Maior): “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”; (Premissa Menor): comprovação da necessidade de recebimento do tratamento específico; (Conclusão): direito a receber o tratamento específico. Trata-se, assim, da aplicação do direito fundamental à saúde por subsunção²².

Diz-se que a subsunção é o método de aplicação próprio das regras jurídicas porque estas possuem, como já observamos, condição de aplicação explícita. A regra que disponha que para a conduta “x” aplicar-se-á a consequência “y” (Se “x”, então “y”) permite que, verificada a condição “x”, incida “y”. Esse raciocínio não pode acomodar a aplicação do direito à saúde por dois motivos singelos: (1) a norma que trata do direito à saúde não possui condição de aplicação alguma; (2) o direito à saúde não é apenas direito de todos e dever do Estado (uma premissa que venha até aqui é uma premissa que não observa a Constituição), mas é também garantido mediante políticas sociais e econômicas.

Diante do até aqui exposto, se entendemos por subsunção o “encaixe” de uma premissa menor (normalmente a hipótese fática) na condição de aplicação da consequência jurídica, conclui-se que o direito à saúde não pode ser aplicado por meio dessa estrutura,

a ele. Com o tempo, transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas”. LIMA LOPES, 2010, pp. 171-172.

²² Ver ALEXANDER, 2003, pp. 433-449. Esse é um esquema simples de aplicação da regra jurídica, que, por óbvio, ignora os problemas de justificação externa e interna que possam existir para a construção do argumento silogístico, mas – em linhas gerais – efetiva-se uma inferência dedutiva. Ver também, nesse sentido, LARENZ, 2001, p. 267.

simplesmente porque a norma ora estudada não contém, de modo explícito, a hipótese de sua incidência.

2.2. Da aplicação do direito à saúde por ponderação

Os princípios em sentido estrito, estudados na obra de Dworkin, receberam atenção ainda maior (sobretudo do ponto de vista estrutural) por parte de Robert Alexy²³. Para Alexy, princípios “*são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*” (2008, p. 90). Eles constituem, assim, mandamentos de otimização.

Observamos, com Dworkin, que os princípios possuem uma dimensão de peso. A partir desse conceito, Alexy estipula que conflitos entre princípios devem ser resolvidos por meio de ponderação. Não cabe, aqui, discorrer exaustivamente sobre esse método, que – é verdade – possui particularidades e sutilezas que mereceram a atenção de um trabalho inteiro. Todavia, é importante ressaltar que a ponderação alexyana possui três momentos²⁴: (1) o juízo de adequação ou idoneidade; (2) o juízo de necessidade; (3) o juízo de proporcionalidade em sentido estrito²⁵. Esses passos restam assentados na lei da ponderação, que assim é enunciada: “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*” (ALEXY, 2008, p. 167).

Imagine-se um conflito recorrente entre o direito à intimidade e a liberdade de informação. Inexistindo regra explícita para a definição do caso, está-se diante de um conflito entre princípios e a sua resolução não é dada *a priori* pelo ordenamento, tampouco existe uma escala hierárquica de princípios a que possa recorrer o julgador. Trata-se de um caso típico de aplicação da técnica da ponderação, para que se verifique qual dos princípios possui, diante das peculiaridades do caso, maior peso, permitindo-se, assim, a extração de uma regra universal; ou seja, sempre que as mesmas circunstâncias fáticas surgirem, aplica-se a regra decorrente do juízo de ponderação entre princípios, o que depende essencialmente da argumentação.

²³ “A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.” ALEXY, 2008, p. 85.

²⁴ “*Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do não-cumprimento do outro*”. ALEXY, 2007, p. 133.

²⁵ Sobre a colisão de direitos fundamentais, ver GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-243.

Alexy não exaure a sua ideia de princípios e a sua compreensão da técnica da ponderação em relação ao que aqui denominamos princípios em sentido estrito. Ele compreende que a teoria dos princípios também é capaz de acomodar um modo de aplicação para os direitos sociais, para as normas que determinem finalidades coletivas. Assim, para apreciar uma demanda que envolva o direito à saúde, o juiz deveria lançar mão da ponderação. Alexy especifica o que poderia ser posto em cada lado da balança: de um lado, o direito à saúde; de outro, “os princípios formais da competência decisória do legislador”²⁶, da separação de poderes, entre outros.

Em nosso modesto entender, a utilização da ponderação, nos moldes propostos por Alexy, não pode acomodar tanto direitos individuais (no campo dos princípios em sentido estrito) como direitos sociais, pois ambos possuem estruturas distintas, conforme observamos ao distinguir princípios e políticas (*policies*). Ademais, dizer que o direito à saúde colide com o princípio da competência orçamentária do legislador não pode significar mais que afirmar que, em alguns casos, é possível controlar – judicialmente – as escolhas orçamentárias feitas pelo legislador e organizadas e executadas pela Administração.

A ideia de sopesar a saúde com um princípio formal de competência orçamentária conduz ao risco de imobilizar a balança, pois é possível que, analisando o conflito nesses termos, o juiz sempre prefira (ou, para eliminar o ato de vontade, “pondere”) proteger o direito à saúde. Entre o direito à saúde, atrelado ao direito à vida, e um princípio formal que atribui competência ao legislador, a proteção recairia (como não raro recai²⁷) sempre sobre o primeiro. Isso apenas esconde que não há um conflito real entre a proteção da saúde e a proteção de um princípio formal, mas entre o “direito individual à saúde” e o “direito social de acesso a políticas públicas de saúde”, definidas, é verdade, no âmbito orçamentário.

Parece-nos, pois, que essa estrutura ponderativa apenas teria lugar no seio de uma demanda coletiva, em que precisamente estivessem em discussão, por exemplo, a inclusão de determinado tratamento médico na política pública e os impactos orçamentários possíveis.

²⁶ “De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”. ALEXY, 2008, 511-512.

²⁷ Ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 24.11.2000. Neste precedente, que irradiou essa linha decisória pelos tribunais pátrios, afirma-se que entre ao direito à saúde e um interesse financeiro e secundário do Estado, há razões éticas que advogam pelo primeiro.

Aqui sim existiria uma ponderação levada a sério, tendo em vista que um princípio orçamentário somente pode colidir – com justiça – frente a outro princípio de relevância coletiva, pública, social, e não individual, pois o orçamento não se destina à resolução de situações individualizadas.

Isso, na verdade, apenas confirma a nossa compreensão de que há, à luz da Constituição da República, um direito subjetivo à política pública²⁸, com eficácia normativa e aplicabilidade imediata, e não um direito subjetivo individual a tratamentos de saúde, como parece crer a doutrina judicial aqui criticada.

CONCLUSÃO

A distinção entre princípios e políticas (*policies*) elaborada por Dworkin parece restar esquecida ou ofuscada, na doutrina jurídica brasileira, em razão das disposições constitucionais que absorvem tanto direitos individualizados como objetivos coletivos sob o manto dos direitos fundamentais. Não se pode, é verdade, olvidar que os direitos fundamentais gozam de proteção peculiar em nosso ordenamento constitucional e que, assim, possuem um *status* deôntico privilegiado e basilar.

Ocorre, no entanto, que os direitos fundamentais não possuem a mesma estrutura normativa. Por mais que o texto constitucional expresse que os direitos sociais são também direitos fundamentais, não é por isso que, automaticamente, eles deixam de depender de escolhas disjuntivas, no seio das políticas públicas, para integrar um rol de direitos individuais subjetivos e sem a consideração de qualquer dimensão coletiva.

Todavia, observamos que a jurisprudência quase uníssona do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (sem diferir dos demais tribunais pátrios) interpreta o direito social à saúde como se fosse direito individual e, assim, aplica-o como regra jurídica, em processo equivocado de subsunção. Analisamos também que a ponderação de princípios, aplicada à solução de demandas que envolvem o direito à saúde, pode converter-se mais em retórica do que propriamente em um processo racional de sopesamento, na medida em que

²⁸ “Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura”. HESSE, 1998, p. 170-171.

propõe uma colisão entre o direito à saúde e um princípio formal de competência orçamentária, engessando-se a balança.

O que causa mais perplexidade, no entanto, é a constatação da prevalência de uma doutrina judicial que nega a liberdade de conformação do legislador para a criação de políticas públicas, decidindo ações de tratamento de saúde a partir de uma contemplação da norma constitucional em abstrato, como se ela expressamente não dispusesse o que já repetimos à exaustão, bastando passar os olhos pelo artigo 196 da Constituição: *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas.*

Dworkin, apesar de construir uma teoria dos princípios dependente da argumentação judicial, que – de tão subsistente – nega a própria discricionariedade em casos difíceis, atribuindo um papel central ao juiz, não ignora que há determinadas matérias que – precipuamente – constituem tarefas políticas, na observância das necessidades coletivas da comunidade. E isso não exclui a justiciabilidade, a consideração de uma demanda social como um direito; mas, conforme o termo, um direito de dimensão social e não individual e independente da comunidade. Atribuir ao direito à saúde a independência frente ao contexto social e econômico, sob o pretexto da ineficácia da política, reflete mais uma necessidade de voltar a ela que de abandoná-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **On balancing and subsumption. A structural comparison.** Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, pp. 433-449.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos Atípicos: sobre el abuso de derecho, el fraude de ley e la desviación del poder.** Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Sobre principios y reglas.** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991).

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética**, in: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público do RS, n. 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2003.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos. Fundamentos de um ethos de liberdade universal**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Masterguides Editor: London, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977/1978.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006), pp.151-172.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. Second Edition. New York: Clarendon Press, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: North & Co., 1999.

LAPORTA, Francisco. **El Imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

LOPES, José Reinaldo de. **Em torno da “reserva do possível”**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 171-172.

LORA, Pablo de. **Tras el rastro de la ponderación**. Revista Española de Derecho Constitucional. Ano 20. Núm. 60. Setembro-Dezembro de 2000.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 24.11.2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. STF. AGRG na STA 175. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047263785. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 18.04.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70048376131. Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Julgado em 09.05.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70047926647. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 24.05.2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035728492. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 28.07.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70040693277. Relator: Des. Francisco José Moesch. Julgado em 29.06.2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70035026517. Relatora: Desª. Matilde Chabar Maia. Julgado em 23.09.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70039093778. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em 20.10.2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70048248561. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges.