

# **O IMPONDERÁVEL DIREITO À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL A PARTIR DO MARCO TEÓRICO DE ROBERT ALEXY**

## **EL IMPONDERABLE DERECHO A LA SALUD: UNA DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL A PARTIR DEL MARCO TEÓRICO DE ROBERT ALEXY**

**Pedro da Silva Moreira<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Os tribunais brasileiros conferem ao direito à saúde uma eficácia irrestrita, incondicionada e imediata. A presunção de omissão estatal, a permitir que o Poder Judiciário seja o garante primeiro dos tratamentos médicos, somada a um vazio juízo sobre os fatos, contribui para o provimento automático dessas demandas. A hipótese deste trabalho é que a prática judicial, na medida em que efetiva o direito à saúde direta e definitivamente a partir da Constituição, nega importância e até mesmo validade às políticas públicas. Nesse contexto, começa-se este estudo pela observância às linhas decisórias predominantes nos tribunais, apresentando-se um ponto de vista crítico. Em um segundo momento, disserta-se sobre a concepção de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais, uma vez que preserva a normatividade da Constituição e o espaço de discricionariedade destinado a políticas públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde; Políticas Públicas; Jurisprudência; Ponderação; Robert Alexy

### **RESUMEN**

Los tribunales brasileños confieren al derecho a la salud una efectividad incondicionada, inmediata y sin restricciones. La presunción de omisión estatal, que hace del Poder Judicial el garante primero de los tratamientos médicos, sumada a un vacío juicio de hecho, contribuye para la tutela automática en estas demandas. La hipótesis del presente artículo es que la práctica judicial, en la medida en que efectiva el derecho a la salud de manera directa y definitiva a partir de la Constitución, niega importancia y incluso validez a las políticas públicas. Con el intento de analizar esta idea, este estudio empieza por la observancia a las líneas argumentativas predominantes en los tribunales patrios, presentándose un punto de vista crítico. En un segundo paso, se intenta disertar sobre la concepción de Robert Alexy acerca de los derechos fundamentales, ya que preserva la normatividad de la Constitución y el espacio discrecional reservado a las políticas públicas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la salud; Políticas Públicas; Jurisprudencia; Ponderación; Robert Alexy

---

<sup>1</sup> Mestrando em Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Assessor jurídico no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: psmoreira@gmail.com

## INTRODUÇÃO

As demandas de saúde têm abarrotado os tribunais brasileiros. O Conselho Nacional de Justiça, em números divulgados em 2011<sup>2</sup>, identificou mais de 240 mil processos tramitando em todo o país. O Estado do Rio Grande do Sul concentra aproximadamente 113 mil ações, mais que o dobro do segundo colocado, o Estado de São Paulo, que possui quase 45 mil. As demandas são diversificadas e, mais do que isso, descentralizadas. Em outras palavras, não se está a cuidar – na experiência brasileira – de um problema de efetivação de direitos fundamentais restrito à Corte Constitucional. A apreciação da antecipação de tutela é, normalmente, um dos primeiros atos do juiz ordinário, cuja decisão liminar sobre tratamentos singelos e complexos, desde fármacos elementares a pleitos experimentais, interfere – de pronto – nas finanças públicas.

Isso evidencia que o cenário de judicialização é crescente e dinâmico, o que dificulta a capacidade orientadora da doutrina. Na medida em que se multiplicam os pleitos judiciais, a considerar um contexto de avanços na medicina e na tecnologia, aumenta a necessidade de resposta acadêmica, o que explica o crescimento – nos últimos anos – dos trabalhos jurídicos na área do direito à saúde. De todo modo, a doutrina segue fornecendo suporte à prática judicial, sobretudo no que atine à compreensão do fenômeno: interpretação das disposições constitucionais, alcance e eficácia dos direitos fundamentais sociais, meios de garantia efetiva da tutela.

A metodologia deste trabalho é singela. Parte-se do estado atual da jurisprudência à exposição de paradigmas teóricos que poderiam orientar juízos ou ao menos servir de pré-compreensão à construção de decisões judiciais nessa seara. Não se olvida que comumente há certa segurança em apresentar o marco teórico e, posteriormente, ilustrar a problemática com uma análise jurisprudencial. Aqui faremos o oposto. A ideia é – no capítulo inicial – escancarar as linhas decisórias que compõem a postura judicial dominante em torno do direito à saúde, propondo-se uma discussão em torno das deficiências argumentativas destes posicionamentos. Ainda se intenta, na mesma seção, apreciar de modo muito breve a doutrina de alguns juristas pátrios no que se relaciona aos fundamentos decisórios criticados.

---

<sup>2</sup> 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>. Último acesso em 02.02.2013.

Estabelecido o estado geral da jurisprudência, busca-se adentrar em um marco teórico que, em nossa concepção, é o mais adequado para a apreciação de demandas de saúde. Trata-se da teoria dos direitos fundamentais, com alicerce na teoria dos princípios, de Robert Alexy. Entre uma exposição eminentemente descritiva e algumas aproximações críticas, a ideia é demonstrar (1) como a proposta de Alexy é fundamental para o entendimento da problemática envolvendo direitos prestacionais e (2) como a postura judicial dominante, até mesmo aquelas que se utilizam de alguma tática de ponderação, está distante de levar a efeito, de modo consistente, o modelo contido nas ideias de Alexy. Trata-se de uma tentativa de oferecer algum esclarecimento à questão da justiciabilidade do direito à saúde.

A inquietação que justifica esse esforço tem suporte nos já assentados e sedimentados argumentos utilizados pelos tribunais para fundamentar seus julgados. Que são equivocados já se adianta. O desafio de demonstrar esses equívocos iniciamos nas linhas seguintes.

## **1. FUNDAMENTOS DECISÓRIOS NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE: A PRÁTICA DOS TRIBUNAIS**

Diversas são as linhas argumentativas adotadas pelos tribunais para conferir ampla eficácia ao direito à saúde. No entanto, a análise de pelo menos três delas é indispensável para expor a postura judicial dominante. A presunção de omissão estatal, a soberania do laudo médico privado e a eficácia irrestrita da norma de direito fundamental contribuem para (1) efetivar judicialmente a tutela à saúde, garantindo os tratamentos postulados e (2) estabelecer um mecanismo de padronização dos julgados.

A análise recairá especialmente sobre a jurisprudência de alguns tribunais locais, com ênfase no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Estado que concentra grande parte das demandas de saúde. Para que se tenha noção da disseminação das linhas decisórias, buscaremos incluir nas notas de rodapé referências a decisões de distintas regiões, sem prejuízo – é claro – da observância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao fim do capítulo, propomos uma breve aproximação doutrinária.

### **1.1. Da presunção de omissão do Poder Público: a desnecessidade de demonstração da pretensão resistida**

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, XXXV, garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse

mandamento constitucional, sem dúvida indispensável à tutela judicial efetiva, tem constituído fundamento basilar à tese dos tribunais de que não há necessidade de comprovação da negativa administrativa (ou de qualquer omissão) para a configuração do interesse processual da parte autora<sup>3</sup>.

A ideia contida nos precedentes analisados dispensa a comprovação da pretensão resistida do Ente Público demandado para a admissibilidade do pleito judicial. Se o requerente narra a existência da enfermidade, demonstrando sua hipossuficiência e juntando uma prescrição médica a atestar a necessidade, resta configurado o seu interesse processual. Trata-se de fundamentação que empresta a mais larga amplitude à justiciabilidade do direito à saúde, na medida em que não estabelece como condição da ação sequer a demonstração da lesão a direito. Na verdade, o fundo dessa concepção repousa na ideia de presunção de omissão do Poder Público. Em outras palavras, na medida em que se reconhece que o Sistema Único de Saúde possui falhas e carências, seria dispensável exigir da parte autora a demonstração de que alguma omissão efetivamente lhe tenha atingido. Presume-se a resistência do Estado.

Para ilustrar bem o entendimento, vale reproduzir as claras palavras do Desembargador Irineu Mariani, integrante da 1ª Câmara Cível do TJ/RS<sup>4</sup>:

“Os maus antecedentes do Poder Público em relação ao dever de prestar assistência à saúde, por si só afirmam presunção de interesse processual da parte autora (CPC, art. 3º), isto é, necessidade de intervenção do Judiciário”.

---

<sup>3</sup> Trata-se de entendimento amplamente majoritário no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ver, entre outros, TJ/RS, 2ª Câmara Cível, Relator: Arno Werlang, Apelação Cível n. 70051838977, j. 19.12.2012; TJ/RS, 7ª Câmara Cível, Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, Apelação Cível n. 70052503265, j. 09/01/2013; TJ/RS, 22ª Segunda Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Apelação Cível n. 70052645322, j. 21/12/2012; TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Apelação Cível n. 70052573797, j. 20/12/2012; TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Francisco José Moesch, Agravo de Instrumento n. 70051494508, j. 12/12/2012. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo segue, de modo quase uníssono, a mesma linha. Ver TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Público, Relator: Reinaldo Miluzzi, Apelação n. 1017443-98.2011.8.26.0506, j. 31/01/2013; TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Público, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Apelação n. 0022091-53.2011.8.26.0405, j. 15.01.2013. No mesmo sentido também se verifica essa compreensão no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ver TRF-4ª Região, Quarta Turma, Relator: Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, Apelação n. 5000075-41.2011.404.7009, j. 22.01.2013. Em sentido contrário, na mesma Corte, ver TRF-4ª Região, Relator: João Pedro Gebran Neto, Apelação n. 5005791-21.2012.404.7201, j. 20/11/2012.

<sup>4</sup> TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Relator: Irineu Mariani, Agravo de Instrumento n. 70052969482, j. 23/01/2013. Ver também TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Relator: Irineu Mariani, Apelação Cível n. 70052760659, j. 20/01/2013. Nas palavras do eminente julgador: “*No entanto, há considerar questão muito peculiar da assistência à saúde, qual seja a **presunção de pretensão resistida**. Pergunto: por que será que existem filas nos Hospitais? Isso não caracteriza pretensão de assistência à saúde resistida? Morrer por falta de atendimento, seja na fila que aguarda consulta ou cirurgia, não caracteriza pretensão de assistência à saúde? E por que existem dezenas de milhares de pessoas que recorrem ao Judiciário em busca de assistência à saúde contra o Poder Público? Será que elas o fazem por mero capricho, mero prazer? Seguramente, não. É a realidade que afirma a presunção que falei antes*” (grifos do próprio julgado).

Um dos alicerces desse pensamento é a desnecessidade de esgotamento das vias administrativas para o ingresso da ação judicial, consequência do disposto no já referido artigo 5º, XXXV, da Constituição. Sem dúvida alguma, o intento é evitar que o jurisdicionado tenha que – considerada a peculiaridade do direito em questão – submeter-se a morosos entraves burocráticos que poderiam fazer perecer o próprio objeto da tutela, custando-lhe, em alguns casos, a vida. No entanto, essa postura judicial carrega alguns sérios problemas, o que a torna insubsistente.

Não se olvida que o acesso à Justiça não está atrelado ao esgotamento das vias administrativas. Está claro que, havendo lesão ou ameaça a direito, o Poder Judiciário deve apreciar a questão. Mas deve haver – efetivamente – uma situação que evidencie lesão ou ameaça a direito; ou seja, que demonstre a ocorrência de alguma ação ou omissão (neste caso, substancialmente omissão) que indique violação ao direito à saúde. Em suma, a resistência do Ente Público deve estar atestada, deve compor a narrativa dos fatos na peça exordial: seja em razão de uma negativa formal ao tratamento, de uma eventual demora na apreciação da postulação ou de uma prestação insuficiente.

O que se está a admitir nos tribunais é que o Poder Judiciário seja o garante primeiro, a via de entrada, o local para que – sem qualquer mediação administrativa – possa o cidadão postular um tratamento específico. É possível que se tenha a ideia, sensibilizadora talvez, de que apenas pessoas em estado crítico busquem o Poder Judiciário, pessoas que – presumidamente – enxergam na Justiça a última forma de garantia de sobrevivência. Todavia, a situação não é sempre assim. Cotidianamente, os tribunais apreciam pedidos muito singelos, alguns deles – inclusive – de essencialidade controversa: acupuntura<sup>5</sup>, fisioterapia, hidroterapia<sup>6</sup>, tratamentos para disfunção erétil<sup>7</sup>, entre outros.

Há uma questão ainda mais significativa, relacionada à igualdade geral e à universalização das decisões<sup>8</sup> (ALEXY, 2008a, p. 262). Quando os tribunais estabelecem que a omissão do Estado é presumida, isto é, que se pressupõe a resistência estatal, esse fundamento decisório não se restringe apenas àqueles que ingressam em juízo, mas se

---

<sup>5</sup> TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Des. Francisco José Moesch, Apelação Cível n. 70035728492, julgado em 28.07.2010.

<sup>6</sup> TJ/RS, 8ª Câmara Cível, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Apelação Cível n. 70047926647, julgado em 24.05.2012.

<sup>7</sup> TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini, Apelação Cível n. 70048376131, julgado em 09.05.2012.

<sup>8</sup> Essa é uma preocupação central de Robert Alexy. É exatamente por isso que a ponderação de princípios sempre resulta em uma regra, que pode ser universalizada; ou seja, aplicada a todos os casos que se apresentarem com as mesmas condições fáticas.

estendem a todos aqueles que dependem do Sistema Único de Saúde. Em outras palavras: por que razões haveria o cidadão de aguardar em uma fila de atendimento se pode, com muito mais eficácia, munir-se de uma decisão liminar que lhe garanta a consulta, o medicamento, a cirurgia que espera?

O que se quer explicar aqui é algo muito simples. Decisões judiciais não são decisões *ad hoc*. A solução que se aplica a um caso “x” deve ser a mesma para todos os casos que contiverem as mesmas propriedades. Há um problema de igualdade evidente entre alguém que percorre os caminhos do SUS para conseguir um medicamento específico e alguém que tem garantido o mesmo fármaco tendo recorrido exclusivamente ao Judiciário, sem demonstrar qualquer resistência do Estado.

Apenas para que a ideia reste clara, é preciso entender que os dados oficiais apontam que 150 milhões de brasileiros dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde<sup>9</sup>. Nas linhas introdutórias, verificou-se que existem aproximadamente mais de 240 mil processos sobre o tema tramitando em todo o território nacional. Dizer que se presume a omissão do Estado para esses 240 mil jurisdicionados significa que a mesma solução deveria ser aplicada aos 150 milhões<sup>10</sup>. Os tribunais presumem, em síntese, que 150 milhões de pessoas têm proteção insuficiente do SUS e que poderiam, assim, dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário para ver garantido seu direito, independentemente de qualquer organização administrativa.

Não é outra coisa que estão declarando os tribunais. Além disso, é interessante ressaltar que esse quadro denuncia um incremento das desigualdades, dos privilégios, das

---

<sup>9</sup> Dados disponíveis no sítio oficial do Governo Federal. “Segundo o Ministério da Saúde, o SUS tem 6,1 mil hospitais credenciados, 45 mil unidades de atenção primária e 30,3 mil Equipes de Saúde da Família (ESF). O sistema realiza 2,8 bilhões de procedimentos ambulatoriais anuais, 19 mil transplantes, 236 mil cirurgias cardíacas, 9,7 milhões de procedimentos de quimioterapia e radioterapia e 11 milhões de internações”. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/atendimento/sus>. Acesso em 04.02.2013

<sup>10</sup> Nesse contexto, é indispensável a provocação de José Reinaldo de Lima Lopes: “*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 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*”. LOPES, 2010, pp. 171-172.

diferenças socioeconômicas. Dados<sup>11</sup> apontam que as regiões com maior desenvolvimento econômico do país, Sul e Sudeste, concentram 85% dos processos judiciais, apesar de sua população representar 56,8% do total. Já as regiões menos prósperas, Nordeste e Norte, apesar de contarem com 36% da população brasileira, concentram apenas 7,5% das ações judiciais. A região Nordeste, com o menor Índice de Desenvolvimento Humano do país, possui um processo para cada 177.704 habitantes; o Sul, com o IDH mais elevado, possui uma ação para cada 11.902 habitantes.

Esse quadro mostra que a realidade é muito mais complexa do que a singeleza com a qual os tribunais vêm tratando a questão. A presunção de omissão estatal é insustentável e tem, sem dúvida alguma, contribuído para o quadro de judicialização excessiva que marca o dia-a-dia dos tribunais. Essa compreensão posiciona-se em uma noção equivocada sobre a eficácia dos direitos fundamentais (e isso pretendemos mostrar ao longo do trabalho), na medida em que atribui a eles uma derivação imediata e quase absoluta a partir da Constituição, como se de nada dependessem para a sua configuração.

## **1.2. A soberania do laudo médico privado e a sobrevalorização da dimensão individual do direito à saúde**

Além da presunção de omissão, que conduz a uma abertura para que o Poder Judiciário seja a via primeira para a busca de tratamentos de saúde, os tribunais têm conferido espaço excessivamente reduzido ao campo probatório nessas demandas. De modo bastante sintético, basta que a parte autora junte laudo médico particular, a comprovar a necessidade e adequação do que se postula (cirurgia, medicamento, consulta, exame, etc.), para que se proceda ao provimento do pedido, negando-se – por alegada desnecessidade – a produção de prova técnica pelo Estado ou pelos peritos judiciais.

Recorramos a um exemplo comum para ilustrar a questão. Em um determinado caso, a parte autora, com problemas de dependência química, solicita alguns medicamentos e, para tanto, junta prescrição médica particular<sup>12</sup>. No seio do processo, o Estado adverte que os fármacos postulados podem ser, sem prejuízo da saúde do autor, substituídos por outros que já constam nas listas do SUS, que já foram adquiridos por meio de procedimento licitatório e

---

<sup>11</sup> Os dados apresentados estão contidos em um estudo detalhado apresentado por Octavio L. Motta Ferraz e são baseadas em períodos entre 2007 e 2010. Ver MOTTA FERRAZ, 2011, p. 76-101. Um estudo interessante, que chega a conclusões parecidas, mas restrito ao Estado de São Paulo, pode ser encontrado em AFONSO DA SILVA e TERRAZAS, 2008.

<sup>12</sup> TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Francisco José Moesch, Apelação Cível n. 70052173911, j. 12/12/2012.

que, portanto, estão à disposição universalmente. Como prova da possibilidade de substituição, junta parecer técnico da equipe de consultores da Secretaria Estadual de Saúde. O Estado postula apenas a intimação do médico particular do autor para que se manifeste sobre o laudo juntado, mencionando se é possível ou não a substituição apontada. O juiz nega a produção de prova, amparado em jurisprudência do Tribunal de Justiça, que, por sua vez, confirma a decisão.

Trata-se de situação comum na prática dos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, tem entendimento quase uníssono de que o laudo médico apresentado junto à petição inicial é soberano e inquestionável<sup>13</sup>. Não cabe intimação do médico particular e muito menos prova pericial. Note-se que, em nosso exemplo, houve a negativa de produção de uma prova relativamente simples: exigir a manifestação do médico assistente acerca da possibilidade de substituição, uma vez que – se presente solução nas políticas públicas – necessidade alguma haveria de aquisição de fármacos específicos e eventualmente mais custosos para cobrir enfermidade já coberta pelo Sistema Único de Saúde.

O quadro representa um contexto de esvaziamento das possibilidades de defesa do Estado, de atrofiamento do discurso, do argumento, da produção probatória em um processo que versa sobre a proteção de um direito fundamental. Se o laudo médico é soberano e se nada mais há a questionar para além da prova juntada pela parte autora, que espécie de alegação poderia manejar o Estado para contestar a ação? É por isso que, não raro, verifica-se menção judicial ao suposto caráter “eminente de direito” dessas demandas, conferindo-se ínfima relevância ao juízo de fato<sup>14</sup>. Não há outra conclusão senão a de que se está a vislumbrar um modelo de provimento meramente automático.

---

<sup>13</sup> Essa linha decisória também é encontrada, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ver TJ/SP, 4ª Câmara de Direito Público, Relatora: Ana Luiza Liarte, Apelação n. 9000812-40.2011.8.26.0506, j. 28.01.2013. No mesmo sentido, vê-se tal posicionamento, a suportar inclusive julgamento antecipado da lide, no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Ver TJ/CE, 2ª Câmara Cível, Relatora: Maria Nailde Pinheiro Nogueira, Apelação n. 39623200780600551, j. 09/02/2012.

<sup>14</sup> “No que concerne à alegação de cerceamento de defesa pela não produção de prova pericial, cumpre ressaltar que o feito versa sobre matéria exclusivamente de direito, permitindo o julgamento antecipado do feito, inclusive, nos termos do art. 330, inc. I, do CPC”. TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco José Moesch, Apelação Cível n. 70038409439, j. 29.09.2010.

O Supremo Tribunal Federal já visualizou problemas de padronização excessiva das demandas de saúde e de insuficiência na instrução. Na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175<sup>15</sup>, o Ministro Gilmar Mendes argumentou no seguinte sentido:

“Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.”

Na mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 31/2010, a salientar a necessidade de instrução adequada das demandas, procedendo-se à oitiva de médicos, gestores públicos, avaliando-se a possibilidade de substituição dos fármacos, entre outras medidas. Todavia, ainda que haja alguma preocupação do STF e do CNJ, essas inclinações ainda não foram irradiadas (ou ainda muito timidamente) para os demais tribunais e juízes ordinários. Conforme já demonstrado, existe um entendimento assentado de que a presença do laudo médico particular é suficiente como prova da necessidade e adequação do fármaco, não cabendo outras reflexões fáticas.

Assim como na questão da omissão presumida, essa fundamentação tem como premissa a ideia de um direito à saúde que se materializa concreta e diretamente a partir da Constituição, a prescindir de condicionamentos e sopesamentos. O cerne dessa compreensão guarda relação com a interpretação majoritária acerca da eficácia do artigo 196 da Constituição. Passamos a examinar esse item a seguir, com o acréscimo de algumas anotações sobre o pensamento da doutrina pátria.

### **1.3. A aplicabilidade imediata, irrestrita e incondicionada do direito à saúde: entre jurisprudência e doutrina**

O art. 196 da Constituição é a norma que define com mais transparência o direito à saúde. Ela assim dispõe:

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.

Os tribunais<sup>16</sup> têm conferido a essa norma, em consideração ao parágrafo 1º do art. 5º da Constituição, aplicabilidade imediata, irrestrita e incondicionada. Que a Carta

---

<sup>15</sup> STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010.

Constitucional define que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (ainda que a imediaticidade requeira maior precisão) não se discute. Contudo, o caráter irrestrito e incondicionado dessa aplicabilidade é criação dos tribunais e os dois pilares de fundamentação expostos nos itens anteriores apenas compõem e evidenciam essa compreensão.

Nesse sentido, a fórmula para tornar o direito à saúde algo imponderável está completa. O substrato teórico-constitucional é a interpretação de que (1) as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e incondicionada e (2) de que o direito à saúde, na forma do art. 196 da Constituição Federal, é direito subjetivo individual e independente de políticas públicas. Isso conduz à adoção de dois fundamentos complementares: não há necessidade de demonstração da pretensão resistida, pois o direito é definitivamente (e veremos no capítulo segundo porque esse termo é importante) assegurado a partir da Constituição e não há necessidade de observância dos tratamentos já ofertados pela rede pública, pois as concreções legais e administrativas não podem restringir o que a Constituição já definiu como irrestrito.

O problema da universalização da fundamentação, que é essencialmente uma questão de argumentação jurídica, surge outra vez e com força ainda maior. Os tribunais ignoram as normas infraconstitucionais, que buscam regular de modo racionalizado a disponibilização de tratamentos, sob o fundamento de que a Constituição garante imediatamente ao indivíduo a prestação de saúde de que necessite. Mas esse fundamento, se levado efetivamente a sério (e acreditamos que assim devam ser encaradas as argumentações judiciais), conduziria à negação da própria existência de políticas públicas, uma vez que as políticas que envolvem prestações positivas pressupõem escolhas disjuntivas, alocações orçamentárias e uma série de preceitos organizatórios indispensáveis a um sistema público.

---

<sup>16</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem inúmeros precedentes contendo essa afirmação (“*aplicação imediata e incondicionada de dispositivo constitucional*”). Ver, entre outros, TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Apelação Cível n. 70052026465, j. 19/12/2012. TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Apelação Cível n. 70052076130, j. 19/12/2012. O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por exemplo, segue majoritariamente a mesma linha. Ver TJ/CE, 1ª Câmara Cível, Relator: Paulo Francisco Banhos Ponte, Agravo de Instrumento n. 1972640200880600000, j. 04.09.2012. Esse precedente resta ementado com a expressão “*garantia irrestrita*” do direito à saúde. Ver também TJ/CE, 3ª Câmara Cível, Relator: Washington Luís Bezerra de Araújo, j. 27.06.2012. Ainda na mesma linha, ressalta-se a posição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ver TRF-1ª Região, Sexta Turma, Relator: José Amílcar Machado, Apelação n. 0050561-96.2010.4.01.3400/DF, j. 21/01/2013. Ver TRF-1ª Região, Sexta Turma, Relator: Jirair Aram Meguerian, Apelação n. 0005493-78.2010.4.01.3803/MG, j. 17/12/2012. Nos julgados do TRF-1ª Região encontra-se, repetidamente, referências à impossibilidade de sobreposição de interesses políticos e/ou matérias, em qualquer hipótese, à garantia do direito à saúde.

Quando tribunais declaram que a Constituição estabelece uma eficácia imediata e incondicionada a um determinado direito, estão dizendo (sem dizer), na verdade, que qualquer ato infraconstitucional que restrinja ou limite o alcance disso é, ao fim, inconstitucional. Ignoram os tribunais, todavia, a própria Constituição, na medida em que o artigo 196 não se limita a garantir o direito, mas a garanti-lo “*mediante políticas sociais e econômicas*”. A mesma Carta (art. 198), ademais, estabelece a criação de um sistema único, regionalizado e hierarquizado, havendo, por isso, extensa regulação infraconstitucional, com especial destaque para a Lei n. 8.080/1990.

Nesse contexto, uma fundamentação jurídica consequente, que adote a premissa de que a Constituição “disse tudo” em matéria de direitos fundamentais sociais, conferindo a cada cidadão direitos imediatos, incondicionados e definitivos, deveria (1) enfrentar a questão da própria organização do Sistema Único de Saúde (negada na apreciação casuística) e (2) reclamar incidência também aos demais direitos prestacionais: não seria também definitivo o direito à moradia, por exemplo?

O caráter irrestrito do direito à saúde, conforme já se observou, assenta-se na noção de que a Constituição confere-lhe um atributo definitivo. Essa compreensão parece ter raízes em determinadas posturas doutrinárias, ainda que em nenhuma delas (ao menos nas que se passa a expor) se verifique explícito suporte a uma “absolutização” de direitos fundamentais. Luis Roberto Barroso, por exemplo, demonstra certa simpatia com o que ele chama de ativismo judicial para a garantia do direito fundamental à saúde. Para ele, o ativismo teria vindo em “*boa hora*” (2009, p.107), o que leva o autor a servir de suporte à fundamentação de algumas das posições judiciais ora criticadas<sup>17</sup>. No entanto, em outros trabalhos (BARROSO, 2007), ele mostra preocupação com a definição de critérios para a atuação judicial, adotando – como marco teórico – noções oriundas da teoria dos princípios e da doutrina da ponderação.

José Afonso da Silva, por seu turno, contribui para a sistematização estrutural das normas constitucionais, sobretudo no que diz respeito à eficácia. Mas diz muito pouco acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Adverte, na verdade, que não se pode conferir aos direitos sociais caráter programático que signifique ausência de normatividade (2012, p. 151); ou seja, tais direitos criam situações jurídicas subjetivas, ainda que detenham

---

<sup>17</sup> Barroso ilustra a tese da efetivação do direito à saúde pelos tribunais, que ele – explicitamente – vê com bons olhos, utilizando julgados em que se confere um caráter secundário às questões financeiras em geral, relativas ao orçamento. O problema é que esse aspecto secundário não é definido após a avaliação das circunstâncias do caso, mas antes. BARROSO, 2009, pp. 105-106.

aspectos programáticos em essência. Esse ponto aproxima o autor da prática judicial analisada.

Todavia, essa aproximação não é substancial. Para que essas linhas decisórias tivessem amparo em sua obra, o direito à saúde teria que ser classificado como norma de eficácia plena, cujos efeitos se materializam com suficiência e exaustão a partir da Constituição. Contudo, José Afonso da Silva não concebe os direitos prestacionais como normas de eficácia plena. O autor parece enquadrar o direito à saúde em uma categoria diversa, cuja eficácia nem é plena e cuja programaticidade não compõe a sua essência, mas sim a dimensão subjetiva do direito<sup>18</sup>.

Por fim, cumpre mencionar a posição de Ingo Sarlet (2009, p. 346). Esse autor faz menção às limitações fáticas (reserva do possível), à necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade, além de diversos aspectos que o aproximam de uma doutrina que não compreende o direito à saúde como irrestrito, incondicionado e imediato. Essa doutrina tem referência teórica em Robert Alexy e sobre ela trataremos no capítulo seguinte. O que interessa ressaltar sobre a postura de Ingo Sarlet é que, apesar dessa aproximação com Alexy, ele estabelece inúmeras conexões com o posicionamento judicial aqui criticado.

Em um argumento sensibilizador, Sarlet assevera que a negativa aos serviços de saúde equivale, no fundo, “à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo (...)” (2009, p. 325). Na sequência, Sarlet sustenta, para evitar o quadro que ele desenha, a efetividade do direito à saúde como produto direto da norma constitucional:

“O reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”. (2009, p. 325)

Essa breve interlocução com alguns dos principais pensadores brasileiros sobre o tema tem como objetivo apenas demonstrar as relações entre a prática jurisprudencial e o estado da doutrina. O que se nota, em linhas gerais, é que os autores têm clareza quanto à justiciabilidade do direito à saúde, ressaltando o seu aspecto subjetivo e afastando um viés

---

<sup>18</sup>. Nas palavras do autor: “Não incluímos aqui (normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social) nem o direito à saúde (art. 196) nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito” (2012, p. 147).

meramente programático. No entanto, não há precisão sobre a maneira como esse direito deve ser aplicado (se por derivação imediata e irrestrita a partir da Constituição, se por meio de um sopesamento diante das circunstâncias, etc.).

Ademais, as referências ao sopesamento refletem uma reprodução do pensamento de Alexy como paradigma teórico, mas sem explorar a sua funcionalidade e operacionalidade. Diante da imprecisão e da insuficiente capacidade orientadora da doutrina<sup>19</sup>, tem restado à jurisprudência a opção singela do incondicionado, da aplicação de um direito fundamental praticamente por subsunção<sup>20</sup>, o que torna rígida e inflexível a discussão em torno da eficácia do direito fundamental à saúde.

## **2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A EFICÁCIA NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE**

A pretensão deste capítulo é singela. Trata-se apenas de estabelecer alguns pontos essenciais que, na concepção ora defendida, deveriam servir de paradigmas para a formação da pré-compreensão do julgador ao enfrentar casos envolvendo o direito à saúde. Já oferecemos razões, nas linhas que expuseram o estado da jurisprudência, para que se observe de modo crítico os julgados majoritários sobre a matéria.

A teoria dos princípios de Robert Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes. O próprio Alexy adverte que as precisões em torno dos direitos que, em definitivo, os indivíduos possuam é tarefa da dogmática de cada direito prestacional (ALEXY, 2008b, p.512). No entanto, trata-se – em nossa concepção – da teoria mais bem elaborada para o enfrentamento de problemas envolvendo os direitos sociais. Ela permite a coexistência entre a garantia de justiciabilidade do direito, negando, portanto, qualquer tentativa de despir de normatividade a Constituição<sup>21</sup>, e a proteção da discricionariedade para

---

<sup>19</sup> Ressalva, entre os autores aqui mencionados (Barroso, José Afonso da Silva e Sarlet), deve ser feita a algumas preocupações de Luís Roberto Barroso com a efetiva judicialização, contexto no qual ele apresenta posições mais claras e críticas à “imponderabilidade” do direito à saúde. Ver BARROSO. 2007.

<sup>20</sup> Ver, nesse sentido, LARENZ, 2001, p. 267. Sobre as diferenças entre subsunção e ponderação, ver – essencialmente – ALEXY, 2003, pp. 433-449.

<sup>21</sup> Um aspecto muito importante da obra de Alexy é que ele constrói uma estrutura semelhante tanto para os direitos a ações positivas (normalmente denominados “direitos sociais”) quanto para os direitos a ações negativas (normalmente denominados “direitos individuais”). Ambos constituiriam direitos a algo em face do Estado. O que é distinto, em síntese, é fundamentalmente o objeto do direito (de um lado, se pode exigir uma ação positiva fática ou normativa; de outro, a não-afetação de características e situações, o não-embaraço de ações, a não-eliminação de posições jurídicas). Isso significa que tanto direitos individuais como direitos prestacionais têm a garantia de justiciabilidade. ALEXY, 2008b, p. 203.

a escolha de meios<sup>22</sup>; ou seja, ela considera políticas públicas e não ignora um cenário de escassez de recursos.

Nesse sentido, propõe-se neste capítulo a descrição de alguns aspectos essenciais na teoria de Alexy: (1) a distinção entre regras e princípios, com o acréscimo da noção de direito *prima facie* e direito definitivo; (2) a técnica da ponderação como método de resolução de casos envolvendo o direito à saúde. Por fim, apreciaremos a funcionalidade dessa doutrina em nosso ordenamento, propondo algumas interpretações que facilitarão a sua adoção de modo consequente.

## **2.1. A distinção entre regras e princípios: da importância de não tratar o direito à saúde como regra**

A distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008b, p. 85). Regras são mandamentos definitivos. Princípios, por sua vez, são classificados como mandamentos de otimização<sup>23</sup>; ou, para utilizar um ajuste realizado por Alexy em sua terminologia, princípios são mandamentos para serem otimizados<sup>24</sup>. No posfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy deixa claro que sua tese central “*é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização*” (2008b, p. 575).

As regras não possuem a característica da otimização. Elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno: “*são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas*” (ALEXY, 2008b, p. 91). As propriedades relevantes para a aplicação da regra, supõe-se, já estão definidas *ex ante*, ainda que seja necessário interpretar os enunciados. Uma norma que defina 15 dias como prazo para a interposição de um recurso não pode ser cumprida de modo otimizado: ou ela é cumprida totalmente ou não é cumprida. O mesmo não se pode dizer das normas que definem direitos fundamentais – sejam eles individuais ou sociais. Estas, por

---

<sup>22</sup> “*Se o dador de leis deve perseguir um objetivo e vários meios idôneos, por exemplo, em geral igualmente bons, estão à disposição, ele, fundamentalmente, tem a liberdade de escolha dos meios. Problemas nascem, todavia, quando os meios que estão à disposição repercutem negativamente, em medida diferente, sobre outros objetivos ou princípios*”. ALEXY, 2007, p. 80.

<sup>23</sup> A já conhecida definição de Alexy conceitua os princípios como “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”. ALEXY, 2008b, p. 90.

<sup>24</sup> Nas palavras do autor: “*Principles, therefore, as the subject matter of balancing are not optimization commands but rather commands to be optimized*”. ALEXY, 2000, p. 300.

vezes, restringem-se mutuamente e a definição de sua condição de aplicação depende de uma situação de colisão.

Em casos que envolvem a aplicação singela de regras, como a de prazos processuais, há de se observar simplesmente se a situação fática (momento de interposição do recuso) encaixa-se no mandamento definitivo (o prazo de 15 dias). Mesmo em situações de “textura aberta” (HART, 1994, p. 126), como o famoso exemplo da norma que proíbe a entrada de veículos no parque, ainda que o intérprete precise definir o que representa a palavra veículo, está-se diante de um mandamento definitivo, que exige um cumprimento pleno: uma vez definido o significado, aplica-se a norma por subsunção, sem gradações. Com o direito à saúde a situação é distinta. O juiz, ao aplicá-lo, deve considerar outros princípios relevantes para o caso, que incidem em sentido contrário. Há, na teoria de Alexy, um dever de consideração à competência orçamentária do legislador, à reserva do possível, à separação de poderes, entre outros.

O raciocínio é o mesmo para os direitos e garantias individuais. A liberdade de expressão é um direito, mas o seu exercício – muitas vezes – pode representar a restrição de outros direitos fundamentais, sobretudo os direitos de personalidade. Por isso, quando implicam custos a outros princípios, o método de resolução é a ponderação. Os direitos sociais também não possuem a estrutura de regras e, por isso, requerem sempre uma decisão à luz das circunstâncias, uma decisão que tenha como premissa uma situação de colisão.

Essa distinção conduz à outra distinção: princípios têm caráter *prima facie* e regras têm caráter definitivo (ALEXY, 2008b, pp. 103-106). Isso é essencial para contrapor a ideia – escancarada na jurisprudência pátria – de que o direito à saúde é diretamente dedutível da Constituição, sem a necessidade de consideração alguma a circunstâncias fáticas, à limitação de outros princípios. Princípios apenas possuem caráter definitivo após um processo de ponderação. Veremos no item a seguir que o resultado da ponderação é a obtenção de uma regra; ou seja, no fundo, a definitividade dos princípios apenas é alcançada na dimensão da regra. As regras, por sua vez, têm uma pretensão de definitividade como atributo estrutural e apenas podem perdê-lo quando princípios atuam para abrir exceções<sup>25</sup>.

Se adotarmos essa distinção entre princípios e regras, teremos que aceitar que algumas normas têm caráter *prima facie* e outras têm caráter definitivo. Uma tentativa de

---

<sup>25</sup> Essa análise tem base principal na nota de rodapé n. 24 do Capítulo 3 da Teoria dos Direitos Fundamentais, além de algumas observações feitas na página 105 da mesma obra. ALEXY, 2008b, p. 90 e p. 105.

conferir definitividade própria aos princípios nos parece insustentável. Isso porque os princípios não contêm, de antemão, as propriedades necessárias à sua aplicação ao caso. Em outras palavras, princípios não são dedutíveis, não há silogismo quando se está a falar de liberdade de expressão, direito à moradia, direito à honra, igualdade, direito à saúde; ou, pelo menos, não há silogismo antes da ponderação.

Uma teoria que defendesse (e não conhecemos uma que defenda, embora a jurisprudência pareça comportar-se dessa maneira) um caráter de regra jurídica ao direito à saúde teria que (1) abandonar a distinção entre princípios e regras aqui exposta e (2) justificar a razão pela qual entende que os direitos fundamentais possuem caráter definitivo, exigindo cumprimento pleno e independente das circunstâncias e da interação com outros princípios. Tratar-se-ia de uma empreitada complicada, na medida em que haveria a necessidade de fundamentar esse caráter definitivo e dedutível para todos os direitos fundamentais, ou estabelecer distinções dogmáticas entre eles que permitissem diferenciá-los com precisão.

Para o caso dos direitos sociais, que exigem escolhas disjuntivas e alocação de recursos escassos<sup>26</sup>, a defesa da dedutibilidade direta é ainda mais complicada, pois teria que negar não apenas esses aspectos de impacto orçamentário, mas a própria definição de competências prevista na Constituição. A exigibilidade direta e individual, sem consideração a outros princípios, implicaria a necessidade de argumentar contra a própria noção de política pública, a menos que se passasse a conceber o termo “política pública” como algo destinado a cobrir toda e qualquer situação individualizada. Em suma, uma defesa da dedutibilidade direta teria que esvaziar a discricionariedade do legislador para a escolha de meios.

Diante do aspecto insustentável dessa posição, há boas razões para adotar a distinção entre princípios e regras e, nesse sentido, há boas razões para estudar o mecanismo da ponderação.

## **2.2. Ponderação de princípios: breve descrição do mecanismo na seara dos direitos sociais**

*“A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios”*<sup>27</sup>. Com essa frase, Alexy contextualiza o uso da proporcionalidade como técnica para a aferição da afetação entre princípios colidentes.

---

<sup>26</sup> Nesse sentido, ver AMARAL, 2010. Ver também HOLMES e SUNSTEIN, 1999.

<sup>27</sup> *“Principle theory implies the principle of proportionality and the principle of proportionality implies principle theory”*. ALEXY, 2000, p. 297.

Isso porque uma decisão sobre princípios não se configura em abstrato, uma vez que se concebe uma ordenação flexível de princípios, sem a rigidez de um catálogo hierarquizado e dado *a priori* (ALEXY, 2008b, pp. 162-163).

O uso da proporcionalidade justifica-se justamente por sua dependência em relação às circunstâncias fáticas, a intensidades de intervenção entre princípios. Quando um princípio “P<sub>1</sub>” colide com um princípio “P<sub>2</sub>”, a prevalência entre ambos define-se a partir das condições concretas “C”<sup>28</sup>. Dadas circunstâncias distintas, essa relação de prevalência pode ser alterada e a solução normativa termina por ser prescrita de maneira diversa.

Se pensarmos em um exemplo referente ao direito prestacional ora apreciado, “P<sub>1</sub>” seria a proteção do direito à saúde de um determinado indivíduo; “P<sub>2</sub>”, por sua vez, seria a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível, isto é, princípios que – dentro de uma dimensão coletiva do direito – limitam a consecução da proteção à saúde do demandante<sup>29</sup>. As circunstâncias fáticas definem a prevalência de “P<sub>1</sub>” ou de “P<sub>2</sub>”. Se supusermos uma circunstância “C” em que se esteja diante, por exemplo, de um pedido de cirurgia emergencial, que não afete substancialmente os interesses em sentido contrário, um argumento poderia ser levantado para fazer prevalecer o direito subjetivo de proteção à saúde. Mas se a circunstância fática se altera (“C<sub>1</sub>”) e se está diante de um pedido de tratamento experimental e de alto custo, um argumento racional poderia ser suscitado para fazer prevalecer “P<sub>2</sub>”.

Desse esquema ponderativo, sempre surge uma regra, que poderia ser enunciada da seguinte maneira (para as duas situações expostas): nas condições “C”, “P<sub>1</sub>” prevalece em relação a “P<sub>2</sub>”; nas condições “C<sub>1</sub>”, “P<sub>2</sub>” prevalece em relação a “P<sub>1</sub>”. Essa regra, obtida a partir do sopesamento, deverá ser aplicada sempre que as mesmas circunstâncias fáticas se apresentarem, o que satisfaz exigências de universalidade. No momento em que a dimensão dos princípios, após a ponderação, passa ao âmbito das regras, o direito *prima facie* converte-

---

<sup>28</sup> Alexy fala em relação de precedência concreta ou relativa, utilizando a seguinte representação para as duas possibilidades de decisão nesse processo de colisão: (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>) C; (P<sub>2</sub> P P<sub>1</sub>) C. “C” simboliza as condições de precedência entre P<sub>1</sub> e P<sub>2</sub>. ALEXY, 2008b, p. 97

<sup>29</sup> Nas palavras de Alexy: “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” (2008b, pp. 511-512).

se em direito definitivo e a regra<sup>30</sup> pode sofrer o processo de subsunção (ALEXY, 2010, p. 11).

Essa descrição é importante porque ela demonstra que a decisão depende da construção de um juízo sobre os fatos e, por conseguinte, depende de uma instrução probatória suficiente. Se a relação de prevalência entre princípios é condicionada, se ela se submete às propriedades singulares de cada caso, não há como estabelecer uma decisão fundada nos argumentos criticados no capítulo primeiro, cujo alicerce baseia-se na ideia de aplicação incondicionada do direito. A incidência incondicionada de um direito fundamental (entre eles, do direito à saúde) é justamente a antípoda da teoria de Robert Alexy.

Isso fica ainda mais evidente quando se passa a observar os passos da proporcionalidade. Cumpre assentar que a proporcionalidade divide-se em três passos parciais. O primeiro corresponde ao juízo de adequação ou idoneidade, quando é indispensável verificar se a adoção do meio “M” efetivamente realiza o princípio “P”; se, para tanto, é adequado. Ultrapassada essa etapa, afere-se a necessidade, de modo a que se proceda à escolha do meio menos custoso para a realização de “P”. Se, ao fim, deixar-se o âmbito das possibilidades fáticas<sup>31</sup> sem que seja possível evitar encargos a outros princípios, chega-se ao âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde às possibilidades jurídicas. Aqui reside a ponderação e as colisões entre princípios localizam-se nesta etapa (ALEXY, 2007, pp. 110-111).

Quando se diz que o direito à saúde colide com a competência orçamentária do legislador e com outros princípios e interesses que atuam em sentido contrário, está-se na terceira etapa do princípio da proporcionalidade, na seara da ponderação, que é identicamente representada no que Alexy chama de lei do sopesamento: “*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*” (2008b, p. 167). Essa lei é decomposta, ademais, em três momentos parciais: (1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro (ALEXY, 2007, p. 133). Robert Alexy ainda elabora uma escala triádica para fins de

---

<sup>30</sup> Trata-se da norma de direito fundamental atribuída. ALEXY, 2008b, p. 69.

<sup>31</sup> “*Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimalidad de Pareto*”. ALEXY, 2009, p. 83.

caracterização das intensidades de intervenção e dos graus de importância de realização dos princípios em conflito.

Para o objetivo deste trabalho, os juízos requisitados pela lei do sopesamento já são suficientes para demonstrar as exigências argumentativas destinadas a resolver situações de colisão. Alexy (2003, p. 440) ainda constrói uma fórmula matemática (fórmula peso) que contém três variáveis (intensidades de intervenção, pesos abstratos e segurança das suposições empíricas) que permitem chegar a um resultado sobre as relações de peso entre os princípios colidentes. Esse esquema conduz o autor a sustentar que o método da ponderação segue as regras da aritmética<sup>32</sup>. Isso, em nossa modesta opinião, confere uma aparência de objetividade que a técnica da ponderação, em efetivo, não garante<sup>33</sup>.

Essa limitação é expressamente reconhecida pelo próprio Alexy quando ele adverte que a diferença entre subsunção e ponderação, na medida em que esta seguiria regras da aritmética e aquela as regras da lógica, não deve ser superestimada. A contribuição mais efetiva da doutrina da ponderação é, nessa linha, a exposição do que deve ser fundamentado quando direitos fundamentais colidem. Para utilizar as palavras do próprio autor, “*as reais premissas da fórmula do peso não são números, mas juízos acerca de graus de interferência, importância de pesos abstratos e graus de confiança*” (2003, p. 448).

A necessidade de fundamentar a partir de juízos de interferência entre princípios conduz, pelo menos, a três conseqüências para nossa análise: (1) garante a justiciabilidade do direito fundamental à saúde; (2) evita que se construam decisões baseadas em juízos incondicionados e dados *a priori*; (3) requer a formação de um processo probatório que permita a construção de argumentos consistentes para a aferição dos passos da lei do sopesamento.

### **2.3. A efetivação do direito à saúde e as aparentes ponderações na prática judicial**

Há, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, julgado paradigmático acerca da efetivação do direito à saúde. A fundamentação articulada neste precedente irradiou-se pelos demais tribunais e, a partir dela, criou-se o estado judicial de ampla garantia do direito à

---

<sup>32</sup> “*The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic*”. ALEXY, 2003, p. 448.

<sup>33</sup> Ver, nesse sentido, JESTAEDT, 2012, p. 163. Nas palavras do autor: “*The doctrine of balancing holds out the promise of a degree of certainty and precision in application which it is quite unable to keep. The weight formula expresses the ideal of a precise, one might say mathematically precise, science, at least in its external form*”.

saúde. Por vezes, confere-se a tal fundamentação o atributo do sopesamento; ou seja, teria o STF efetuado uma ponderação e, como resultado, decidido pela prevalência do direito à saúde.

Por ora, as nuances do caso não são relevantes. Apenas a argumentação, com aparente estrutura de colisão entre princípios, é suficiente para nosso objeto. Seguem, pois, as palavras do Ministro Celso de Mello, relator da referida ação<sup>34</sup>:

Entre proteger a **inviolabilidade do direito à vida e à saúde**, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um **interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (grifos nossos)

Nota-se que houve, de fato, a montagem de uma estrutura de conflito: de um lado, a inviolabilidade do direito à vida e à saúde; de outro, um interesse financeiro e secundário do Estado. Paulo Gilberto Cogo Leivas, em detalhado estudo sobre a estrutura dos direitos fundamentais sociais, e com amparo em Alexy, extrai duas conclusões do precedente acima transcrito: “(1) a existência de um direito subjetivo público à saúde; (2) no caso de uma colisão entre princípios, o direito fundamental à saúde prevalece sobre a competência orçamentária do legislador” (2006, p. 118).

Embora compartilhemos do marco teórico trabalhado por Leivas no que atine à estrutura dos direitos sociais, permitimo-nos esboçar uma discordância em relação a sua interpretação sobre a decisão do STF. Ressalte-se que a interpretação que se faz de julgados não é algo marginal dentro de uma teoria. A utilização de uma determinada fundamentação para ilustrar a aplicabilidade de um esquema teórico é fator indispensável para que lições doutrinárias sejam consistentes e possuam capacidade orientadora.

Em nossa concepção, quando se estabelece um conflito entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde e um interesse financeiro e secundário do Estado, não se está – verdadeiramente – a configurar uma colisão; pelo menos não uma colisão no sentido de Alexy. É que nesse precedente o Supremo Tribunal Federal construiu um conflito rígido,

---

<sup>34</sup> STF, 2ª Turma, AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000

estático, como se – sempre e inarredavelmente – o direito à saúde tivesse que prevalecer<sup>35</sup>. Uma leitura dessa fundamentação, à luz da obra de Alexy, teria que ter como premissa uma ordenação flexível de princípios, não hierarquizada de antemão, como neste escrito já se salientou.

Ademais, Leivas parece identificar no termo “interesse financeiro e secundário do Estado” o princípio da “competência orçamentária do legislador” de que trata Alexy. No entanto, nada há de secundário na competência orçamentária do legislador. Se a ela for atribuída a pecha do “secundário”, já não se está diante de uma colisão decidida no âmago das circunstâncias do caso, de uma prevalência condicionada; estar-se-ia, na verdade, na esfera de uma hierarquia abstrata (como se as variáveis alexyanas se esvaíssem e restasse apenas o “peso abstrato”). Se o interesse financeiro do Estado é, por definição, secundário diante do direito à saúde, este apenas pode ser aplicado – de acordo com esse raciocínio – de modo incondicionado.

Nesse sentido, é possível afirmar que o mencionado precedente não pode ser exemplificado como um modelo de colisão de princípios fundado na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Já salientamos que o esquema de Alexy garante a justiciabilidade do direito à saúde, mas – do mesmo modo – respeita a discricionariedade do legislador para a eleição de meios. Isso significa, portanto, que o direito à saúde depende de meios para a sua efetivação, o que evidencia o seu caráter político-social, isto é, dependente da instauração de uma política pública idônea<sup>36</sup>. Se isto é assim, essa teoria refuta um direito à saúde diretamente dedutível da Constituição, pois isso equivaleria justamente a desconsiderar a competência do legislador para a adoção de meios (que, por definição, envolvem escolhas disjuntivas<sup>37</sup>).

---

<sup>35</sup> Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal tem ventilado decisões em sentido mais flexível, que se coadunam à noção de ponderação. Ver STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010.

<sup>36</sup> Vale recordar a distinção que Dworkin realiza entre princípios e políticas (policies). Para ele, apenas os princípios (que, para ele, são direitos individuais) constituem efetivamente direitos subjetivos. Os direitos prestacionais apenas seriam políticas, diretrizes. Ainda que essa distinção não seja adequada ao caso brasileiro, que confere o caráter de direito fundamental tanto a direitos individuais como a prestacionais, mostra-se interessante o realce ao caráter de “política” (com dependência de meios, etc.) de um direito a prestações positivas. Ver DWORKIN, 1977/1978, p. 22. Sobre a classificação dos direitos sociais como diretrizes, ver ATIEZA e RUIZ MANERO, 1991, pp. 109-110.

<sup>37</sup> “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, pp. 170-171.

Além disso, se efetivamente se busca levar a sério a política pública (os meios), é preciso verificar, em cada demanda, se a competência para a eleição de meios satisfaz, de modo suficiente, a necessidade do requerente. Em outras palavras, na existência de um meio já escolhido, capaz de tratar determinada doença, não há como fazer prevalecer o pleito individual. Essa ideia fulmina a tese judicial, criticada no primeiro capítulo, de que apenas o laudo médico privado basta como prova apta a autorizar o deferimento de um pedido na área da saúde. É preciso verificar se, para aquela doença específica, o Poder Público já elegeu um meio capaz de saná-la satisfatoriamente. Ora, para tanto, é necessário instruir a demanda sob um viés essencial: aferir se a política pública contempla o tratamento postulado, se ela é adequada ou inadequada para a resolução da situação individual.

Nesse contexto, o que se termina por fazer, ao fim, é um controle judicial em relação à política pública. Se “A” postula um medicamento “x”, que não está previsto na política de saúde, a ponderação consiste em analisar a relação de proporcionalidade entre a competência para a eleição de meios e o direito à saúde em dimensão individual. O importante é averiguar se há razões que justifiquem a ausência de determinado fármaco da política pública (tendo em vista o alto custo, por exemplo). Na esfera do direito à saúde, e a considerar a teoria dos princípios de Alexy, uma ponderação apenas pode ser consistente se tiver em conta o que a Administração disponibiliza universalmente.

Uma consequência disso seria o incentivo à atuação dos órgãos legitimados para o ajuizamento de ações que visem à inclusão de determinado fármaco, cirurgia ou tratamento na política de saúde. Trata-se de compreender o problema em seu aspecto coletivo. Ponderações nesse sentido seriam muito mais consistentes, na medida em que seria possível aferir – com mais precisão – o grau de afetação que a escolha de determinado meio causaria no orçamento. No entanto, tribunais têm negado a própria possibilidade desse controle judicial. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, chega-se a constatar surpreendente argumento:

“Não pode o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do exame estrito da legalidade e da legitimidade, pena de imiscuir-se indevidamente em terreno reservado à Administração. Falta aos Juízes, porque situados fora do processo político-administrativo, a capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais mormente quando, a mais das vezes, se não sempre,

dependente de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos”<sup>38</sup>.

O fundamento lançado no precedente acima apenas demonstra que se está muito distante de um enfrentamento racional no que atine a decisões judiciais sobre direitos prestacionais. O mesmo órgão julgador que nega um pedido de dimensão coletiva na área da saúde adota as linhas decisórias esboçadas no capítulo primeiro deste artigo. Ignora-se, nesse sentido, que o objeto das ações individuais também guarda relação com escolhas públicas, preferencial e primordialmente reservadas à competência do legislador e da Administração. Trata-se não apenas da consolidação da dedutibilidade direta e incondicionada do direito à saúde a partir da Constituição, mas da sua restrição a situações individualizadas, negando-se a dimensão coletiva do direito prestacional.

## CONCLUSÃO

O direito à saúde é corolário indissociável do princípio da dignidade humana e do direito à vida. Constitui, efetivamente, um elemento de garantia indispensável em Estados Sociais. A Constituição da República Federativa do Brasil conferiu-lhe *status* privilegiado. Não se pode mais falar na saúde como meta, diretriz, programa, objetivo, intenção. A saúde é um direito e, do ponto de vista constitucional, são – pelo menos – os artigos 196, 6º e 5º, §1º que garantem a sua normatividade e, portanto, a sua justiciabilidade.

Os tribunais, todavia, têm conferido eficácia extremamente ampla a esse direito. Essa eficácia irrestrita, imediata e incondicionada, no entanto, apenas relaciona-se à dimensão individual do direito à saúde, quando se ingressa em juízo para a resolução de situação restrita e particularizada. Controles objetivos em torno de políticas públicas universais são incipientes e, mais ainda, enfrentam a resistência dos próprios tribunais, que têm enxergado a saúde não apenas como um direito meramente individual, mas também como norma da espécie regra, cuja ponderação à luz das circunstâncias é dispensável.

Fizemos um esforço para descrever um marco teórico capaz de dar conta dos problemas de garantia do direito à saúde. A teoria dos princípios de Robert Alexy, base para a sua teoria dos direitos fundamentais, não apenas preserva a justiciabilidade do direito, como oferece um modelo interessante para que seja possível aferir as relações de proporcionalidade entre direitos fundamentais. O método da ponderação, se traduzido em efetivo controle de

---

<sup>38</sup> TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Agravo de Instrumento n. 70039302781, j. 23.02.2011. Note-se que o mesmo Tribunal, e especificamente a mesma Câmara, estão presentes nas referências que fizemos das linhas decisórias no capítulo primeiro.

políticas públicas e se trabalhado em uma ótica que respeite – assim como ressalta Alexy – a competência orçamentária do legislador para a adoção de meios, pode constituir um instrumento útil para a tomada de decisões nessa esfera.

No entanto, a prática judicial ou tem tratado a norma do direito à saúde como irrestrita, incondicionada e ilimitada ou, o que em pouco difere, tem apenas efetuado sopesamentos aparentes, cuja relação de prevalência não é condicionada, mas rígida e estabelecida *a priori*. Essa postura judicial tem levado à construção de um cenário de padronização de julgados, de provimento automático de demandas judiciais.

Os dados apresentados nas primeiras páginas deste escrito revelam que, no âmago da dimensão social desse direito prestacional, as consequências refletem mais uma produção de desigualdade que, de fato, a efetivação de um estado de coisas que visa à igualdade geral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio e TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded**. Law and Social Inquiry, Forthcoming, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1133620> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1133620>.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

\_\_\_\_\_. **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.

\_\_\_\_\_. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, pp. 294-304.

\_\_\_\_\_. **On balancing and subsumption. A structural comparison**. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003.

\_\_\_\_\_. **Los principales elementos de mi filosofía del derecho**. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009)

\_\_\_\_\_. **Two or Three?** In: On the nature of legal principles. Edited by Martin Borowski. Stuttgart: Nomos, 2010.

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

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Interesse Público. Velo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

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

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

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.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. **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.

MOTTA FERRAZ, Octavio L. Brazil, Health Inequalities, Rights and Courts. In: **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

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