ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A OBRIGAÇÃO ESTATAL DE PRESTAÇÃO DO "TRATAMENTO ADEQUADO" E O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DA TUTELA À SAÚDE

THE STATE'S OBLIGATION TO PROVIDE THE "APROPRIATE TREATMENT" AND THE PRINCIPIOLOGIC NATURE OF THE PROTECTION OF HEALTH

Jair Soares Júnior*

RESUMO: Partindo dos contornos constitucionais do direito à saúde e de seu enquadramento na clássica divisão doutrinária dos direitos fundamentais, há o enquadramento desse direito subjetivo na doutrina da teoria dos princípios constitucionais, analisando as principais contribuições trazidas por autores nacionais e estrangeiros como Paulo Bonavides, Humberto Ávila, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros. Após a adequação do direito à saúde como *mandamento de otimização*, aborda-se a atual jurisprudência brasileira acerca do tratamento adequado da tutela à saúde, indicando-se como critério de sopesamento/ponderação a proibição da proteção insuficiente desse direito fundamental social, superando-se, para tal desiderato, o dogma da separação dos poderes realizado de forma acrítica e incondicionada.
Palavras-chave: Saúde. Princípio. Obrigação.

ABSTRACT: Starting with the contours of the constitutional right to health and to its framework on the classic doctrinaire division of the fundamental rights, there is the framework of this subjective right in the doctrine of the constitutional principles' theory, analyzing the main contributions brought by national and foreign authors as Paulo Bonavides, Ronald Dworkin and Robert Alexy, among others. After the adequacy of the right to healthcare as well as *command of optimization*, the current Brazilian law about the appropriate treatment of the health's protection is approached, indicating as criteria of balancing the prohibition of insufficient protection of this fundamental social right, overcoming, for this end, the dogma of the separation of powers in an uncritical and unconditional way.
Keywords: Health. Principle. Obligation.

* Mestrando em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Direito das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB – Mato Grosso e em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco – Unicastelo – Rio de Janeiro. Defensor Público Federal de Primeira Categoria, em Brasília – DF e Membro da Câmara de Coordenação de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da Defensoria Pública da União. Brasília – Distrito Federal – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O art. 196 da Constituição da República assegura o acesso *universal e igualitário* às ações e serviços que garantam a promoção, proteção e *recuperação* da saúde, sendo do Estado o *dever* de promover políticas públicas destinadas a dar efetividade a esses preceitos constitucionais.

Como se pode depreender do texto constitucional, não se trata, o direito à saúde, de mera descrição programática de direitos subjetivos que podem – ou não – ser atendidos pelo poder público a depender da disponibilização de recursos financeiros.

Ao contrário, a Constituição da República traz exigências de prestações positivas por parte do poder público para que seja assegurado, de forma universal, o acesso, inclusive, à recuperação da saúde.

Contudo, embora haja certo consenso sobre o caráter normativo-imperativo do comando constitucional assegurador do direito à saúde, ainda há divergências sobre a classificação do conteúdo dessa norma entre regra ou princípio.

Diante dessa divergência classificatória – de fundamental interesse prático – discorreremos sobre características da tutela constitucional à saúde, visando adequar sua conceituação como regra ou como princípio constitucional, de acordo com a doutrina da teoria dos princípios constitucionais, bem como seus consequentes desdobramentos.

2 NORMATIVIDADE DO DIREITO À PROTEÇÃO/RECUPERAÇÃO DA SAÚDE

Não se pode conceber a Constituição como mera carta programática, instituidora de promessas vãs, que não vinculam o Estado, deixando ao exclusivo arbítrio de quem esteja exercendo o poder, naquele determinado momento, a decisão sobre sua implantação.

Ao contrário, a Constituição deve ser vista como carta instituidora de direitos fundamentais que devem ser observados por todos, não se excluindo da sua força normativa nem mesmo (e principalmente) o próprio Estado, como se pode concluir pela leitura da clássica lição de Konrad Hesse:

> Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Nesse sentido é o voto do Ministro Luiz Fux, acolhido, em sua maioria, pelos eminentes Ministros da Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente [...].[1]

Como se vê no trecho do voto do Ministro Luiz Fux, acima transcrito, a jurisprudência vem utilizando a técnica do sopesamento na efetivação do direito constitucional à saúde.

A técnica do sopesamento, segundo o magistério de Robert Alexy, deverá ser utilizada no conflito entre princípios, fixando as condições sob as quais um princípio deve ter precedência em face de outro, traçando-se, assim, uma *relação de precedência condicionada*, através do que Alexy denominou de *lei de colisão*.

A lei de colisão, segundo Alexy (2011, p. 96) é a *"fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária"*.

Concluindo, disserta o doutrinador alemão que:

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança nº 24.197 – PR (2007/0112500-5).

> Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (ALEXY, 2011, p. 99).

Pelo exposto, ao tempo em que se constata a força normativa do direito constitucional à saúde, imperioso reconhecer, por outro lado, a inexistência de *relação de precedência incondicionada* desse direito em relação aos demais preceitos constitucionais que eventualmente sejam com ele colidentes.

3 FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Etimologicamente, a palavra princípio significa: *o primeiro momento da existência de algo, o que serve de base a alguma coisa.* Essa explicação inicial poderá dar sustentação, ainda que meramente empírica, para se entender o real sentido e o alcance dos princípios na ordem jurídica contemporânea.

Como visto anteriormente, não se pode negar a normatividade dos preceitos constitucionais, qualquer que seja a classificação conceitual, doutrinária ou jurisprudencial desses preceitos. Destarte, entendem-se princípios e regras como espécies do gênero norma.

Importante, todavia, estabelecer alguns critérios distintivos entre regras e princípios para que se possa sistematizar o estudo da teoria de direitos fundamentais, bem como atribuir a exata normatividade de alguns direitos abstratamente tratados no texto constitucional.

Paulo Bonavides, citando Vezio Crisafulli, destaca alguns elementos distintivos entre princípios e regras, traçando como características dos primeiros: "a maior generalidade; o alto grau de indeterminação; o caráter programático; o caráter eminentemente axiológico; o grau hierárquico mais elevado; a função exercida em um subsistema ou no sistema jurídico como um todo; ou, até mesmo, a destinação dirigida aos órgãos de aplicação." (BONAVIDES, 2005, p.257).

Independentemente da maior ou da menor utilidade dos critérios acima apontados para a distinção entre princípios e regras, não se pode negar, "diante do atual grau de evolução da dogmática jurídica, a importância nuclear dos princípios como fontes de oxigenação e de integração da Constituição, tal qual um sistema aberto, conforme doutrina de Gomes Canotilho." (CANOTILHO, 2002, p. 1157-1187).

O positivismo jurídico, em sua tenaz tentativa de eliminação da discrição e da subjetividade na aplicação do direito, delegou aos princípios um campo secundário de critério residual de interpretação e integração do direito, sem, contudo, conferir a possibilidade aos princípios de se sobreporem à lei – aqui entendida como regra – ou mesmo a possibilidade daqueles originarem a criação de novas regras.

A complexidade das relações humanas, na sociedade em evolução da qual somos partícipes, foi suficiente para derrubar, como um castelo de cartas, a pretensão daqueles que acreditavam em um sistema jurídico autossuficiente, composto exclusivamente por regras.

Mesmo os que não atribuem superioridade hierárquica aos princípios em relação às regras admitem o fato de que ambos exercem funções distintas no ordenamento jurídico. Enquanto as regras tratam de situações mais bem definidas, a ponto de ser possível a aplicação da técnica de subsunção nos conflitos entre regras, por outro lado, o campo normativo mais *dúctil* dos princípios – para utilizar a expressão consagrada por Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2002) – obriga ao intérprete adotar método de aplicação que atribua, diante de uma colisão entre princípios num caso concreto, maior peso de um princípio em relação a outro, sem, contudo, negar a validade do princípio cedente ou preterido.

Já no conflito entre regras, diante de um caso concreto, inexistindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito, a solução deverá ser totalmente diversa da adotada quando se está diante de colisão de princípios, haja vista que ou a regra é válida e, portanto, aplicável, ou é inválida, devendo ser expurgada do ordenamento jurídico.

Daí dizer-se, nos termos do ensinamento de Alexy, que os princípios traduzem *mandamentos de otimização* (ALEXY, 2011, p. 90-91), por serem normas destinadas à concretização, na maior medida possível, de valores elei-

tos e considerados, *prima facie*, válidos dentro de um ordenamento jurídico.

As regras devem ser vistas como *mandamentos definitivos*, válidas dentro da máxima do *tudo ou nada,* na eloquente expressão de autoria de Dworkin, uma vez que ou se faz o que a regra ordena, cumprindo o conteúdo normativo inerente a essa espécie de norma, ou será afastada sua aplicação, seja por negativa de validade diante da sua inadequação ao ordenamento jurídico, seja pela incidência de uma cláusula de exceção anteriormente disposta.

Humberto Ávila sustenta, ainda, uma terceira tipologia de norma, que denominou *postulado*, para diferenciar dos conceitos de princípio e de regra, os quais já foram devidamente analisados nas linhas acima.

Segundo Ávila:

> A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulado. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta (ÁVILA, 2011, p. 133-134).

Como exemplos de postulados hermenêuticos, cita, Humberto Ávila, o *postulado da unidade do ordenamento jurídico* e o *postulado da hierarquia*. Já como exemplo de *postulado normativo aplicativo*, o jurista gaúcho apresenta a *proporcionalidade*.

Em que pese a coerência da doutrina de Humberto Ávila em sua tripartição tipológica das normas entre regras, princípios e postulados, a jurisprudência e a doutrina, em sua grande maioria, adota a divisão bipartite de normas, dividindo-as apenas entre regras e princípios e alocando a proporcionalidade, a unidade do ordenamento jurídico e a hierarquia como princípios constitucionais.

Traçadas essas diferenças conceituais básicas entre regras e princípios, bem como a divergência existente com relação a uma terceira espécie de norma, denominada por Humberto Ávila como *postulado,* podemos afirmar que a norma constitucional que disciplina o direito à saúde contempla um princípio constitucional, haja vista o seu conteúdo normativo genérico e abstrato,

dirigido ao atendimento de um valor eleito na Constituição e passível de colisão com outros princípios constitucionais – igualmente válidos –, quando deverá ser feito o sopesamento necessário para a realização da máxima efetividade do princípio prevalecente no caso concreto, atendendo-se, pois, a característica *prima facie* dos princípios enquanto *mandamentos de otimização*.

4 ENQUADRAMENTO DA TUTELA À SAÚDE NA DIVISÃO DOUTRINÁRIA DE DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência dividem os direitos humanos fundamentais em: *direitos de primeira geração/dimensão* ou de prestações negativas (liberdades clássicas), consistentes na limitação do poder público com relação às garantias individuais e políticas do cidadão; *direitos de segunda geração/dimensão* ou de prestações positivas, compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais (liberdades concretas); e *direitos de terceira geração/dimensão* (direitos de solidariedade ou fraternidade), relacionados aos direitos difusos e coletivos, tais como o meio ambiente, o progresso, o avanço da tecnologia, entre outros[2].

Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão – geralmente normas constitucionais de aplicabilidade imediata e eficácia contida – se concretizam pela abstenção por parte do Estado de práticas limitadoras da liberdade individual; por outro lado, os direitos sociais, de segunda dimensão – em regra normas de aplicabilidade mediata e eficácia limitada – se caracterizam pela imposição de uma prestação de conteúdo positivo do Estado, na consagração do que se convencionou chamar de *welfare state*.

Destarte, para assegurar a fruição dos direitos fundamentais de índole social faz-se necessária a implementação de políticas com o empenho de verbas públicas destinadas para tal fim.

Nessa ordem de ideias sugiram proposições no sentido de se sopesar, por um lado, a efetivação dos direitos sociais assegurados pelo Poder Constituinte e, por outro lado, a independência e harmonia entre os poderes.

Vários publicistas adotaram como solução para a aparente antinomia constitucional a teoria de origem germânica da *reserva do possível*, segundo

2 Cf. MS 22.164/SP, pleno-STF, Min. Celso de Mello.

a qual a implementação progressiva das políticas públicas necessárias para viabilizar os direitos a uma prestação positiva do Estado estaria sujeito à disponibilidade orçamentária do ente político.

Todavia, com o passar do tempo, a teoria da reserva do possível foi perdendo seu propósito inicial de concordância prática entre preceitos constitucionais originários e passou a ser usada como escusa para a total omissão estatal em setores vitais para a sociedade, de modo a justificar a mora estatal na implementação de políticas públicas eficazes para o amparo de direitos fundamentais.

Nesse contexto, foi encampada pela jurisprudência do Pretório Excelso a teoria do *mínimo existencial*, consistente na premissa de que há certos direitos e garantias fundamentais dotados de um *traço de fundamentalidade* que os distinguiria dos demais direitos fundamentais também constantes na Carta Política Fundamental.

Esse *traço de fundamentalidade* estaria evidenciado pela imanente ligação desses direitos ou garantias ao princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF/88).

Essa distinção – no plano valorativo e não no plano da vigência – justificar-se-ia por ser, a *dignidade da pessoa humana*, valor constitucional supremo[3], consoante se pode verificar pelos elucidativos comentários, ora colacionados, da lavra do eminente Prof. Uadi Lammego Bullos:

> A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral.
> [...].
> A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade

3 A referência ao princípio da dignidade da pessoa humana como *valor constitucional supremo* não significa, em nosso ponto de vista, atribuir caráter absoluto ao mencionado princípio, conforme será exposto no próximo tópico deste artigo.

> de profissão (art. 5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem (BULLOS, 2005, p. 83-84).

Sendo assim, por se tratar de direitos ombreados por densa carga de fundamentalidade, há que se garantir um conteúdo mínimo de eficácia a certas garantias fundamentais consagradas no texto constitucional.

Nesse diapasão, vale trazer à lume brilhante decisão monocrática proferida na ADPF 45 pelo insigne Ministro Celso de Mello, digno de nota, não só pelo notório caráter didático de suas palavras, mas pelo acendrado espírito público de suas lições:

> A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...].

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...].

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. [...].

Portanto, a mera alegação de *falta de recursos financeiros* não pode servir de argumento definitivo para que os entes políticos responsáveis pela garantia constitucional da saúde e da vida prestem um serviço insuficiente.

5 A PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO/SOPESAMENTO

Reconhecer a inexistência de caráter absoluto ao direito à tutela estatal da saúde não significa admitir a *proteção insuficiente* desse direito fundamental.

Como adverte Alexy, com arrimo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, não é possível conceber a existência de princípios absolutos, sob pena de invalidade da sua teoria de princípios como *mandamentos de otimização*.

Com efeito, até mesmo a *dignidade humana* possui caráter relativo, pois, a norma da dignidade humana contempla, em si, uma parte de regra e outra parte de princípio, além de existir um amplo grupo de condições de precedência que fazem prevalecer, na maior parte dos casos, o princípio da dignidade humana em face de qualquer outro princípio colidente.

Entretanto, no que tange ao direito à saúde, tratada já como princípio fundamental, tendo em vista o seu caráter *prima facie* de *mandamento de otimização*, torna-se necessário estabelecer um critério seguro para se coibir uma *proteção insuficiente,* mormente em razão da já conhecida argumentação da limitação orçamentária, que pesa em desfavor de qualquer espécie de direito de índole social.

Nesse diapasão, o voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-5, traz lições pertinentes à *proibição da proteção insuficiente*, ratificando o caráter principiológico da tutela constitucional da saúde e buscando condições objetivas de precedência que deve guiar o intérprete na busca do equilíbrio de ponderação entre o direito social e os recursos públicos.

Feitas as necessárias considerações, transcrevem-se trechos do referido voto, de modo a corroborar todo o exposto:

> Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção [...]. Nesse sentido, ensina o professor Lênio Streck:
> 'Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador' *(sic)* - ([4].
> No mesmo sentido, o professor Ingo Sarlet: 'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal.'[5].

Sendo assim, a alegação da *reserva do possível* para desobrigar o Poder Público a cumprir os ditames constitucionais não pode ser aceita como válida sem que haja o seu devido sopesamento caso a caso, levando-se em consideração o aspecto positivo da proporcionalidade, relativo à *proibição da proteção insuficiente*.

4 LUIZ, Streck, Lênio. A dupla face do princípio da proporcionalidade da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, **Revista da Ajuris**, ano 32, n. 97, p. 180, mar. 2005.

5 WOLFGANG, Sarlet Ingo. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano 32, n. 98, p. 107, jun. 2005.

6 SUPERAÇÃO DO DOGMA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO À SAÚDE

Como já foi advertido por Paulo Bonavides (2011, p. 63): "*Esteio sagrado do liberalismo foi, por sem dúvida, o dogma da separação dos poderes*".

Apegado à clássica separação dos poderes, idealizada por Montesquieu e base filosófica da Revolução Francesa e da Revolução das XIII Colônias Americanas, argumenta o Poder Executivo, quando demandado em juízo para a efetivação do direito à saúde, a suposta violação à *separação entre os Poderes* ou a *proibição do exercício da função de legislador positivo pelo Poder Judiciário,* ou mesmo a *usurpação da competência administrativa do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.*

Nada mais equivocado.

Com efeito, quando o Poder Judiciário atua para determinar ao Estado o cumprimento de um direito social de índole constitucional está exercendo, em sua plenitude, o poder-dever de assegurar a máxima efetividade dos direitos constitucionais.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, mais do que norma positivada no artigo 5º, § 1º, da CF/88, constitui-se regra de hermenêutica constitucional que visa privilegiar os direitos fundamentais, dando-lhes a maior eficácia possível.

Segundo o abalizado magistério de Gomes Canotilho, o princípio da máxima efetividade:

> É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTINHO, 2002, p. 227).

Adverte, também, Carlos Maximiliano que:

> O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso ao invés de se ater a uma técnica

> interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que tornem efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza a inocuidade (MAXIMILIANO, 2006, p. 250).

Aliás, já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça que:

> A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade (BRASIL. STJ. REsp 904204/RS. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, publicado em 01mar. 2007, p. 263).

Portanto, não se pode aduzir que a decisão judicial que determine que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar uma política pública instituidora de um direito social esteja *usurpando a função do Poder Executivo*, ou mesmo esteja fazendo do Poder Judiciário um *legislador positivo* no caso concreto.

Ademais, o Pretório Excelso já teve a oportunidade de decidir, em pedido de suspensão de segurança, pela possibilidade do Poder Judiciário exercer sua jurisdição acerca de política pública deficiente na área de saúde pública, a saber:

> Mesmo diante do que dispõe a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.
> [...]
> Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes

> quanto à formulação de políticas públicas.
> Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de política pública já existente (CEARÁ. STA 175/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes).

Portanto, ao contrário do que normalmente alega o Poder Executivo, não há que se cogitar de *ativismo judicial* em ações que visam ao fornecimento de medicamento ou internações hospitalares, nem mesmo de violação à separação entre os Poderes, proibição do exercício da função de *legislador positivo* pelo Poder Judiciário ou de usurpação da competência administrativa do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, pois, o que normalmente se requer nesse tipo de demanda é o efetivo cumprimento de política pública já existente de proteção/recuperação da saúde.

Com base na conhecida doutrina de Cristina Queiroz:

> A função dos tribunais é essencialmente a de dirimir litígios que lhes sejam presentes de acordo com a ordem constitucional de distribuição de competências. Decidem sobre 'questões jurídicas' e não sobre 'questões políticas'[...]. A sua forma de actuação não é mera 'aplicação' ou 'execução' do que se encontra previamente estatuído, mas essencialmente interpretação (QUEIROZ, 2006, p. 200).

Não resta dúvida de que a separação entre os poderes representou um papel histórico importantíssimo na consolidação do constitucionalismo democrático, no combate aos déspotas do absolutismo, bem como de sistemas totalitários e opressores de direitos fundamentais. Entretanto, a preservação desse dogma, agora com outra roupagem, em discursos falaciosos contrário ao que se convencionou chamar indiscriminada e pejorativamente de *ativismo judicial* não pode servir, em nossos dias, como forma engenhosa de resposta tecnocrata contrária ao avanço do Estado Social e de negativa aos direitos fundamentais sociais.

7 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo buscamos afirmar a tutela da saúde como princípio constitucional, enquadrada, pois, dentro da atual teoria dos princípios constitucionais de *mandamentos de otimização*, ao contrário das regras que ostentam caráter de *mandamentos definitivos* na base do "tudo ou nada".

Ao tempo em que não se pode negar o caráter normativo e mandamental do princípio constitucional de proteção à saúde, a teoria dos princípios aqui adotada refuta a existência de direitos absolutos, privilegiando-se, pois, em todos os casos de colisão entre princípios, a técnica do sopesamento/ponderação diante das condições observáveis em cada caso concreto.

Por outro lado, buscou-se reafirmar a proibição da proteção insuficiente como critério de sopesamento/ponderação adequado à resolução de conflitos entre a proteção à tutela da saúde e a teoria da *reserva do [financeiramente] possível*.

Foi defendida, ainda, a superação da adoção acrítica e incondicionada da separação entre os poderes, sob qualquer de suas atuais roupagens – proibição do exercício da função de *legislador positivo* pelo Poder Judiciário; usurpação da competência administrativa do Poder Executivo pelo Poder Judiciário; ou vedação do *ativismo judicial* – como forma de progresso na formação do Estado Social e solidário idealizado pela Constituição da República de 1988 e adequado às exigências da pós-modernidade.

Concluindo, podemos anotar que não resta dúvida de que existindo medicamento ou tratamento de eficácia comprovada para o combate de determinada enfermidade, comprovada também a ineficácia do medicamento ou do tratamento ordinariamente fornecido pelo SUS, o direito fundamental à saúde somente estará alcançado pela dispensação, por parte do Estado, do *tratamento adequado*, sob pena de se entender que a Constituição da República encerra, em si, promessas sem nenhuma força normativa e que podem ser descumpridas pelo Estado ao menor sinal de obstáculo para a sua consecução.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS nº 24.197/PR**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível:<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701125005&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 904204/RS**. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=904204&b=ACOR>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 418.376-5**. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 22.164/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 2. dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA nº 175/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 2 dez. 2011.

BULLOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Martin Claret, 2002.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Almedina, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 4. ed. Tradução Marina Gascón. Madri: Trotta, 2002.

Correspondência | Correspondence:

Jair Soares Júnior
Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco "C", 256, Edifício Toufic (5º Andar), Asa Sul, CEP 70.302-000. Brasília, DF, Brasil.
Fone: (61) 3105-7337.
Email: jair.soares@dpu.gov.br

Recebido: 07/12/2011.
Aprovado: 26/01/2012.