

## CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE: NORMAS PROGRAMÁTICAS OU OPERATIVAS?

Luiz CIETTO\*

### RESUMO

*O presente trabalho faz uma introdução à teoria e dogmática principialistas. Discorre sobre o conceito, natureza jurídica, funções e importância atual dos princípios jurídicos e constitucionais. Fala da distinção entre normas e princípios, e discute a diferença entre princípios e regras constitucionais. Procura analisar a solução para as colisões de princípios e regras. Estuda as relações da questão principiológica e as disposições constitucionais sobre saúde. Busca debater o controvertido tema da natureza do Art. 196 da Constituição Federal, sobre o direito à saúde: norma programática ou operativa? Apresenta as tendências jurisprudenciais dos tribunais sobre o tema e sugere soluções sobre a tutela dos direitos à saúde.*

### INTRODUÇÃO

Hodiernamente não se pode prescindir dos conhecimentos da teoria e dogmática principialistas, dada a sua participação fundante em nosso ordenamento jurídico. Tanto os princípios gerais de direito, como os princípios constitucionais são fundamentais na elaboração hermenêutica e no processo de integração. Os

princípios jurídicos, quando considerados como princípios constitucionais, são dotados da mais alta normatividade. Não mais exercem apenas a função de colmatação de lacunas do sistema jurídico, segundo a superada orientação positivista, e como prescrevem nossa Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, bem como o art. 126 do Código de Processo Civil.

<sup>(\*)</sup> Professor Titular da FCM - UNICAMP. Livre-Docente e Doutor pela UFRJ. Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Advogado Militante no Estado de São Paulo.

Estamos assistindo a uma verdadeira revolução conceitual principialista do Direito. Aliás, é perfeitamente compreensível a completa assimilação das procedentes lições de Bonavides, consideradas a seguir: “Os princípios jurídicos, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico”.<sup>1</sup> Com efeito, a progressiva positivação de princípios, ensejou a integração dos mais significativos valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da Sociedade e do Estado.

Assim, começa transparecer a real importância e atualidade desta temática. Porém, dadas as naturais limitações de tempo e espaço, circunscrevemo-nos a uma simples análise introdutória, reservando o aprofundamento para outra oportunidade

Qual o conceito e a natureza de princípios jurídicos e princípios constitucionais?. Deve-se fazer uma distinção entre normas e princípios? Qual a diferença entre princípios e regras constitucionais? Como resolver a questão das colisões de princípios e regras?

Depois de abordados os tópicos em apreço, procuraremos focar, ainda que em caráter introdutório, as relações da questão principiológica com as disposições constitucionais sobre a saúde. Tentaremos questionar destacados aspectos como: quais os princípios embaixadores dos direitos à saúde? Qual a natureza desse direito; seria um direito

subjettivo? As normas constitucionais pertinentes são apenas normas programáticas, normas indicativas dos fins do Estado, ou são normas operativas? É possível defender a aplicação direta dessas normas em alguma circunstância, ou será imprescindível a integração legislativa? Há precedentes jurisprudenciais favoráveis à operatividade dessas normas? Como se pode antever, a tarefa é desafiadora, e sobremaneira complexa, mas a oportunidade de introdução ao estudo é tão relevante, que não pode ser colocada à margem. Contamos, todavia, com a boa vontade e compreensão dos leitores por nossa ousadia em adentrar tão nobre seara, própria de autorizados constitucionalistas e juspublicistas.

## I - ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

### 1. Conceito e Evolução dos Princípios Jurídicos

#### 1.1 – Conceito

Em sentido amplo, toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, ou seja, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber, leciona Miguel Reale.<sup>2</sup> Quanto aos princípios gerais de direito, ensina, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração

<sup>(1)</sup> Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 228-266. Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 285.

<sup>(2)</sup> Lições preliminares de direito. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 305.

de novas normas”.<sup>3</sup> E prossegue, dada a magnitude da importância de alguns princípios, o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de *modelos jurídicos*. No âmbito constitucional, v.g., dispõe nossa Lei Maior sobre o princípio de *isonomia* (igualdade de todos perante a lei), sobre o princípio de *irretroatividade* da lei para proteção dos direitos adquiridos.

Muitos princípios gerais de direito, contudo, não estão positivados, sendo parte integrante da doutrina. E “enquanto são princípios, explica Josef Esser, apud Reale, eles são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *jus* prévio e exterior à *lex*.”<sup>4</sup>

“Em direito *princípios* são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”, diz Odete Medauar,<sup>5</sup> referenciando Karl Larenz. Prossegue, discorrendo sobre a relevância atribuída aos princípios pela nossa Carta Magna vigente, que faz decorrer direitos dos princípios por ela adotados, como segue (verbis): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...” (parágrafo 2º do art. 5º da CF).<sup>6</sup>

Para Rizzatto Nunes,<sup>7</sup> com sua vivência de magistrado e professor, “os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito mas por todos que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam”. Daí entender que nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio, porque este sempre irá influir no conteúdo e alcance de todas as normas. E essa influência, completa, tem uma eficácia efetiva, real, concreta.

No contexto do Título I (Princípios Fundamentais) de nossa Constituição, *princípio* exprime a noção de “*mandamento nuclear de um sistema*”, leciona José Afonso da Silva.<sup>8</sup>

A enunciação dos princípios de um sistema, ensina Sundfeld,<sup>9</sup> tem a utilidade de ajudar no ato do conhecimento. Ou seja, “o cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito”.

## 1.2 - Evolução

A partir da década de cinquenta, os estudos sobre o conceito de princípios jurídicos e constitucionais, no âmbito da Teoria do Direito, tem experimentado significativo desenvolvimento. A posição positivista então prevalente,

<sup>(3)</sup> Idem, p. 306.

<sup>(4)</sup> Idem, p. 307.

<sup>(5)</sup> Direito administrativo moderno. 6. ed., rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 146.

<sup>(6)</sup> Idem, p. 147.

<sup>(7)</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : doutrina e jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 19.

<sup>(8)</sup> Curso de direito constitucional positivo. 20. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 91, servindo-se das palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello.

<sup>(9)</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed., 2. tir. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 143.

que atribuía aos princípios apenas uma função integrativa na aplicação do direito, foi superada por estudos de autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm Cannaris, Genaro Carrió e outros, que passaram a considerar a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores, como relata Espíndola.<sup>10</sup> A positivação dos princípios pode ser comprovada em várias legislações, encontrando-se em nosso ordenamento a expressa disposição: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>11</sup>

Atualmente, admite-se que os princípios estão incluídos não apenas no conceito de lei como no de princípios gerais do direito, mencionando-se princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos, segundo Eros Grau e Norberto Bobbio. Exemplo de princípios explicitados pelo ordenamento são os previstos no art. 37 da Constituição brasileira, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Exemplo de princípio implícito é o da função, que resulta da lógica própria do Estado de Direito,

implantado pela Constituição.<sup>12</sup> Essa tendência, diz Espíndola,<sup>13</sup> é chamada de pós-positivista, e avança consideravelmente ao considerar “os princípios como normas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica”. Em consonância com outros autores, consideram as normas de direito como gênero, e os princípios e regras, suas espécies.

Mas é no domínio do Direito Constitucional que se confirma a tendência de aprofundamento dos estudos principialistas, com reflexões conseqüentes, reveladas em autores como Vézio Crisafulli, Robert Alexy, Eduardo Garcia de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho, em relação não exaustiva. Nossa própria Carta Magna vigente é o reflexo de considerável progresso em alguns aspectos normativo-constitucionais, fundado em avanços doutrinários do constitucionalismo democrático atual, demonstrando respeitável dimensão principiológica.<sup>14</sup>

Se é verdade que a evolução dos estudos principiológicos, nos domínios teórico e dogmático, é significativa e já pode ser considerada perceptível, também é inegável a existência de discordâncias e polêmicas, máxime no que tange à operatividade e auto-execução de princípios e regras constitucionais, como veremos adiante.

(10) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

(11) Cf. art. 4º do Dec-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), e CPC, art. 126. Na mesma linha: Código Tributário Nacional, arts. 108, II, III e 109; Código de Processo Penal, art. 3º; Código de Defesa do Consumidor, mais adiantado, prescreve que dos “princípios gerais de direito” podem decorrer “direitos” (art. 7º).

(12) SUNDFELD, op. cit., p. 149.

(13) Idem, p. 34.

(14) Idem, p. 36.

## 2. NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Na teoria da metodologia jurídica tradicional normas e princípios integravam categorias distintas e diferenciáveis entre si (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*).<sup>15</sup>

O conceito de **princípio jurídico como norma de Direito** passou por um processo de evolução. Como vimos, inicialmente a concepção de princípio era diferente do conceito de norma. Divergiam no significado. Foi com as elaborações teórico-analíticas de Dworkin e Alexy que se estabeleceu o conceito de **norma de direito como um gênero**, ao qual pertencem tanto os **princípios** como as **regras**, na qualidade de **espécies** deste gênero. Entretanto, Jean Boulanger, que é considerado por Banavides como o mais destacado precursor da normatividade dos princípios, já havia feito a distinção entre regras e princípios anteriormente, embora de forma diferente da preconizada por Dworkin e Alexy, relata Espindola.<sup>16</sup>

Aceita a premissa de que norma é um gênero, não é tarefa tão simples estabelecer a diferença entre as duas espécies: princípio e regra. Mas Espindola<sup>17</sup> faz a diferenciação de forma bem didática. Senão vejamos. A primeira distinção, de valor teórico reconhecido, foi proposta por Boulanger, com base no critério de generalidade, tendo esta sentido diferente quando aplicado a cada uma das espécies mencionadas. Ele demonstrou que **regra** é geral porque é estabelecido um número indeterminado de atos ou fatos. Mas, ao mesmo tempo, é

**especial**, pois regula atos ou fatos determinados, ou seja, é editada para ser aplicada a uma situação jurídica definida. Já o **princípio** é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.

Posteriormente Dworkin introduziu mais dois critérios, fundado em duas idéias: a primeira, a do *tudo ou nada*, e a segunda, a do *peso* ou da *importância*. No primeiro critério, como o nome indica, ou as **regras** são aplicadas integralmente, ou não o são. Presentes os pressupostos de fato aos quais a regra se refira, em uma situação concreta, e sendo ela válida, terá que ser aplicada sempre. Já os **princípios** jurídicos atuam diferentemente. Quando presente uma colisão de princípios, a solução do conflito dependerá de criteriosa análise, que levará em conta o peso relativo e a importância de cada um no caso em questão.

A matéria é abordada com propriedade, em seus aspectos teórico e praxeológico, por Canotilho,<sup>18</sup> como segue:

“Saber como distinguir, no âmbito do superconceito **norma**, entre **regras** e **princípios**, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de

<sup>(15)</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1998. p. 1.144.

<sup>(16)</sup> Idem, p. 66.

<sup>(17)</sup> Idem, p. 69-72.

<sup>(18)</sup> Op. cit., p. 1.144-1.146.

mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *“Proximidade” da idéia de di-reito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogênica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.

Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais:

1) saber qual a função dos *princípios*: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?

2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.”

Com relação à primeira questão, Canotilho<sup>19</sup> distingue dois tipos de princípios, a saber, os **princípios hermenêuticos** e os **princípios jurídicos**. Os hermenêuticos podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ([...] cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia jûris*).

O mesmo autor ainda assevera: “Os **princípios** interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se;

(19) *Ibid.*

2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias.

4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).”

Para uma identificação prática de regra e princípio, Sundfeld<sup>20</sup> exemplica:

A norma do art. 151 do Código Penal é uma regra: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1 a 6 meses, ou multa”. A norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é um princípio: “Todos são iguais perante a lei”. É completa, esclarecendo que tanto os princípios quanto as regras integram o ordenamento jurídico. Mas “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”.

<sup>(20)</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>(21)</sup> *Ibid.*, p. 148.

### 3. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Na aplicação do direito, a saber, na edição das leis, na produção de atos administrativos, na solução judicial dos litígios, entre outras, os princípios podem exercer uma função hermenêutica das regras, como ainda possibilitar a colmatação de suas lacunas.

#### 3.1 – Função Hermeneútica

Quanto à função hermenêutica dos princípios, isto é, na sua função de interpretação das regras, Sundfeld<sup>21</sup> afirma que:

a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios;

b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios;

c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.

#### 3.2 – Função Integradora

Quando faltar uma regra para regular determinada situação, isto é, em caso de lacuna regrística, será necessário construir a regra faltante, para realizar concretamente a solução indicada pelos princípios. Aliás, é o que determina a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), e igualmente o Código de Processo

Civil em seu art. 126, a saber: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.

Atente-se que se configure a aplicação de uma regra por analogia a hipótese distinta da que tem em vista, é indispensável considerar os princípios. E Sundefeld explica claramente o mecanismo:<sup>22</sup> “O cabimento da analogia depende da similitude das situações (a tratada pela lei e a por ela olvidada) e esta só existe quando o princípio realizado pela regra é também aplicável à situação não regulada. A integração por analogia implica a aplicação, à hipótese não versada pela lei, do princípio embutido na regra que se vai transpor. Assim, a utilização da analogia é um meio abreviado de preencher a lacuna através dos princípios”.

#### 4. PRINCÍPIOS GERAIS E FUNDAMENTAIS

Sem adentrarmos o complexo e amplo capítulo da tipologia dos princípios, o que ultrapassaria de muito as fronteiras deste limitado trabalho, teceremos agora algumas considerações sobre o conceito e conteúdo dos princípios fundamentais.

Aliás, José Afonso da Silva<sup>23</sup> avisadamente faz a advertência de que os “*princípios constitucionais fundamentais* são de natureza variada e nada fácil de fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético”. Com fundamento em Canotilho e Vital Moreira afirma que os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Sua

capital importância é posta em evidência no contexto da constituição, sendo que os artigos que os consubstanciam “constituem por **assim** dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas. Formam o cerne da Constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca”.

Canotilho<sup>24</sup> adota o seguinte conceito de princípios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsätze): “consideram-se princípios jurídicos fundamentais *os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Primeiramente cita-se sua função negativa, aplicável nos “casos limites” (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e ditadura). Esta função é igualmente importante quando emerge o perigo do “excesso de poder”. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da proibição do excesso de poder.

O constitucionalista acima mencionado fala também da *função positiva* dos princípios gerais, “informando” materialmente os actos dos poderes públicos. Um exemplo é o caso do *princípio da publicidade dos atos jurídicos*. Está vinculado a este princípio a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os atos do poder público.

E aqui, dando grande amplitude ao conceito, Canotilho fala do *princípio do acesso*

<sup>(22)</sup> Ibid.

<sup>(23)</sup> Idem, p. 93-95.

<sup>(24)</sup> Idem, p. 1.149.

ao direito e aos tribunais (cfr. art. 20º), como um princípio geral que postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo deste direito (ex.: direito ao patrocínio judiciário, direito à informação jurídica).

Os princípios fundamentais não são homogêneos quanto ao conteúdo e ao objeto, e dividem-se em três grupos: o primeiro é constituído pelas chamadas *opções políticas fundamentais* conformadoras da Constituição; o segundo grupo integra os preceitos que *definem e caracterizam juridico-constitucionalmente a coletividade política*, isto é, definem a República e o Estado em que ela se organiza; o terceiro grupo é constituído pelos preceitos que contêm *princípios fundamentais da ordem juridico-constitucional*.<sup>25</sup>

Relembrando monografia anterior de sua autoria, a propósito da lição de Crisafulli sobre as normas-princípio, Afonso da Silva<sup>26</sup> fala do exemplo que indicou na ocasião, apontando os arts. 1º a 6º da Constituição de 1969, a que chamou de *normas fundamentais*. Este mesmo autor pátrio elaborou uma classificação destes princípios, de certo modo mais complexa e ampla do que a do autor português, assim estruturada: princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: (...); princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: (...); princípios relativos ao regime político: (...); princípios relativos à prestação positiva do Estado: (...); princípios relativos à comunidade internacional (...);<sup>27</sup> destacando a importância dos princípios para a hermenêutica das normas da Constituição, destacou a dimensão constitutiva dos princípios fundamentais.

Espíndola<sup>27</sup> afirma que “os princípios fundamentais podem ser considerados de acordo com o conteúdo específico de cada um ou conjugadamente, na inter-relação que se pode estabelecer entre princípios de conteúdos distintos”.

Analisemos, digamos, o aspecto de conjugação. Atuando conjugadamente os princípios se completam, condicionam-se e modificam-se reciprocamente. Atuam sobre uma *base antropológica comum* – o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador, apontando para o reconhecimento da dignidade humana e para a autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de Direito); também atuam numa inserção do homem livre num *processo democraticamente comunicativo* (princípio democrático), e quanto à garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado social), esclarece o mesmo autor.<sup>28</sup>

## 5. FORÇA NORMATIVA IMEDIATA DOS PRINCÍPIOS

Esta é uma questão polêmica. Segundo Canotilho<sup>29</sup>, podemos enfocá-la sob três diferentes aspectos: a) como fundantes de uma pretensão em juízo (administrativo ou judicial); b) como limites ao poder de reforma constitucional; e c) como parâmetros no juízo de constitucionalização por ação.

Quanto ao primeiro questionamento, o constitucionalista supra referenciado reconhece que, atualmente, não é possível *fundamentar*

<sup>25</sup> Cf. Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais, p. 205.

<sup>26</sup> Idem, p. 94. Referência a sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 108, 1. ed. de 1968.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Idem, p. 206.

<sup>29</sup> Apud Espíndola, idem, p. 210-211.

*autonomamente* “recursos de direito público” com princípios constitucionais. Explicitando, a idéia é que a norma princípio possa fundar, de forma única ou predominante, o juízo de formulação da norma jurídica concreta: a norma de decisão. Todavia, este autor, sem afirmar explicitamente, parece inclinar-se em favor desta possibilidade, é o parecer de Espíndola.<sup>30</sup> E prossegue, dizendo se deva considerar, ainda, que “o ato de aplicar o Direito é um ato de aplicação da ordem jurídica globalmente considerada (Bobbio e Grau), e não ato aplicativo de uma norma isolada, ilhada em uma disposição, alínea, parágrafo ou artigo legal nos quadrantes do sistema jurídico positivo”. Mas seria o caso de perguntar-se: no que tange às condições da ação, quanto à *possibilidade jurídica do pedido*: pode um princípio fundamentar, juridicamente, uma pretensão em juízo?

Reforçando a posição defensiva da força normativa imediata dos princípios constitucionais, Espíndola<sup>31</sup> traz à colação a assertiva de Celso A. Bandeira de Mello e Luiz Barroso, que sustentam poder um princípio constitucional ser fonte de direito subjetivo ou poder embasar uma pretensão jurídica anulatória, em que se discute a legitimidade de ato praticado em desacordo com princípio constitucional. E mais, para Gilmar Ferreira Mendes e Roque Antonio Carraza, “a violação a princípio constitucional pode ensejar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição vigente, pois

os princípios, tanto os expressos como os implícitos, enquanto normas, enquadram-se na categoria normativa “dispositivo da Constituição”. Estas autorizadas interpretações estão acordes com o pensamento de Canotilho de que seja discutível a não aceitação dos princípios como fundamento autônomo de recursos.

Por outro lado, cabe considerar o parecer de Inocêncio Mártires Coelho,<sup>32</sup> que afirma: “A propósito do tema, ao ensejo do exame do Mandado de Injunção n. 107, quando nos manifestamos, como representante do Ministério Público Federal, sobre a preliminar relativa à auto-aplicabilidade do dispositivo que instituiu essa nova garantia constitucional, estudamos a questão ..., tendo concluído que não existe um critério que permita identificar, com segurança, quais dispositivos constitucionais podem ser reputados auto-aplicáveis e quais outros dependem de regulamentação”.

E prossegue o autorizado jurista e professor: “... em que pese o prestígio de alguns dos modernos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, as respostas por eles oferecidas, em sua quase totalidade, embora pareçam ministrar novos critérios para resolver o velho problema, em verdade o que têm feito é repetir as teses expostas pelos antigos, sem avançar um passo sequer no ponto em que a questão permanece criticamente estacionada. Mais, ainda, padecendo do mesmo vício tautológico das propostas que pretendem superar, esses pensadores “pós-modernos” acabam por

<sup>(30)</sup> Idem, p.213. Esta parece ser uma lícita conclusão, de acordo com uma visão atenta de sua obra. Essa conclusão também permite assemelhar, *mutatis mutandis*, essa posição de Canotilho com a de Kelsen, para quem da norma geral – princípio, no caso – se pode deduzir a norma individual, concreta, veiculada pelo ato sentencial ou administrativo que a dita, nas hipóteses da vida.

<sup>(31)</sup> Idem, p. 214.

<sup>(32)</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Hermeunética constitucional e direitos fundamentais. 2. tir. Brasília : Brasília Jurídica, 2002. p. 41-43.

afirmar, em linguagem rebuscada, que são auto-aplicáveis as normas constitucionais que não dependem de outras para a sua aplicação”. Finaliza este autor, formulando críticas aos estudos de Jorge Miranda e Canotilho ao dizer: “Quanto aos modernos doutrinadores, apesar dos louváveis esforços que têm feito para densificar a eficácia das normas constitucionais não auto-aplicáveis, nomeadamente a das chamadas disposições *programáticas*, ... forçoso é reconhecer-se que pouco avançaram nesse árduo empreendimento ... O mesmo se poderá dizer sobre o balanço de Gomes Canotilho, essencialmente idêntico, no particular, ao do seu ilustre compatriota (Jorge Miranda), apesar ou por causa da afirmação otimista de que “ ... marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da *morte* das normas constitucionais programáticas”.

## 6. COLISÃO ENTRE NORMAS

### 6.1 – Conflito entre regras

Espíndola<sup>33</sup> informa que Grau inclui esta questão nas chamadas antinomias jurídicas. Tratando do assunto, pode-se considerar o “conflito entre regras” e a “colisão de princípios” (Alexy). O conflito entre regras é o que se chama de *antinomias jurídicas próprias*; enquanto a colisão entre princípios são designadas de *antinomias jurídicas impróprias*.

Na hipótese de confrontação entre regras, a solução do conflito se dá pela exclusão da regra conflitante do sistema jurídico, tendo em vista sua incompatibilidade com outra norma de igual validade, integrantes do mesmo ordenamento. A solução do conflito ocorre no âmbito da

validade. Os critério de afastamento da regra incompatível é estabelecido em cada ordem jurídica. Por exemplo: *lex superior derogat inferiorem* – critério hierárquico; *lex specialis derogat generalem* – critério da especialidade; *lex posterior derogat priorem* – critério cronológico.

Considerando os direitos fundamentais, por exemplo, verifica-se que estes são heterogêneos e seu conteúdo é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais. Logo, é freqüente o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, são as lições de Farias.<sup>34</sup> Para este autor, a colisão dos direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas: a) colisão do exercício de um direito fundamental com outro similar (colisão entre os próprios direitos fundamentais); b) colisão do exercício de um direito fundamental com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais).

A solução destes conflitos pode ser atribuída ao legislador, quando a Constituição remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Assim, havendo reserva de lei na Constituição para um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver o conflito, comprimindo o direito ou direitos restringíveis, respeitado o núcleo essencial dos direitos envolvidos. Em se tratando de direitos não sujeitos à reserva de lei, a solução caberá aos juízes ou tribunais.

<sup>(33)</sup> Idem, p. 74-75.

<sup>(34)</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. 2. ed. Porto Alegre : Fabris Editor, 2000. p. 116.

O intérprete-aplicador deve ponderar os bens envolvidos para resolver a colisão, sempre buscando o mínimo de sacrifício dos direitos envolvidos. Para tanto, poderá utilizar-se dos princípios da concordância prática ou da harmonização, da proporcionalidade, entre outros, respeitando o princípio da unidade da Constituição.

## 6.2 – Colisão entre princípios

Consideremos agora a colisão entre princípios. Neste caso, o das chamadas *antinomias jurídicas impróprias*, não há exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes. Embora possa haver incompatibilidades, pois sendo a Constituição um sistema aberto de princípios, potencializa a possibilidade de tensões ou conflitos, não é o caso de exclusão, cabendo ao aplicador do Direito escolher um dos princípios, valendo-se da análise do *peso* e da *importância*, como esclarece Dworkin.<sup>35</sup> Deve-se buscar um balanceamento de valores e interesses. O princípio afastado, entretanto, continua válido no ordenamento jurídico e apto a ser aplicado em outro caso concreto, quando cabível.

## II – PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE

### 1. Conceito e natureza jurídica de saúde

Em recente estudo realizado, abordamos a questão da saúde em nosso contexto jurídico e

social, sendo dignas de consagração algumas das considerações expendidas.<sup>36</sup>

O **tema da saúde** continua revestido da mais **alta relevância**, por se tratar de elemento vital a todo ser vivente, subsistindo **inquestionável** a sua **atualidade**. Saúde, tanto pessoal quanto pública, é um dos mais significativos aspectos da cidadania. Daí seu exaustivo tratamento no texto constitucional, contemplado com mais de cinquenta referências. Embora as questões de tratamento da saúde sejam geralmente do âmbito médico-ético, transcendem tais limites, para alcançar a esfera jurídica, quando se busca proteção mais ampla e completa da pessoa humana.

Mas, afinal, qual é o conceito de saúde aceitável para o presente estudo? Vejamos, inicialmente um conceito geral, introduzido por uma organização de saúde internacional. A Organização Mundial da Saúde – OMS conceitua saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Como se pode observar, é significativamente ampla a abrangência conceitual e sua área de ação. Para Segre e Ferraz, apud Schwartz,<sup>37</sup> “Um aspecto decisivo é o de que a saúde é a realidade de cada um, isto é, um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade”. Ou, nas palavras de Dallari, por este autor lembradas: A saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma “imagem-horizonte” da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar. Ou ainda, o conceito formulado por Schwartz: “*saúde é um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade*

<sup>(35)</sup> Cf. Espíndola, op. cit., p. 75.

<sup>(36)</sup> CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 118-168, 2002.

<sup>(37)</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 42-43.

*de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar”.*<sup>38</sup>

Então, qual a natureza jurídica deste bem, de tão grande importância para a conservação e desenvolvimento da vida humana? **É a saúde efetivamente um direito, e um instrumento afirmativo da cidadania?** Como alcançar este ideal? Continuamos entendendo que se trata de questão das mais complexas, intrincadas e polêmicas, a desafiar a argúcia e pertinácia de quantos se propõem a estudá-la.

Para deslindar este problema há que se estudar não apenas a natureza jurídica deste instituto, como igualmente buscar as garantias e proteção de tais direitos, eventualmente disponíveis. Uma análise da mais adequada tutela jurisdicional deve ser definida. É o que perseguiremos nas análises subseqüentes.

## 2. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

### 2.1 - Direitos subjetivos e sociais

É incontestável que a categoria **direito subjetivo** tem sido, de há muito, fundamental na teoria do direito ocidental, sem embargo de análises e críticas doutrinárias. Igualmente, tem sido outorgada primazia ao direito subjetivo na

prática jurídica dos tribunais, pelos operadores e usuários do direito, enfim, por todos os envolvidos com o campo jurídico. Em todos os questionamentos está sempre presente a idéia de direito subjetivo. Tenho direito de fazer isto? Tenho direito de fazer aquilo?<sup>39</sup> Por outro lado, dispõe o art. 75 do nosso Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Logo, pode-se deduzir logicamente: **direito subjetivo é direito de ação**.

Todavia, vem se consolidando ultimamente uma espécie de “direitos” quase desprovido de tutela. Referimo-nos aos direitos sociais. Segundo o disposto no art. 6º de nossa Constituição Federal (“*verbis*”): **São direitos sociais** a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais “direitos sociais?” A quem corresponde o dever reflexo respectivo? LOPES<sup>40</sup> pergunta e ele mesmo responde às suas próprias perguntas, num percuciente estudo. Diz tratar-se de análise mais ampla e profunda que a exegese e a filologia jurídicas. Insere-se no campo da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto particular. Alcança as raízes da organização da cidadania. E completa: “Coloca-se também na esfera da Filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma e, muito particularmente, à realização da justiça”.

<sup>(38)</sup> *Ibidem*.

<sup>(39)</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 113-114.

<sup>(40)</sup> *Ibid*, p. 113-114.

É indiscutível que os direitos sociais constituem tema de mais alta relevância e atualidade para os operadores e usuários do direito. Integram hoje considerável número de ações sub-judice, estão em discussão nos legislativos e na administração pública, sendo objeto de preocupação dos estudiosos do direito. Deve-se reconhecer, entretanto, que os direitos sociais, mesmo reconhecidos como direitos subjetivos, diferem substancialmente dos direitos individuais, pois sua fruição é distinta.

Não se trata de saber simplesmente se existe uma possibilidade de agir em juízo. Antes urge reconhecer a necessidade de ação estatal para a completa efetividade dos direitos sociais. Preliminarmente é necessário esclarecer se todos os cidadãos têm o direito de exigir, judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos. Em seguida, resta saber se e como o Judiciário poderia determinar a execução de políticas públicas, respeitando a independência e harmonia dos poderes.

A prestação de serviços está diretamente relacionada a planejamento e à disponibilidade de recursos. "Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social?" À sua própria indagação, novamente LOPES<sup>41</sup> responde: "eventualmente não".

Ante a insuficiência de instituições de saúde, da rede de ensino, de servidores qualificados para a prestação dos serviços, qual a providência cabível? Terão preferência os afortunados detentores de uma liminar ou tutela antecipada? E como ficariam os demais,

igualmente necessitados e à espera do atendimento?

**A viabilidade jurídica desta solução é instigante e altamente discutível, quando somos obrigados a considerar que o serviço público é obrigado a respeitar os princípios da universalidade, impessoalidade, isonomia, subordinando-se, ainda, o atendimento a certas prioridades. Assim, surgem grandes dificuldades para defender direitos sociais com instrumentos individuais.**

Ademais, impõe-se considerar o fato de **muitos dos direitos sociais não serem exercíveis exclusivamente contra o Estado**, como muito bem nos lembra LOPES<sup>42</sup>. Exemplifica: o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, V). Como se observa, o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. E completa este respeitável jurista, afirmando: "**Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capazes de violarem a ordem pública, o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.**".

Mencionando a criação de alguns **remédios constitucionais destinados à exigibilidade concreta dos direitos**, poder-se-ia falar do **mandado de injunção**, previsto no art. 5º, inciso LXXI. Este, porém, parece mais indicado para a proteção de direitos negativos (limitação do poder público), do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais. Outro é a **iniciativa popular de leis**, disciplinado pelo

<sup>(41)</sup> Ibid, p. 133-134.

<sup>(42)</sup> Ibid, p. 131.

art. 61, parágrafo 2º, embora não incluído no âmbito judicial.

## 2.2 – Os novos direitos sociais

Os chamados *novos* direitos sociais estão integrados a diversos dispositivos do nosso texto constitucional vigente, e também a anteriores. Constatam ainda de diversas constituições contemporâneas. **Diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos e deles se distinguem, não apenas por serem coletivos, mas também por exigirem remédios distintos, segundo entende Amaral<sup>43</sup>.**

Assim, os direitos da liberdade (negativos) têm sede constitucional. Já os direitos sociais (positivos) dependeriam de meios materiais, e da mediação legislativa e orçamentária. Esta é a posição da doutrina dominante, muito embora **persistam grandes polêmicas quanto à possibilidade de direitos a prestações positivas diretamente da constituição**. É o caso do direito americano (e também do brasileiro, como veremos adiante). Enquanto as constituições de cinquenta estados norte-americanos asseguram prestações positivas, os tribunais estaduais relutam em reconhecer tais normas como geradoras de deveres estatais<sup>44</sup>. Adiante, discutiremos mais detidamente a posição dos tribunais brasileiros sobre este tema.

De acordo com esta mencionada dicotomia, apresentam-se três grandes correntes, a saber:

2.1.1 – a dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais;

2.1.2 – a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos;

2.1.3 – a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, ficando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

## 2.3 – Direito difuso e direito coletivo

Rocha<sup>45</sup> considera a saúde como um direito difuso, com base no art. 196 da Constituição vigente, que dispõe ser este bem um direito de todos, em consonância com o conceito normativo do CDC (art. 81, I), como direito transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Afirmar ainda que Mauro Cappelletti assim o considera, quando ensina que o direito à saúde e à segurança social têm caráter difuso, pertencente à coletividade. Contudo, concorda este autor que a Carta Magna garante o direito à saúde como um direito público subjetivo exigível contra o Estado. E cita o pensamento de Sueli Dallari, para quem “nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988”.

Completa Rocha reconhecendo a possibilidade de análise do direito à saúde sob diferentes óticas, dependendo da titularidade e

<sup>43</sup> Ibid, p. 59-60.

<sup>44</sup> AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 60-61.

<sup>45</sup> ROCHA, Julio César da Sé da. Direito da saúde : direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo : LTr, 1999. p. 46-47.

da divisibilidade do bem tutelado. Diz ser incontestável, por exemplo, “a existência de um direito individual à saúde, enquanto restrito à incolumidade ou segurança individual”. Lembra, porém, que a tendência contemporânea centra-se “na dimensão da proteção dos direitos metaindividuais da sociedade”.

### 3. DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

#### 3.1 – Primórdios constitucionais

Sem adentrar em uma revisão histórica dos direitos à saúde, vamos consignar alguns marcos históricos de sua evolução. Encontramos os primeiros registros da positivação do direito à saúde em sede constitucional a partir de 1934. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1.934, estabelece que (verbis):

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

II – cuidar da saúde e assistência públicas;

Já a Constituição Federal de 1.946 dispõe em seu art. 5º que compete à União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

Em nosso ordenamento jurídico vigente o ápice do sistema de saúde ascendeu à dignidade constitucional, enquanto coube à legislação ordinária organizar o Sistema Único de Saúde - SUS. A Constituição de 1.988 avança em matéria de políticas de saúde, ao adotar um conceito de seguridade social. Logo no início, no art. 6º estabelece os direitos sociais, dentre os quais a **saúde**. No art. 7º dispõe sobre direitos do trabalhador, visando à melhoria de sua

condição social, e disciplina a questão salarial, para garantir o atendimento de necessidades básicas, como moradia, educação e a **saúde**, entre outras. A Carta Magna, no Título VIII (Da Ordem Social) abre o Capítulo II (Da **Seguridade Social**), dispondo sobre **saúde**, previdência e assistência social, denotando significativa inspiração no *Welfare State* europeu. A Seção II trata especificamente - Da Saúde. Outros dispositivos da Constituição que versam sobre a saúde podem ser citados: artigos 5º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230, em relação não exaustiva.

#### 3.2 – Particularidades da Constituição de 1.988

##### 3.2.1 – Saúde – direito de todos e dever do Estado

Mas a disposição normativa central sobre saúde encontra-se no **art. 196** da Constituição Federal vigente, ao estabelecer que **a saúde é direito de todos e dever do Estado**. O amplo direito assegurado no título em epígrafe inclui a garantia da redução do risco de doença e de outros agravos. Garante, também, **acesso universal e igualitário** às ações e serviços. E isto não é tudo, pois garante, ainda, além de tratamento curativo, a promoção e proteção da saúde, ações de caráter preventivo, além da reabilitação. Isto é o que reconheceu o constituinte, no mencionado art. 196.

Este generoso e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidade estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do reconhecimento da saúde como direito

social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia?

A propósito da universalidade do atendimento pelos serviços públicos de saúde, determinado pelo referido dispositivo da Constituição, entendemos oportuno relembrar as judiciosas **palavras do infectologista David Uip**, professor da Faculdade de Medicina da USP e diretor de uma entidade de apoio a aidéticos, reproduzidas por Amaral<sup>46</sup>:

*“Acho que isso é engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. ... o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de ... fazer o resto. O modelo está pronto. (...). Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.”*

O art. 197 disciplina aspectos de relevância pública para as ações e serviços de saúde, e atribui competência ao Poder Público para legislar sobre sua regulamentação, fiscalização, controle e execução direta, terceirizada, ou exercida por pessoa física ou jurídica de direito privado.

#### 4 - A DEFESA DOS DIREITOS À SAÚDE: POSSIBILIDADES, LIMITAÇÕES E TENDÊNCIAS

##### 4.1 – Considerações gerais

Como já analisamos, a questão dos direitos à saúde enseja farta discussão quanto à

sua natureza, fundamentos, classificação dos direitos, e outros aspectos, bem como quanto à instrumentalização de sua defesa. Surgem acalorados debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, quando se demandam direitos da saúde. Como direitos sociais, a saúde encontra sérias limitações nas lides individuais.

Sendo os recursos financeiros disponíveis nesta área sempre escassos ou insuficientes, há que se estabelecer critérios de alocação. Os critérios de alocação são objeto de estudo da justiça distributiva e de seus princípios que, dada as naturais limitações do presente trabalho, também não serão aqui abordados, ficando para outra oportunidade.

Todavia, as implicações práticas da questão nos levam a considerar a necessidade de cuidadoso tratamento hermenêutico e judiciosa fundamentação jurídica por parte dos operadores do direito na defesa destes inalienáveis direitos, essencialmente ligados à própria vida, e recomendam também o questionamento do papel do Judiciário. Se tudo se modifica, e com velocidade sempre ascendente, é difícil entender que só a justiça deixe de modificar-se. As decisões judiciais devem evoluir constantemente. E estão evoluindo.

##### 4.2 – Eficácia da tutela jurisdicional

Merece consideração a respeitável assertiva do eminente **Ministro Asfor Rocha**<sup>47</sup>: *“como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de*

<sup>(46)</sup> Ibid, p. 36.

<sup>(47)</sup> ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 371.

*encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável”.*

Tanto na esfera das reivindicações judiciais em face do Poder Público, quanto nas relações jurídicas no âmbito privado, nota-se significativa evolução no pensamento e atuação do Judiciário em matéria de direitos da saúde.

Com relação aos acalorados debates sobre o caráter programático de normas constitucionais sobre saúde e quanto à possibilidade de tutela de direitos fundamentais originários o Supremo Tribunal Federal tem evoluído em suas decisões. As posições doutrinárias também não são pacíficas. Destas questões nos ocuparemos mais adiante.

Merece nossa atenção a análise do pensamento dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e dos Tribunais dos Estados no que tange à interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos diversos contratos de natureza privada, envolvendo relações de consumo, incluídos os contratos de planos e seguros de saúde.

Considera-se relevante a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Avulta a questão da cobertura assegurada aos clientes, especialmente quanto ao aspecto temporal, e no que tange às doenças por ela abrangidas, e ainda sobre as cláusulas abusivas.

Quanto à **limitação temporal** ao direito de usufruir o plano de saúde, informa o referido Ministro do STJ, houve uma inicial divergência entre as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Para dirimir a divergência, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afetou à Segunda Seção o julgamento do REsp. n. 251.024/SP, julgamento realizado em 03-04-2000, a pacificar

o entendimento no sentido de que, sendo a doença coberta pelo contrato de seguro, não se pode impor limite temporal para o seu tratamento, porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação.

Do v. acórdão restou sumariado (*verbis*):

II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Quanto ao rol das **doenças abrangidas** pelos planos de saúde, sabe-se que as empresas do ramo se utilizam de **cláusulas de exclusão** das chamadas **doenças preexistentes**, ou seja, as que já se manifestavam no beneficiário no momento da contratação, mesmo que de forma modesta ou incipiente.

Contudo, a **abrangência** ou não dessas doenças **dependerá da prova** de que o mal já afligia o consumidor ao tempo da contratação, bem como de que o mesmo tinha efetivo conhecimento desse fato.

Essa é a linha de decisão no AgRgAg n. 3.727/SP e nos REsp. n. 40.491/RJ e n. 191.241/PR.

No REsp. n. 198.015/GO (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 17.05.1999), decidiu-se que “se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume o risco do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar”.

Resta registrar que em diversos precedentes tem sido admitida a cobertura de Aids por planos de seguro-saúde, desde que não tenha havido má fé do segurado, bem como restrição à referida síndrome no período da contratação, ou que a empresa não tenha providenciado a feita de exames prévios.

Por oportuno trazemos à colação pronunciamentos de órgãos do Judiciário ao dirimir conflitos referentes a questões de saúde, conforme relato do ilustre membro do Ministério Público carioca, Ronaldo Simão<sup>88</sup>, ao intervir em ação movida contra o Poder Público. São suas as seguintes narrativas.

“Recentemente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro veio a pronunciar decisão em lide envolvendo o poder público estadual em face de número significativo de pleiteantes, em reivindicação referente a tema de saúde coletiva, de pronunciada atualidade.

Refiro-me à querela em que entidades de defesa e cidadãos portadores do vírus da imunodeficiência humana pretenderam compelir o órgão governamental específico ao fornecimento gratuito e sistemático dos medicamentos desenvolvidos recentemente, e popularizados sob a genérica denominação de coquetéis e que levaram à cronificação da doença, estendendo, a princípio ilimitadamente, a sobrevida dos soropositivos.

A ação, ainda em forma de medida cautelar, foi proposta originariamente frente ao Juízo Fazendário, que, tendo deferido liminarmente a pretensão, obrigou o poder público ao fornecimento dos medicamentos ao universo dos solicitantes.

Esta circunstância levou a Procuradoria do Estado a produzir agravo de instrumento, em

que, em face da intervenção obrigatória do Ministério Público, a nós coube formular o parecer cabível, afinal acolhido unanimemente pelo Tribunal”.

Em idêntico sentido, e de forma sensivelmente mais precisa, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em ação cautelar promovida contra o estado:

Ação Cautelar. Liminar contra o Estado. Fornecimento de coquetel de medicamentos para tratamento da AIDS. Admissibilidade. Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la. Inteligência do art. 196 da CR. Liminar mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento 22.239 -5-São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Felipe Ferreira - 18-12-96 - v.u.).

Prosseguindo na análise do tema, Simão acrescenta:

“Os exemplos apresentados parecem eloqüentes de como, através de adequado exercício interpretativo, pode o conflito de interesses em matéria de saúde, quando laborado de forma embasada frente ao Poder Judiciário, produzir deslinde significativo de superior exercitação de cidadania.

Até mesmo com repercussão na sociedade como um todo, eis que, nesta específica matéria, lides como as aqui referenciadas, em somatório a outras similares, raras, aliás, findariam por resultar na imediata generalização da prática de distribuição dos produtos em nível nacional, como hoje se vê.

<sup>88</sup> Ibid, p. 3-7.

Curiosamente nem por isto o alegado caos financeiro nos orçamentos de saúde que pretensamente resultaria de decisão favorável aos pleitos jamais aconteceu; nada, pelo menos, além da desordem já conhecida de todos...

Trata-se, pois, de uma faceta da complexa questão da garantia de preservação da saúde, individual e pública, cuja solvabilidade vem de ter berço nos órgãos judiciários do país”.

#### 4.2.1 – Abrangência dos litígios sobre saúde

Cada vez se amplia mais o campo de litígios sobre saúde, tanto em relação aos entes públicos, como no que tange ao Plano Privado de Assistência à Saúde. Ações condenatórias, declaratórias e mandamentais são propostas. Vicejam medidas cautelares e pedidos de tutela antecipada. Os direitos tutelados abrangem amplo espectro, versando sobre aspectos contratuais os mais diversos, como prazo e tipo de internação, carência, doenças pré-existentes, publicidade enganosa, responsabilidade civil de profissionais de saúde, solidariedade dos hospitais, e outros.

**Os tribunais têm protegido inclusive os danos morais de pacientes e familiares.**

Sobre o tema Rizzatto Nunes narra marcantes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>49</sup>:

*INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Dano moral – Plano de saúde – Pessoa idosa e seriamente doente – Profundo desgosto diante da ameaça constante de não receber tratamento médico-hospitalar contratado – Ver-*

*ba devida – Valor fixado que não se afigura elevado, sopesadas a extensão dos danos e a posição sócio-econômica da contratada – Recurso não provido.*

O v. acórdão é de 15 de outubro de 1998, sendo Relator o douto Desembargador Ivan Sartori.

Veja-se este outro interessante enfoque do direito à saúde, sutilmente captado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ampliando a abrangência da garantia deste direito.

*DANO MORAL – Empresa prestadora de serviços médico-hospitalares – Descredenciamento de hospital sem prévio aviso – Associado e familiares submetidos à demora vexatória e humilhante em face desse desligamento – Indenização devida – Apelo provido.*

(AC 62.883-4 – SP – Aptes.: R.R.G e outros – Apdo.: C.T.) (Voto n. 2.653)

O v. acórdão é de 11 de fevereiro de 1999, sendo relator o douto Desembargador Testa Marchi que, em seu VOTO, faz assertivas de grande significância, dignas de registro, a saber:

3. O não-atendimento da paciente pelo convênio porque a empresa prestadora de serviços médicos não avisou, com antecedência, o associado sobre o descredenciamento do hospital, o que provocou demora e desconforto à usuária e seus familiares, expondo-os a vexame público, está a exigir a reparação do dano moral sofrido, sabido que este tem também função punitiva para o ofensor.

De fato, só não foram prestados melhores serviços pelo hospital pelo fato de não mais

<sup>(49)</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 268-273.

existir o convênio. Se a cliente tivesse sido avisada com antecedência pelo réu, certamente seus familiares procurariam outro estabelecimento em busca de tratamento, sem necessidade de incorrerem nos riscos da demora no atendimento e de se exporem às dificuldades, obstáculos, dissabores e aflição que a situação lhes causou. A dor, o vexame e humilhação, no caso, fugiram à normalidade de uma demora num nosocômio qualquer, não estando fora de órbita a necessidade da reparação porque o réu descuidou do exercício de suas atividades, pois lhe competia avisar, com a antecedência necessária sobre o desligamento daquele hospital, cabendo-lhe indenizar a segurada e seus familiares que se viram impedidos do atendimento com presteza, provocando um desconforto e uma situação que gerou sofrimento, angústia, humilhação e abatimento moral, além de obrigar os autores a procurarem a Justiça para o ressarcimento dos gastos tidos com o tratamento.

Outrossim, não é exercício regular do direito o encerramento do convênio entre a empresa prestadora de assistência médico-hospitalar e o nosocômio, sem prévio aviso ao associado, fazendo com que este se dirija ao hospital descredenciado quando o caso requeria tratamento de urgência, ofendendo a sua integridade moral como também de seus familiares acompanhantes, atingindo-os internamente no seu sentimento de dignidade, causando-lhes não só constrangimentos ou melindre e, indiscutivelmente, dano moral pelos sentimentos repulsivos que a dispensa unilateral do nosocômio, sem prévio aviso, gerou.

## 4.3 – TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DO STF E STJ

### 4.3.1 – O entendimento do STF

Importantes discussões doutrinárias afloram quando em estudo a relevante questão do **direito à saúde**. Pode-se defender o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador? É plausível a defesa da teoria maximalista ou estamos presos às decisões minimalistas? Que dizer da posição doutrinária da proteção do mínimo existencial?

O Supremo Tribunal Federal – STF tem evoluído no julgamento destas questões em recursos apreciados em 1999 e 2000. Proferiu importantes decisões sobre o fornecimento de remédios para aids, ampliando sobremaneira seu posicionamento quanto ao direito em apreço.

**Lobo Torres, comentando julgamentos do STF sobre o direito à saúde, produz percuciente estudo, a que denominou “O Supremo Tribunal Federal e as Decisões Minimalistas”.**<sup>50</sup>

Informa o jurista que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação gaúcha – Leis n. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 – que reconheceu o direito dos portadores de AIDS, sem recursos financeiros, à obtenção de medicamentos por parte do Estado.

Esclarece que as decisões do STF deram pela constitucionalidade com o argumento de que as leis ordinárias eram plenamente compatíveis com o art. 196 da Constituição Federal.

<sup>(50)</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas (comentário à ementa do AGRRE 273.834-4, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. de 02.02.2001, p. 137). In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 388-391.

No RE 242.859 – RS, sendo relator o Min. Ilmar Galvão, decidiu a 1ª Turma, em 29.06.99, DJ 17.9.99:

“ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93), por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.”

Diz Lobo Torres que as ementas dos acórdãos proferidos no RE (AgRg) 271.286 – RJ (Informativo 210) e no RE 267.612 (decisão de 2.8.2000, DJU de 23.8.2000, informativo 202), em que foi relator o Min. Celso de Mello, reproduzem aproximadamente o mesmo texto.

Segundo suas palavras, “exurgem dos acórdãos referidos algumas conclusões da maior importância para o futuro dos direitos fundamentais no Brasil”.

A **primeira conclusão** diz respeito ao **acatamento ao princípio da “reserva do possível”** ou da “reserva do orçamento”. Ou seja, a proteção estatal se faz baseada em lei estadual, compatível com a Constituição e com a legislação federal para aidéticos (Lei n. 9.313/96), que também prevê medicamento gratuito. Afirma Lobo Torres que o STF não

afirmou o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador, como defendia antigamente o professor português J.J. Gomes Canotilho.

A **segunda conclusão** deste jurista consiste em que o fornecimento de medicamento se restringe às pessoas carentes, enquadrando-se, portanto, na **proteção do mínimo existencial** que, como assevera, é região na qual os **direitos sociais**, como o direito à saúde curativa, se **transformam em direitos fundamentais**, ganhando, para alguns, o *status* de direitos fundamentais sociais.

A seguir, **Lobo Torres** faz acurado **comentário** sobre o **AGRRE 273.834-4, STJ, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. 02.02.2001.**

Reconhece que a conclusão é justa e de grande alcance. Mas critica o STF por estender-se demasiadamente na fundamentação, e declara que esta trouxe desnecessárias dúvidas para a afirmação do direito à saúde no país. Prefere seguir a linha do constitucionalista americano Cass Sunstein, segundo o qual “as decisões dos tribunais constitucionais devem ser minimalistas, isto é, devem se restringir à solução do caso emergente, sem generalizações que lhes vinculem as ulteriores decisões”.

Afirma que o referido acórdão, “preferiu adotar o estilo maximalista, esparramado e bombástico”, ao proclamar de forma retórica e contrastante com o teor e o alcance da decisão que:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível

assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

#### A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSISTENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Após a fiel transcrição supra, comenta Lobo Torres que “a leitura da longa e

desnecessária ementa pode conduzir à conclusão de que o direito ao fornecimento de remédios é obrigação do Estado e direito fundamental do contribuinte. É inegável que **as ementas maximalistas deixam sem respostas as principais indagações que se fazem sobre os direitos humanos** e conduzem à banalização de tão importante temática”. E apresenta as indagações seguintes:

a) o direito à saúde, qualificando-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, é protegido em sua extensão máxima em todo o Brasil ou apenas em Estados, como o Rio Grande do Sul, que expediram legislação específica?

b) o direito a medicamentos estende-se, além da AIDS, a outras doenças terminais?

c) o direito a medicamentos e a prestação de medicina curativa restringe-se aos carentes ou beneficiam toda a população?

d) como fazer nas hipóteses de inexistência de verba orçamentária ou de programas específicos, ou de garantias institucionais (hospitais e centros médicos)?

e) em que extensão tem o Estado o dever de prolongar a vida dos doentes terminais, utilizando a tecnologia moderna?

E o eminente jurista conclui seu comentário dizendo que “a questão apresenta intrincados problemas jurídicos e éticos que desaconselham decisões tão genéricas e superficiais como as que o STF vem proferindo”.

#### 4.3.2 - Direito à saúde: norma programática ou direito fundamental originário?

Ainda sobre o mesmo tema, e a mesma decisão do STF, parece-nos oportuno destacar a

**posição do magistrado federal e docente de direito Leonardo Tavares<sup>51</sup>**, que declara:

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se na efetividade da prestação, pelo Estado, do direito social à saúde pública previsto no art. 196 da Constituição da República:

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

Segundo José Afonso da Silva, citado por Tavares, a saúde é uma espécie de direito da seguridade social, ao lado dos direitos à assistência e previdência social (art. 194 e art. 6º, da CF/88), sendo normatizada por meio de regras de natureza programática ou de baixa densidade.

Para Tavares **“todas as normas constitucionais, mesmo a que fixam programas ou tarefas prestacionais por parte do Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas**, no sentido de que, na falta de ato legislativo concretizador, se encontrariam aptas a desencadear algum efeito jurídico, seja para colmatar a produção legislativa ou deixar de receber normas infraconstitucionais editadas anteriormente à Carta com ela incompatível, **não parecendo sustentável hodiernamente o fato de que essas normas seriam meras proclamações de cunho ideológico e político”**.

Comentando a supra referida decisão do STF sobre o direito à saúde, este jurista esclarece que a decisão em apreço apóia-se não apenas nas disposições do art. 196 da Constituição Federal, mas também na legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, instituidora de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Assim, entende que a decisão do Supremo “não enfrentou diretamente o tema da possibilidade de se exigir do Estado determinada prestação do direito à saúde com base exclusivamente na norma constitucional, pois havia legislação ordinária integradora”.

A dificuldade surge, diz Tavares, na efetivação de norma constitucional garantidora de direito fundamental de natureza social e de cunho prestacional carente de complementação legislativa.

Aqui teremos a oportunidade de ampliar nossas considerações sobre os *novos* direitos sociais, iniciadas anteriormente no item 2.2, da Parte II deste estudo.

Na ausência da integração legislativa, apresentam-se **três correntes doutrinárias**, buscando solucionar o problema.

A **primeira** delas defende a **máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem a necessidade de integração legislativa**. É a teoria maximalista, segundo a qual seria possível exigir do Estado as prestações sociais vinculadas à saúde, com fundamento em ilação interpretativa do texto constitucional. No caso, deve-se prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na

<sup>(51)</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): Comentário à jurisprudência. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 392-401.

normatividade do art. 196 da Carta Magna. Segundo Tavares, este é o entendimento de **Luís Roberto Barroso** ao afirmar: “**em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional**”.

Todavia, como se depreende da exposição, esta importante tese desconsidera a limitação real das previsões orçamentárias. Aliás, Tavares afirma que a posição da máxima eficácia não dá elementos suficientes para a solução do conflito e que seus defensores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional.

Uma **segunda** corrente reconhece a existência de limitações na obrigatoriedade das prestações estatais, impostas pela reserva da possibilidade orçamentária, também conhecida como **teoria da reserva do possível**. Em situações de escolhas dramáticas caberia ao Estado demonstrar que tem motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas, num processo de inversão do ônus da prova. Ao Judiciário ficaria reservado o julgamento da razoabilidade e da faticidade dessas razões. A opção política, segundo esta escola, é preferencialmente do legislativo e executivo, cabendo ao judiciário apenas o controle da razoabilidade.

Tavares reconhece a necessidade de uma terceira opção. E argumenta: “a tese da máxima efetividade na concretização de direitos sociais de cunho prestacional, apesar de sedutora, corre o risco de cair no vazio da impossibilidade de aplicação prática”, face às restrições orçamentárias.

Já a imposição fria da teoria do possível pode ser considerada tímida demais, especialmente em casos imprevisíveis ou impossíveis de inclusão em previsões orçamentárias. Não se pode descartar, ainda, o fundamentado argumento de incompetência do Judiciário na escolha de destinação de despesas, diante da discricionariedade do legislador e do executivo nesta matéria. Por outro lado, pode-se considerar de extrema passividade a intervenção do Judiciário apenas para controle da razoabilidade da opção do Legislativo ou Executivo. Isto porque podem surgir situações em que esta tese, embora bem aplicada tecnicamente, pode levar a conseqüências injustas, lesivas de outros princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana.

Neste quadro descrito, e buscando-se o necessário equilíbrio, parece haver espaço para uma **terceira opção**, que resguarde a exigência judicial de **um mínimo de prestações estatais, capazes de garantir a sobrevivência humana**, respeitada a discricionariedade de opções legislativas e executivas na alocação de recursos.

Considere-se que, estando em jogo a dignidade da pessoa humana, não podem prevalecer as opções dos mandatários do povo, embora legítimas, diante de uma agressão aos princípios permanentes estabelecidos pelo Poder Constituinte, também legitimamente eleito, afirma este mesmo jurista. E pondera não ser o caso de invasão de poderes. Trata-se, isto sim, do **controle de constitucionalidade** e exercício da nobre função de **guarda da constituição** (art. 102, caput, da Constituição da República). Com grande propriedade, Tavares esclarece não haver infração à limitação do exercício das funções do Poder, mas tão somente evita-se que este princípio venha a servir de “escudo formal à preservação dos valores mais caros

estabelecidos na Constituição e protegidos por cláusula de imutabilidade – os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Completando seu pensamento, Tavares parte da “visualização de diversas dimensões do conceito de cidadania para chegar ao parâmetro do **mínimo existencial ou mínimo social**<sup>52</sup>, aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que exige prestações positivas do Estado, a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor unificador de todos os direitos fundamentais”.

Tavares cita Ingo Wolfgang Sarlet<sup>53</sup> que, balizando o mínimo existencial, sustenta: “a existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta... E prossegue: É no direito à saúde ... que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana... Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos de ausência de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. **No caso do direito à saúde, o**

**reconhecimento 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”.**

Considerando o estágio atual da evolução doutrinária, e os precedentes jurisprudenciais, Tavares afirma:

**“As prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzíveis diretamente das normas constitucionais consagradoras”.**

Para J.J. Gomes Canotilho, *apud* Tavares<sup>54</sup>, pode-se constatar a existência de direitos originários a prestações quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitucionais desses direitos”.

Se o Estado deixar de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, caberá a intervenção do Judiciário para determinar seu cumprimento. Do contrário, perecerá a força normativa da Carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>(52)</sup> Termo utilizado por John Rawls em *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 370.

<sup>(53)</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. Livraria do Advogado, 1988, p. 294/299.

<sup>(54)</sup> *Ibid*, p. 399.

Contudo, Tavares recomenda toda prudência na verificação do limite do mínimo existencial, nos casos concretos, a fim de se evitar a invasão da competência legislativa.

#### 4.3.3 – Tutela de direitos fundamentais originários e a separação de poderes

Sobre a momentosa questão da incompetência do Judiciário para decidir sobre direitos individuais à saúde, que envolvam alocação de recursos, matéria de competência do Poder Legislativo e sujeita à discricionariedade do Poder Executivo, façamos algumas reflexões adicionais.

Está assentado que o **princípio da separação de poderes**, como princípio organizatório estrutural, é uma das grandes constantes do Estado Constitucional, segundo ensina o douto constitucionalista Canotilho<sup>55</sup>. Assim, ficam bem estabelecidas as funções dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Mas, observe-se, trata-se de um princípio de **separação e interdependência**. E este “**não é um esquema constitucional rígido, nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal**”, afirma o conceituado jurista citado.

Canotilho defende a **inexistência de uma separação absoluta**, propugnando pela prevalência da teoria do núcleo essencial, com fixação de funções fundamentais (legislativas, administrativas e jurisdicionais), sem qualquer caráter de exclusividade. O que se busca, o fim colimado é a proibição do monismo do poder.

#### 4.3.4 – Posição do STJ sobre direitos fundamentais originários e a saúde

##### 4.3.4.1 – Fornecimento de medicamento por ente público

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça ficou firmado o entendimento da possibilidade de ser determinada a prestação do direito à saúde fundada diretamente na norma constitucional.

É o que se deduz da conclusão a que chegou a 1ª Turma do STJ, como transparece na transcrição seguinte da ementa do **ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04/09/2000, p. 00121:**

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA – ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88. ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 – A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltado para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a

<sup>(55)</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra – Portugal : Livraria Almedina. p. 549-553.

gravidade do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 – É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 – Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 – Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”(art. 196).

5 – Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 – Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 – Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

#### 4.3.4.2 – Exclusão de tratamento de Aids: Cláusula contratual abusiva

As disposições constitucionais garantidoras do direito à saúde estão ganhando corpo, ampliando seu entendimento e campo de ação, ficando cada vez mais definida sua ação no campo do direito privado. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, está firmado o entendimento de que a cláusula de exclusão de tratamento de Aids é nula, por ser abusiva e contrária à boa-fé. (Recurso Especial 333.169-SP, relator ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 17 de setembro de 2002). Ao decidir várias ações que envolvem conflitos provenientes das relações de portadores do HIV e as empresas que exploram planos de saúde, o Judiciário brasileiro assume importante papel na luta pela preservação do equilíbrio e justiça contratual.

Reconhecendo como de consumo a relação entre o segurado e o plano de saúde, o STJ aplica aos contratos de seguro-saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre contrato de adesão (art. 54) e abusividade de cláusulas contratuais (art. 51). Os contratos utilizados pelos planos de saúde caracterizam-se como contratos de adesão, isso quer dizer que o consumidor não participa da elaboração do instrumento contratual, cujas cláusulas são unilateralmente estabelecidas pelo fornecedor. Ao consumidor resta somente aceitar em bloco as cláusulas ou, quando muito, discutir e modificar o que não seja da substância do negócio jurídico.

### III - CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Envolvendo polêmicos aspectos constitucionais, o tema dos direitos à saúde é deveras intrigante e assaz desafiador para os operadores e estudiosos do direito, como confirma o presente estudo, especialmente para os que buscam novos caminhos em direção à eficácia da tutela jurisdicional.

Foram enfrentadas questões concernentes à natureza jurídica dos direitos à saúde e discutido o problema dos chamados princípios programáticos e operativos, em face de nosso ordenamento jurídico pátrio, da doutrina e a novel tendência jurisprudencial, sendo vislumbrados sinais de alterações promissoras neste campo.

Por isto, já **podemos concluir** que, apesar da acirrada polêmica sobre a natureza e extensão dos direitos à saúde, **todos têm o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos, pois a saúde, além de um direito, é um instrumento afirmativo de cidadania.**

Pelos expressivos exemplos trazidos à colação, também somos autorizados a **concluir** que, **através de adequado exercício integrativo, os interesses em matéria de saúde terão soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se formos buscar os fundamentos nos preceitos e princípios constitucionais, preferentemente à legislação ordinária.**

Como os constituintes tiveram um amplo descortino em suas formulações sobre saúde, tendo haurido princípios de fontes superiores, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, começa a ser reconhecida a

procedência dessa positivação normativa pelos nossos tribunais.

**Todo nosso esforço deverá ser no sentido de consolidar, ampliar e tornar realidade efetiva as conquistas alcançadas em formulações de nossa Carta Magna.**

Creemos que podemos finalizar afirmando que, embora sejam elevados os princípios e significativos os direitos relativos à saúde, já integrados em nosso ordenamento jurídico, e promissores os sinais da tendência doutrinária e jurisprudencial, há um longo caminho a palmilhar, para vencer a distância entre o plano discursivo e a áspera realidade fática.

As conquistas a alcançar certamente estão integradas aos estudos e elaborações doutrinárias e jurisprudenciais. É de mais alta relevância a participação dos operadores e estudiosos do direito, especialmente nos campos do Direito Constitucional Processual, Processual Constitucional e Constitucional, sempre em busca da viabilização do acesso à Justiça, no seu mais amplo sentido, perseguindo a eficácia da tutela jurisdicional e efetividade do processo.

### IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra – Portugal : Livraria Almedina.

CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 118-168.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. In FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre : Fabris Editor, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos (Diretores)*. Vol. 02. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Arquivos de Direitos Humanos (Diretores)*. Vol. 03. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tir. Brasília : Brasília Jurídica, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde*

(Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

ROCHA, Asfor César. *Temas de medicina na jurisprudência do STJ*. In: TEIXEIRA,

Sálvio de Figueiredo, coordenador. *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo : LTr, 1999.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., 2. tir. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito à saúde (STF): comentário*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos (v.3)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas*. In MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de direitos humanos (v. 3)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.