

---

# O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA CONFORMAR A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A FUNÇÃO SOCIAL DO JUIZ NO CONTEXTO DO ESTADO FEDERAL

---

*Paulo José Monteiro Santos Lima*  
*Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A saúde como uma questão de justiça; 1.1 Consiações gerais; 1.2 As gerações dos direitos fundametais; 1.3 O direito à saúde como uma mudança de paradigma; 2 Judicialização do direito à saúde e organização administrativa; 2.1 O princípio federativo. Forma de Estado e organização administrativa; 2.2 A Federação no Brasil; 2.3 Características da federação; 2.4 A Federação na Constituição de 1988; 3 As teorias da ação; 3.1 Considerações gerais; 3.2 O pensamento publicista e a superação do conceito de ação pelo de jurisdição. O ativismo judicial; 4 A proporcionalidade para a aplicação razoável do direito à saúde; 4.1 Proporcionalidade e razoabilidade; 5 Conclusões; Referências.

## INTRODUÇÃO

A importância do estudo da judicialização do Direito à Saúde e a sua relação com o sistema federativo e o ativismo judicial pode ser apreendida de imediato pelo simples volume de ações judiciais envolvendo o tema. Segundo dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde brasileiro, só no ano de 2011, foram propostas um total de 12.811 ações pleiteando algum tipo de benefício relacionado a área de saúde; um aumento de 15% em relação ao ano de 2010.

Também, segundo o mesmo órgão, foram dispendidos montantes para o cumprimento de decisões judiciais na ordem de R\$287.844.968,16. No tocante aos depósitos judiciais e repasses aos Estados e Municípios os valores gastos chegam ao patamar de R\$ 68.002.157,43.

Considerando que o Brasil é uma República Federativa, na qual a competência para atender as demandas de saúde se repartem entre as três esferas de poder – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, é de suma importância compreender como ocorrer essa repartição de competências em relação às demandas de saúde.

Assim, far-se-á ao longo deste texto o estudo das ações na área de saúde em face do sistema federativa, tendo em vista o crescente ativismo judicial, bem como se delineará os aspectos gerais da evolução dos direitos fundamentais, as teorias da ação, o princípio federativo, o ativismo judicial e a função social do juiz e, por fim, estudar-se-á a aplicação do princípio da proporcionalidade no que concerne à atuação do Poder Judiciário.

## 1 A SAÚDE COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA

### 1.1 Considerações gerais

Atualmente, a saúde é considerada pelos profissionais como instrumento de mudanças e de transformações sociais. Uma dessas mudanças está na ordem jurídica.

Há nos hospitais públicos brasileiros um grande contingente de pessoas vindas das diversas classes sociais e culturais, muitas delas são vítimas da opressão social e emocional e do preconceito. Elas mostram, por meio de seus dramas pessoais, o fracasso do sistema público de saúde e, assim sendo, mobilizam e despertam, de forma contraditória e didática, os avanços da instituição médica. Neste contexto, a saúde se insere como instrumento, trabalhando na tentativa de superação e na abertura de possibilidades de renovação para muitos.

Na atualidade, o reconhecimento do caráter central da Constituição e da força normativa dos princípios, acaba por motivar o reconhecimento de um novo papel ao judiciário, atribuindo-lhe a responsabilidade de

efetivamente construir as soluções jurídicas dos casos concretos a partir do respeito à integridade do ordenamento, do respeito às expectativas históricas de cada povo (baseadas na jurisprudência) e do respeito ao pluralismo social, desamarrando-se da objetividade dos parâmetros majoritários traçados pela lei e assimilando uma nova perspectiva axiológica de respeito à dignidade humana traçada a partir da Constituição.

O direito nesse contexto, se revela íntegro e realça sua feição de conformador da ordem jurídica e política segundo a materialização da noção de dignidade da pessoa humana.

Isso não significa que no ambiente da decisão judicial, o órgão judicante esteja a usurpar a atividade legislativa. Na verdade, o julgador confere concretude e coerência ao ordenamento jurídico e à ordem social, razão pela qual, para tanto apenas exerce atividade interpretativa consentânea com a vontade constituinte abstratamente especificada pelo legislador ordinária, não havendo, dessa forma violação ao postulado da separação de poderes, mas na verdade, seu reforço.

A prestação social à saúde que, imposta ao Estado, deve ser fornecida aos indivíduos a título de dever constitucional imposto ao Poder Público. Veja-se, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana – princípio basilar na Constituição Federal de 1988 -- está previsto, no âmbito do Direito Internacional Público, na Carta da Organização das Nações Unidas, assinada em São Francisco, Estados Unidos, em 26 de junho de 1946, pelos cinquenta e um Estados membros originais, dentre os quais está o Brasil, a qual reafirmou que:

Nós, os povos das Nações Unidas, decididos:

[...]

a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas;

Tal documento trouxe às Nações um caráter humanitário para a elaboração das legislações subseqüentes ao período do Pós-guerra de 1948. A Carta busca contemplar a vida e a dignidade para todas as pessoas de forma igualitária, ou seja, o sistema contemporâneo considera o princípio da dignidade, tanto no aspecto material como no formal, inerente a todo e qualquer ser que pertença à simples condição de ser humano.

Neste contexto, calha trazer à lume o pensamento de Barcellos<sup>1</sup>:

Sem a existência de parâmetros normativos, ainda que principiológicos, que norteiem o afazer hermenêutico, a interpretação jurídica acaba por se tornar demasiadamente abstrata, trazendo, ao contrário da propalada

1 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

certeza jurídica tão defendida pelo positivismo, verdadeira insegurança no processo de aplicação das regras jurídicas.

Basta ver que Estados Totalitários, como o nazista e o fascista, foram implementados mesmo em um contexto formal de reconhecimento de direitos fundamentais de natureza constitucional:

‘O século XX, entretanto, conheceu a total subversão dos valores que inspiraram as revoluções burguesas e fundamentaram a ideia do Estado moderno e da própria Constituição. Lembre-se que mesmo sendo individualista, formal e passivo, particularmente no que toca a intervenção estatal, o humanismo do Estado Liberal foi o responsável pela consolidação histórica, ainda que de forma limitada, da ideia de centralidade do homem.

Ao longo do século XX, em vários momentos e por várias razões, o homem foi não apenas funcionalizado, como também imolado brutalmente nos altares do Estado-nação, do Estado-partido, da ideologia da segurança nacional, dentre outras variações sobre temas semelhantes. As Constituições, nesse meio tempo, foram ignoradas ou manipuladas em seu aspecto estritamente positivo-formal. O Estado nazista alemão, embora não tenha sido a última dessas experiências, foi certamente a mais chocante, tanto por estampar a barbárie em tons e formas quase inacreditáveis, como por sua constringedora convivência formal com a Constituição de Weimar de 1919.

O paradigma do Estado de Direito enfatiza na existência de princípios formais que garantiriam a liberdade do indivíduo e apregoava a existência do Estado mínimo não-intervencionista. Este, por sua vez, desenvolveu-se no Constitucionalismo social característico do Estado Constitucional, marcado pelo nascimento do Tribunal Constitucional como órgão especializado de controle de constitucionalidade, seguindo a Teoria de Hans Kelsen, tendo como primeiro exemplo a Constituição da Áustria de 1920. E, por fim, o paradigma atual -- o Estado Democrático de Direito -- pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e que visa à realização material dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Por essa perspectiva, o Direito à Saúde, que pela visão liberal significava a mera previsão normativa desse preceito no texto constitucional, passou, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser um comando constitucional a ser efetivado pelo Estado e pela sociedade por meio da produção de normas jurídicas infraconstitucionais que viabilizem a sua consecução, bem como a implementação de ações afirmativas que apliquem essas normas à realidade social. E o Poder Judiciário passa a ter o dever de, quando demandado, envidar esforços para a realização concreta do Direito à Saúde.

De modo similar, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para a hermenêutica dos textos

normativos constitucionais e infraconstitucionais a fim de possibilitar a efetivação social e jurídica dos direitos e garantias fundamentais.

A partir do reconhecimento de que o ordenamento jurídico está embasado nos princípios que regem a comunidade a que se destinam, e que a ele se sobrepõem, na ausência da norma específica para reger o caso concreto, tais princípios serão de observância obrigatória, como é o caso daqueles que exigem o respeito aos direitos fundamentais, como é o caso do princípio da dignidade humana. A discricionariedade do juiz, nesse caso, já não será decisionista, pois não haverá o nada jurídico, mas uma base principiológica segura, a fundamentar sua decisão.

Como visto, a solução principiológica dos litígios, com especial ênfase nas demandas que versam sobre o Direito à Saúde, é adequada e aplicável não apenas no tocante ao Direito interno, mas também no âmbito internacional.

## 1.2 As gerações dos direitos fundamentais

Os Direitos Fundamentais surgiram com a democracia e com finalidade de limitar o poder do estado sobre o cidadão. Veio para dá segurança aos indivíduos e garantir a tutela da Vida, da Liberdade, da Igualdade e da Propriedade. Esses direitos ganharão força com as Revoluções inglesa Francesa. Nós sabemos que os direitos fundamentais são inalienáveis, imprescritível, intransferíveis e irrenunciáveis. Os Direitos Fundamentais são aqueles direitos inerentes à própria condição humana.

Os direitos fundamentais são resultado de um desenvolvimento histórico da relação entre o homem e o Estado decorrente de um processo lento de conquistas. O surgimento dos direitos fundamentais é devido à aparição do Estado Liberal, no século XIX, entretanto iniciou sua trajetória evolucionista muito antes. O marco inicial em que o Estado cede seu totalitarismo em benefício dos homens foi a Carta Magna do Rei João Sem Terra, em 1215.

Os direitos fundamentais não surgiram do acaso. Todos foram incluídos, no ordenamento jurídico pouco a pouco, com grande mudança de acordo com o tempo e com o contexto histórico até os dias de hoje. Os Direitos Fundamentais ocorreram em quatro gerações distintas ao longo de nossa história.

A *Primeira Geração* tratava das Liberdades Públicas e dos Direitos Políticos. A *Segunda Geração* foi a do Estado do bem-estar social, direitos econômicos e sociais, ou seja da (igualdade). *Terceira Geração* - Direitos de solidariedade nos quais, o Código de Defesa do Consumidor é um excelente exemplo. *Quarta Geração* - Direito das minorias que trata de novos direitos sociais decorrentes da evolução da sociedade e da globalização. Envolvem questões relacionadas à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco.

O termo “geração” serve para distinguir o momento histórico em que surgiu a tutela de novos direitos. É importante ressaltar que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, todos têm o mesmo grau de importância.

### 1.3 O Direito à Saúde como uma mudança de paradigma

A partir da breve concepção do que vem a ser um ‘paradigma’, restamos cientes de que se faz necessário tratar da renovação havida no conceito de ciência, quando o saber científico passa ser tomado como um saber que se sabe precário, desprovido de pretensões de conhecimento absoluto e não cartesiano. Abstrai-se a ideia de precisão indiscutível, sobre a qual se assentavam as ciências da natureza, para abrir espaço a um pensar dinâmico que se renova e que pode expurgar arquétipos anteriormente incontestáveis.

A presente concepção de ciência é deveras importante para o Direito, já que as pretensões de conhecimento absoluto e preciso eram bem convenientes às ciências naturais e exatas, mas afetava o ideal do Direito como ciência, visto que a base convencional do direito moderno, positivado, mutável e construído a partir dos casos concretos, não seria compatível com uma ideia de ciência que pudesse ser apresentada como um conhecimento indiscutível, perene e imutável.

Thomas Kuhn afirma que o conceito de paradigma está “estritamente relacionado com a ciência normal”<sup>2</sup>. Kuhn esclarece que a expressão paradigma pode ser tomada em dois sentidos<sup>3</sup>:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem subsistir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.

O Direito Constitucional, como forma de conhecimento científico, produz os seus próprios paradigmas, que se sucedem no tempo à medida que a compreensão do fenômeno jurídico-constitucional evolui e se aprofunda.

Assim, o paradigma antigo-medieval que se focava na autorreflexão e na busca da liberdade interior foi superado pelo Estado de Direito, que enfatiza na existência de princípios formais que garantiriam a liberdade do indivíduo e apregoava a existência do Estado mínimo não-intervencionista. Este, por sua vez, desenvolveu-se no Constitucionalismo social característico do Estado Constitucional, marcado pelo nascimento do Tribunal Constitucional como órgão

2 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 30.

3 *Ibidem*, p. 220

especializado de controle de constitucionalidade, seguindo a Teoria de Hans Kelsen, tendo como primeiro exemplo a Constituição da Áustria de 1920. E, por fim, o paradigma atual -- o Estado Democrático de Direito -- pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e que visa à realização material dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A superação de um paradigma por outro não implica em uma imediata e completa eliminação do modelo anterior, mas antes os modelos se sobrepõem por longo tempo, influenciando-se mutuamente, não só no tocante na produção de normas infraconstitucionais, mas também, sobretudo, na interpretação do próprio texto constitucional.

Assim, por exemplo, o princípio da igualdade, que pela visão liberal significava a mera previsão normativa desse preceito no texto constitucional, passou, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser um comando constitucional a ser efetivado pelo Estado e pela sociedade por meio da produção de normas jurídicas infraconstitucionais que viabilizem a sua consecução, bem como a implementação de ações afirmativas que apliquem essas normas à realidade social.

De modo similar, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para a hermenêutica dos textos normativos constitucionais e infraconstitucionais a fim de possibilitar a efetivação social e jurídica dos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o Direito à Saúde se insere nesse novo paradigma no sentido de que a sua previsão meramente formal na Constituição não é suficiente para atender os anseios da sociedade. O Direito à Saúde deve ser efetivado pelo Poder Público por meio de ações concretas que assegurem à sociedade o acesso a saúde boa qualidade. E, se eventualmente os Poderes Executivos e Legislativos permanecerem inertes, caberia ao Poder Judiciário, no âmbito do processo judicial, responder ao pedido que lhe é apresentado, impondo, inclusive, obrigações ao Poder Público.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA FEDERATIVO**

### **2.1 O princípio federativo. Forma de Estado e organização administrativa**

A ideia moderna de Federação surge em 1787, na Convenção de Filadélfia, onde as treze ex-colônias inglesas resolveram dispor de uma parcela de suas soberanias, tornando-se autônomas e constituindo um novo Estado, este sim soberano. Foi a Constituição de 1787 quem deu origem aos Estados Unidos da América, criando uma nova forma de Estado, o federativo.

Com efeito, quando se criou a primeira Federação conhecida, a americana, o que se tratou de resolver na época foi o problema resultante da convivência entre si das treze colônias inglesas tornadas Estados

independentes e desejosas de adotar uma forma de poder político unificado. De outra parte, não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar. Com estes pressupostos surgiu, assim, a Federação como uma associação de Estados pactuada por meio de Constituição.

O federalismo é, ainda em nossos dias, um princípio organizador, que encontra grande receptividade e ressonância na vida de muitos países. Ele não se desatualizou porque soube encontrar novos fundamentos em substituição àqueles que lhe deram origem.

## 2.2 A Federação no Brasil

A forma federativa surgiu em 15 de novembro de 1889, junto com a República, por força do Decreto n.º 1. No caso brasileiro, ao invés de diversos Estados, tínhamos um só; o Brasil todo respondia ao domínio do imperador. Depois de proclamadas a República e a Federação é que se viu a necessidade de criarem-se os Estados-Membros, aos quais se delegaram algumas competências. Assim, trata-se de uma Federação surgida pela desagregação de um Estado unitário, ao contrário da Federação norte-americana, nascida da agregação de Estados preexistentes. Esta talvez seja uma das razões pelas quais o Brasil nunca chegou a ter uma verdadeira Federação, onde os Estados-Membros alcançam uma autonomia real.

A Federação é forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem. No entanto, nem sempre se alcança uma racional distribuição do poder. O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por poder mais amplo quando puder ser exercido por um poder local, afinal os cidadãos moram nos Municípios e não na União.

Deve o princípio federativo informar o legislador infraconstitucional - que está obrigado a acatar tal princípio na elaboração das leis ordinárias -, bem como os intérpretes da Constituição, a começar pelos membros do poder judiciário.

## 2.3 Características da federação

Poderíamos elencar inúmeras características da Federação; abordaremos, entretanto, apenas aquelas que se nos demonstram mais importantes:

- a) uma descentralização político-administrativa constitucionalmente prevista;
- b) uma Constituição rígida que não permite a alteração da repartição de competências por intermédio de legislação ordinária. Se assim fosse possível, estaríamos num Estado unitário, politicamente descentralizado;
- c) existência de um órgão que dite a vontade dos membros da Federação - no caso brasileiro temos o Senado, no qual se reúnem os representantes dos Estados-Membros;
- d) autonomia financeira, constitucionalmente prevista, para que os entes federados não fiquem na dependência do poder central;
- e) existência de um órgão constitucionalidade das leis, para que não haja invasão de competências.

#### 2.4 A Federação na Constituição de 1988

Continuamos sob uma Constituição eminentemente centralizadora. O traço principal que marca a nossa estrutura federativa é fortalecimento da União relativamente às demais pessoas integrantes do sistema. O Estado brasileiro na Constituição atual ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência de competências, tanto legislativas quanto de execução, muito superiores àquele alcançado pelo Estado brasileiro.

No Estado Federal coexistem duas ordens políticas sobrepostas, uma nacional e outra regional, sobre um mesmo território e sobre a mesma população. É justamente a sobreposição destas duas ordens jurídicas que caracteriza o federalismo. O fundamento do Estado Federado é o princípio da autonomia das entidades federadas que se apoia na existência de governo próprio e na posse de competência exclusiva. Existência harmônica de dois poderes políticos paralelos só é possível através de um sistema de repartição de competências entre o Governo Nacional e os Governos Estaduais. Esta distribuição de competências estabelecidas pela Constituição Federal é o ponto nuclear da noção de Estado Federal.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um sistema de competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes. O princípio utilizado na distribuição destas

competências entre os diversos entes federados é o da predominância do interesse, segundo o qual cabe a União as matérias e questões de predominante interesse nacional, aos Estados-Membros, assuntos de interesse regional e aos Municípios, matérias de interesse local.

Para a repartição de competências, as constituições utilizam uma das seguintes técnicas: enumeração de poderes da União, reservando-se aos Estados poderes remanescentes; poderes enumerados aos Estados e remanescentes à União; enumeração das competências das entidades federativas. Este último é que vigora no Brasil.

A Constituição Federal adota sistema complexo, com enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), poderes remanescentes para os Estados (art. 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas existindo a possibilidade de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que atuam paralelamente todos os entes federados (art. 23) e setores concorrentes em que a União estabelece políticas gerais e aos Estados e Municípios cabe competência suplementar.

As competências podem ser classificadas através de vários critérios, quanto à forma, conteúdo, extensão e origem.

Quanto à forma ou processo de sua distribuição, a competência poderá ser: enumerado ou expressa; reservada, remanescente ou residual; implícita ou resultante ou inerente ou decorrente.

Quanto ao conteúdo, pode ser: econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária.

Quanto à extensão, pode ser: exclusiva, privativa, concorrente e comum ou cumulativa ou paralela.

Quanto à origem, pode ser: originária e delegada.

No que concerne aos sistemas de execução de serviços dentro de um Estado Federativo, distinguem-se três sistemas;

- a) Sistema imediato, no qual a União e os Estados mantêm sua própria administração, com funcionários próprios, independentemente uns dos outros e subordinados aos respectivos governos;
- b) Sistema mediato, no qual os serviços federais em cada Estado são executados por funcionários deste, mantendo a União pequeno corpo de servidores incumbidos da vigilância e fiscalização desses serviços;
- c) Sistema misto, em que certos serviços federais são executados por funcionários estaduais e outros por funcionários federais e vice-versa.

### 3 AS TEORIAS DA AÇÃO

#### 3.1 Considerações gerais

O conceito de ação tem sofrido mudanças ao longo do tempo, refletindo a evolução histórica da sociedade humana no tocante à atividade jurisdicional e o seu papel como instrumento de solução dos conflitos que surgem do seio do tecido social.

Modernamente, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>4</sup>, pode-se conceituar ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”. Desse modo, reconhece-se a autonomia do direito de ação<sup>5</sup> em relação ao direito material.

A primeira teoria da ação a influenciar o pensamento ocidental é oriunda do direito romano, na célebre definição de Celso para o qual “ação nada mais é do o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido (*actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur*)”<sup>6</sup>. Era a denominada teoria imanentista ou clássica. De acordo com esse pensamento jurídico, a ação decorreria do próprio direito material e não poderia ser separada deste. Seria, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, “o próprio direito reagindo a uma violação”<sup>7</sup>. A Marinoni<sup>8</sup> comenta a respeito do conceito imanentista o seguinte:

A compreensão da definição de Celso pela doutrina que não viu qualquer distinção entre a ação e o direito material ao menos permitiu o esclarecimento de que a ação privada não mais existia, e então ‘nada mais era’ do que o direito de perseguir o direito por intermédio do juiz.

Seria, por assim dizer, o próprio direito material reagindo a sua lesão.

Conforme assevera Galeno Lacerda<sup>9</sup>, a concepção civilista do direito de ação apresenta deficiências fundamentais: em primeiro lugar, ignora a presença do juiz no processo, sendo a ação dirigida ao Estado; todo conceito de ação válido deve abranger também a ação penal; a concepção civilista não explica satisfatoriamente o fenômeno da improcedência da ação.

Savigny, em uma variante da concepção civilista, sustentava que, embora o direito de ação fosse um novo direito oriundo da lesão direito material, ele se dirigia ao devedor da obrigação e não ao Estado.

4 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267.

5 Idem, p. 208.

6 Apud, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 159.

7 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 209.

8 MARINONI, p. 160.

9 LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 212.

Portanto, para Savigny, o direito de ação possuiria a natureza jurídica de um direito privado.

A concepção civilista do direito de ação dominou a doutrina processualista até que, durante o século XIX, o jurista germânico Windscheid publicou a sua obra *A ação do direito civil do ponto de vista do direito moderno*. Para Windscheid, o direito violado distinguia-se da ação, sendo *actio* romana “a faculdade de realizar a própria vontade através de uma ‘perseguição em juízo’<sup>10</sup>.”

Por sua vez, Muther delineou a tese de que além do direito de ação contra o Estado, a *actio* também constituiria um direito dirigido ao Estado para que este apresentasse um tutela jurídica. Haveria o direito de queixa que se volta ao Estado (*Klage* ou *Klagerecht*); e o direito do Estado de voltar contra o autor da lesão para eliminá-la.<sup>11</sup> Marinoni<sup>12</sup> comenta sobre tema que:

De acordo com Muther, desde o direito romano se podia conceber que, ligado a um ‘direito originário’, havia um direito contra o Estado, de modo que também no direito moderno, diante da ideia de *Klagerecht*, existiria um direito de agir autônomo em relação ao direito originário, ainda que a ele vinculado.

[...]

Para Muther, o direito de agir, embora não se confundindo com direito material, tem ele como pressuposto. Assim, a sua construção, ainda que isolando o direito de agir do direito material, tem uma base no direito privado.

A polêmica entre Windscheid e Muther representou um importante avanço no pensamento jurídico-processual, pois, pela primeira vez, ficou nítido que o direito de ação, o direito processual, não se confunde com direito material, afastando-se, dessa maneira, da concepção civilista que até então dominava a doutrina jurídica e reconhecendo-se a autonomia do direito processual.

O passo seguinte na evolução do conceito de ação foi o análise daqueles processos no qual o Poder Judiciário, ao apreciar a pretensão apresentada pelo autor, conclui pela improcedência do pedido, pela inexistência de direito material a funda o pedido autoral.

No início do século XX, Binder apresentou a tese de que “*o jus não nasce com a actio ou a actio não se identifica com jus [...] a actio é um prius em relação ao jus, a actio antecede a jus*”<sup>13</sup>

10 MARINONI, op. cit., p. 161 e 162.

11 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 268.

12 MARINONI, op. cit., p. 164.

13 LACERDA, op. cit. p. 216 e 217.

Por sua vez, Bülow apresentava o entendimento de que a ação é um direito público, e não de natureza privada.

A solução encontrada por Plósz e Degenkolb foi a de que o direito de ação é independente do direito material<sup>14</sup>. Marinoni<sup>15</sup> expõe que:

Degenkolb argumentava que é necessário construir uma base teórica para a ação favorável e para a ação desfavorável. Diz que, em face de qualquer conflito, um dos litigantes tem o poder de levar o outro para diante do juiz e, assim, que o réu tem a obrigação de participar do processo. O que obriga o réu a participar do processo é o direito de agir, que nada tem a ver com o direito material. O fundamento desse direito de agir é a própria personalidade do autor, porque dessa vem a *consciência* ou a convicção subjetiva ao direito, ou mais precisamente a aspiração ao direito, o direito ao direito, em relação ao qual a efetiva existência do direito material é meramente acidental.

Por outro lado, o jurista Mortara sustentava que “a ação se funda na mera afirmação de existência do direito e, portanto, que não é preciso dizer que a ação somente existe quando exercida conscientemente ou de boa-fé.”<sup>16</sup>

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>17</sup>, “foi Wach, ainda, na Alemanha, que elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica”. De acordo com essa doutrina jurídica, o direito de ação direciona-se contra o Estado, pedindo-se a tutela jurídica, e também contra o autor da lesão para que se submeta a decisão estatal. Cintra, Grinover e Dinamarco salientam que<sup>18</sup> “o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”. Dessa forma, a natureza jurídica do direito de ação seria a de um direito público e concreto. O autor teria pretensão a tutela jurídica, a qual existira apenas no caso de uma sentença favorável. Haveria, também, para Wach, uma pretensão à sentença que pertenceria tanto ao autor como ao réu.

Segundo a concepção de Chiovenda, a ação visava a produzir juridicamente um efeito sobre o réu, por meio da sentença de procedência. A sentença aplicaria a Lei ao caso, fazendo-a atuar. A natureza jurídica do direito de ação seria, para Chiovenda, a de um direito potestativo.

Couture sustentava a tese de que o direito de ação seria um direito de petição, não existindo uma diferença essencial entre o direito de ação e o de petição. Para esse jurista uruguaio, o direito de ação seria apenas uma espécie do qual o direito de petição seria gênero.

14 MARINONI, op. cit., p. 165.

15 Ibidem, p. 165.

16 Ibidem, p. 166.

17 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 268 e 269.

18 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 269.

Mais influente no direito processual brasileiro, foi a teoria de Liebman das condições da ação. Para Liebman, a existência das condições da ação – inicialmente possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade para agir, restringidas posteriormente a apenas estas duas últimas – é que caracterizaria a ação. As condições da ação estariam relacionadas a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adotou a teoria das condições da ação de Liebman, conforme se observa da leitura dos seus arts. 3º e 267, VI.

### 3.2 O pensamento publicista e a superação do conceito de ação pelo de jurisdição. O ativismo judicial

Inicialmente, a título de contextualização do tema, apresentamos um breve panorama acerca da jurisdição e de suas características.

Costuma-se conceituar<sup>19</sup> jurisdição como *Jus Dicere* (Direito Dizer) ou *Juris Dicto* (Direito Dição), a aplicação da lei no caso concreto para as partes, obedecendo as garantias constitucionais. A jurisdição é poder, função, atividade e dever que consiste na aplicação da lei, isto é, atuação do direito objetivo ou material por um órgão imparcial desinteressado e que se encontra acima das partes, no intuito de solucionar uma controvérsia judicial.

A doutrina<sup>20</sup> atribui à jurisdição o caráter de substitutividade, pois o juiz substitui as partes e diz a vontade do Estado; e escopo<sup>21</sup> de atuação do direito objetivo, de aplicação da lei, na garantia do direito objetivo. A jurisdição possuiria, ainda, as seguintes características<sup>22</sup>: lide, definida como pretensão resistida qualificada pelo direito das partes; inércia, a qual diz-se da condição do judiciário antes da provocação, isto é, provocação das partes; definitividade, a qual obriga ambas as partes do processo a obedecer as decisões definitivas; e a coisa julgada material, que ocorre em toda controvérsia que já foi julgada pelo judiciário contra à qual não cabe mais recurso.

A Jurisdição<sup>23</sup> apresenta comumente como princípios específicos: investidura, que consiste na aprovação em concurso público de provas e títulos e quinto constitucional (exceção) só nos tribunais; aderência, segunda a qual todo juiz está atrelado a um território e outro juiz não pode responder pelo titular desde que devidamente designado; indelegabilidade, pois não pode o juiz transferir sua competência a outro

19 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147 e 148.

20 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 148.

21 *Ibidem*, p. 149.

22 *Ibidem*, p. 150 e 151.

23 *Ibidem*, p. 153 a 156.

juiz, pois é a lei que delega poderes a esse juiz; inevitabilidade, pois o judiciário deve fornecer uma decisão (resposta) às partes, seja favorável ou não; inafastabilidade, pela qual deve haver amplo acesso ao poder judiciário; e juiz natural, consagrado constitucionalmente, o qual veda existência de juiz ou tribunal de exceção.

O ativismo judicial é um fenômeno que aparece no sentido de uma crescente atuação do Poder Judiciário, interpretado a norma de modo, inclusive, a criar direito novo, se necessário, bem como agindo de forma mais intensa no curso do próprio processo. Uma faceta do ativismo judicial consiste em conduzir ao Poder Judiciário matérias que, em princípio, deveriam ser discutidas e decididas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. BARROSO expõe claramente<sup>24</sup> que, *ipsis verbis*:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.

Por sua vez, Dinamarco<sup>25</sup> defende que o processo deve ser um instrumento para realização do direito, atuando o magistrado de forma mais ativa para consecução da Justiça:

O juiz tem de fazer justiça; ele usará as técnicas do processo e também as normas de direito material para fazer justiça. Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio.

Por essa perspectiva, o conceito de ação situa-se em uma patamar de sujeição em relação ao de jurisdição, pois o magistrado possui a iniciativa de adotar as providências que considerar pertinentes e decidir de modo a realizar o justo.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf).

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). In: *Cadernos de Direito GP*, v. 7. n.4, julho de 2010. p. 19. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5>. Acesso em: 23 mar. 2013.

Assim, o fenômeno da publicização do processo, segundo JUNOY<sup>26</sup>, apresenta algumas consequências interessantes:

Consecuencia más relevante se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo (*dispositionsprinzip*), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (*verhandlungsmaxime*), al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades del órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso.

Isso significa dizer que o magistrado deve atuar ativamente, adotando as medidas que forem necessárias para o andamento do processo e para a efetiva aplicação do direito, inclusive interpretando-se a norma ou, até mesmo, criando direito novo aplicável ao caso concreto, quando da inércia do Poder Legislativo em legislar.

O risco da intensificação desse fenômeno é justamente a transferência de competências, sem a respectiva previsão constitucional, dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Não se pode olvidar que as políticas públicas, em um regime democrático, são elaboradas pelos representantes eleitos do povo – no âmbito federal: os deputados, senadores e o Presidente da República –, não se parecendo adequado que a publicização do processo e o ativismo judicial levem a uma situação na qual o Poder Judiciário, cujos membros são selecionados tecnicamente – por concurso público –, decida questões de cunho político, social ou de gestão da coisa pública.

Um exemplo que ocorre diuturnamente na Justiça Federal de todo o país é o das ações para fornecimento de medicamento pelo Poder Público. O Poder Executivo elaborou toda uma política pública com escopo de, com os recursos disponíveis, fornecer um sistema de saúde pública ou de financiamento público universal. Naturalmente, o sistema de saúde pública e de financiamento público do Brasil apresenta muitos problemas, mas busca-se por meio dos Órgãos competentes o melhor uso e gestão dos recursos públicos a fim de atender a maior população possível e da melhor maneira possível. Essa é uma matéria que diz respeito à própria atividade administrativa do Estado, a qual visa atender o interesse público, na forma da Lei e da Constituição. Todavia, observa-se que o Poder Judiciário tem frequentemente, nas ações desse tipo, proferido decisões<sup>27</sup> que interferem diretamente na

26 JUNOY, Joan Picó I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*: Un debate mal planteado. Artigo apresentado no “Congreso Internacional de Derecho Procesal” realizado em Lima de 29 a 31 de outubro de 2003, e publicado em “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, 2003. p. 55-66.

27 Veja-se, por exemplo, a seguinte decisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 648971, EROS GRAU, STF)

gestão da coisa pública (inclusive com o bloqueio de verbas públicas<sup>28</sup>), passando, o Judiciário a atuar também como administrador público. Em outras palavras, o conceito de jurisdição sofreu uma ampliação para abarcar atividades essencialmente administrativas, expressando, assim, a preponderância do Poder Judiciário sobre a Administração Pública e, também, pode-se dizer, sobre o jurisdicionado.

O ativismo judicial é salutar quando se mantém dentro das fronteiras das previsões constitucionais e legais, integrando as lacunas da norma e a realizando o justo, pois, conforme salientado por Dinamarco<sup>29</sup>, “*um juiz radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele*”.

Nesse contexto, calha transcrever as lições do Prof. Gozáini<sup>30</sup> a respeito dos novos postulados processuais:

1. La función jurisdiccional es el rol del Estado en el proceso judicial. Los jueces representan esa autoridad investida de un poder que, al mismo tiempo, supone un deber de eficacia y justicia hacia las personas. Por ello, en la tarea de decidir no se puede echar mano a cuestiones técnicas, o sutilezas, que posterguen el derecho a una tutela judicial efectiva.

2. En la entrada de estas consideraciones ha de estar presente que no se puede privar a persona alguna de su derecho de tener un proceso y un juez que lo escuche. Por tanto, el problema de la legitimación para actuar tampoco puede seguir leyéndose en la captura tradicional del concepto de “legitimación ad causam” y “legitimación ad processum”.

3. Es fundamental asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Inclusive, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos.

[...]

A evolução do pensamento processual no sentido de crescente publicização do ordenamento jurídico tem como consequência a

28 Veja-se o seguinte acórdão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 553712, RICARDO LEWANDOWSKI, STF)

29 DINAMARCO, op. cit. p. 19.

30 GOZÁINI, Osvaldo A. *La Función Social del Juez*. San José: IJSA, 2012. p.93 e 95.

preponderância da jurisdição – atividade essencialmente pública encartada pelo Poder Judiciário – sobre a ação.

O ativismo do Judiciário tem, também, uma conotação política, isto porque na medida em que o Poder Judiciário amplia sua competência e sua atuação para além dos limites da ação e da interpretação estrita da Lei igualmente amplia a sua capacidade a sua capacidade de interferência social; o que significa a perspectiva de se obter mais prerrogativas e poder. Não se pode esquecer que o próprio CPC, no seu Capítulo IV, impõe limites a atuação do magistrado, embora também apresente dispositivos (por exemplo, art. 130, 131 e, a contrario sensu, 133) que abrem as portas para o ativismo do judiciário.

Não se pode esquecer o fato de que as políticas públicas são produzidas pelos representantes eleitos do povo -- pelo Poder Legislativo, precipuamente. O Poder Judiciário deveria ter uma atuação eminentemente técnico-jurídica, limitando-se o seu ativismo aos estritos limites da Lei e da Constituição, pois o magistrado não passou pelo crivo das urnas. Calha ressaltar nesse ponto a pensamento de Schwartz<sup>31</sup>:

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexisteria necessidade de uma decisão derivada do sistema judiciário caso tais Poderes cumprissem com seu papel.

[...]

O que ocorre é que a atuação do Estado vem em um momento primeiro. O Judiciário age depois da omissão ou da comissão da prestação positiva estatal. Mas isso não significa que o problema seja única e exclusivamente de alçada dos Poderes Públicos, pois a saúde exige solução de e por todos.

De fato, o conceito de jurisdição prepondera, no atual cenário jurídico, sobre o de ação, sendo que se observa que o Poder Judiciário tem atuado de forma crescentemente ativa, tanto no âmbito do processo como na interpretação da norma, sendo que o caso das ações de saúde revela de modo impactante essa mudança de paradigma.

## 4 A PROPORCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO RAZOÁVEL DO DIREITO À SAÚDE

### 4.1 Proporcionalidade e razoabilidade

Princípios são enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se

31 SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 162.

obrigatoriamente a todos os casos concretos. Princípios, no sentido jurídico, são os requisitos primordiais instituídos como fundamento de alguma coisa.

Os princípios gerais do direito processual são concreções de pensamento insculpido na Constituição e, ainda mais precisamente, dos princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao processo. Princípios são axiomas jurídicos e políticos básicos e, portanto, que são os padrões mínimos que deve se sujeitar o processo judicial para ser considerado um devido processo legal, em conformidade com as exigências da Constituição.

J.J.Gomes CANOTILHO<sup>32</sup> coloca o princípio da proporcionalidade entre os princípios jurídicos fundamentais e assim os define:

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.

O Prof. Gilmar Ferreira Mendes<sup>33</sup> ensina:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa nova orientação foi que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, assim também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Mas a forma sob a qual se deu a sedimentação do princípio da proporcionalidade e a sua migração para o direito constitucional restaram condicionadas ao sistema jurídico adotado a partir da formação dos estados modernos.

A Prof. Suzana de Toledo Barros sustenta que o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação ou da idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais em conjunto dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito. Segundo essa Professora<sup>34</sup>, o Princípio da

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Coimbra, 1993.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

34 BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Proporcionalidade é uma expressão utilizada pelos países de tradição romano-germânica (os alemães, também o denominam princípio da proibição de excesso ou vedação de excesso), enquanto o direito norte-americano prefere a denominação de “princípio da razoabilidade”:

O germe do *princípio da proporcionalidade* foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Pode-se afirmar que o *princípio da proporcionalidade* foi consagrado no *direito administrativo* como uma evolução do princípio da legalidade, mas inicialmente a idéia de proporção ligava-se somente às penas. A submissão dos atos administrativos a um controle jurisdicional requereu a criação de instrumentos processuais hábeis a impedir os órgãos do poder executivo de se desviarem da atuação reclamada pelos fins da lei ou, quando ainda adequada a ditos fins, essa atuação se mostrasse excessivamente gravosa aos direitos dos cidadãos.

Para Marinoni<sup>35</sup>, o magistrado deve aplicar a proporcionalidade nas suas decisões de acordo com os Direitos Fundamentais:

Senas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade foi estabelecido no direito administrativo, na época do jusnaturalismo, como ideia de limitação do poder de polícia, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão. Na Europa Continental, esse princípio migrou para o direito constitucional por obra dos alemães. Nos Estados Unidos da América, esse princípio, sob o rótulo da razoabilidade, é ínsito na cláusula do *due process of law*.

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à obtenção dos objetivos pretendidos. Necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Proporcionalidade *strictu sensu* é a ponderação da

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma distribuição equânime de ônus.

Os americanos falam em razoabilidade. O termo, que significa tudo quanto seja conforme a razão. Razoabilidade enseja uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível.

O princípio da proporcionalidade deriva da força normativa dos direitos fundamentais. É haurido principalmente da conjugação dos artigos 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Complementa o princípio da reserva de lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional.

Assim, o administrador público, no uso de poderes vinculado, discricionário, hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia, não pode deixar de obedecer, entre outros princípios, o da proporcionalidade, sob pena de incidir em ilegalidade ou inconstitucionalidade.

## 5 CONCLUSÕES

O tema objeto deste estudo não comporta as tradicionais conclusões fechadas. O presente trabalho apenas abre às portas para compreensão da relação proporcional e razoável entre o Poder Judiciário e o Direito à Saúde sob a ótica dos princípios constitucionais, especialmente em face do Sistema Federativo, que busque promover a efetivação proporcional dos direitos fundamentais no âmbito judicial.

Discutidos os aspectos propostos, resta-nos considerar algumas implicações práticas do que tem sido exposto. Concluímos que o princípio da proporcionalidade é instrumento fundamental para o desempenho de atividade judicial com sucesso, isto porque possibilita uma comunicação saudável e permite um processo de efetivação do direito à saúde muito mais eficiente e abrangente.

Como o Direito à Saúde não pode e não deve ser algo estático e unidirecional, devemos nos lembrar de que os Fóruns do Poder Judiciário não são apenas um lugares para produzir conteúdos teóricos; é, também, local de efetivação de valores e princípios constitucionais, de aplicação de mentalidade científica, lógica e participativa que poderá possibilitar no tocante ao Direito à Saúde o benefício do bem-estar coletivo e pessoal.

Para sair da teoria e entrar na prática do seu diálogo, o magistrado não pode colocar-se na posição ingênua de quem se considera o detentor de todo o saber; deve, antes, colocar-se na posição humilde de quem sabe que não sabe tudo, reconhecendo que o princípio da proporcionalidade como instrumento para a execução razoável do Direito à Saúde. A construção de um *decisum* é um ato pessoal, mas que ocorre por intermédio da interação do magistrado com a realidade jurídica, material e social.

O processo deve garantir a todos o Direito à Saúde igualitário que atinja todas as expectativas, isto é, apropriação dos conteúdos sociais e jurídicos básicos que tenham retorno no meio social. Para isso, o processo deve observar princípio da proporcionalidade e adequar as normas processuais ao meio social e organizando de forma a retratar, o quanto possível, o que a sociedade espera do Processo Civil

Por fim, há um distanciamento entre as tendências constantes da literatura jurídica e a realização prática da atividade de judicante. O princípio da proporcionalidade pode ser um mecanismo para aperfeiçoamento da relação entre o Poder Judiciário e o Direito à Saúde no Estado Federal Brasileiro, conformando e limitando o ativismo judicial.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil – Arts. 1º ao 6º do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990, c.1, n 4.7.6.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos Princípios: Crítica à Proporcionalidade como Solução aos Casos de Conflito Aparente de Normas Jurídicas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>. Acesso em: 21 maio 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. Renovar. Rio de Janeiro, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A Fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: STRECK, Lenio Luiz; CHUEIRI, Vera Karam de. *20 Anos de Constitucionalismo Democrático e Agora?* Porto Alegre, Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso em: 20 abr. 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Cidadania tutelada*. Salvador: IBDP, 2006. *Revista eletrônica de direito do estado*, n° 05, jan./fev./mar. p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 08 maio 2013.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia, Participação e Processo*. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K (orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A constitucionalização dos direitos sociais*. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-CALMON-DE-PASSOS.pdf). Acesso em: 09 maio 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Coimbra, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). In: *Cadernos de Direito GV*, v. 7. n.4, jul. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7850/Caderno%20Direito%20GV%20-%2036%20-%20site.pdf?sequence=5>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FONSECA, João Francisco Naves Da; BONDIOLI, Luís Guilherme Aida; GOUVÊA, José Roberto F.; NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Em Vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *La Función Social del Juez*. San José: IJSA, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. V Tomos. Buenos Aires: La Ley, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JUNOY, JOAN PICÓ I. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. Artigo apresentado no “Congreso Internacional de Derecho Procesal” realizado em Lima de 29 a 31 de outubro de 2003, e publicado em “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LACERDA, Galeno. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O processo e a democracia – a ação jurídica como exercício da democracia*. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf). Acesso em: 13 mar. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=268>. Acesso em: 21 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=269>. Acesso em: 21 maio 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=274>. Acesso em: 23 maio 2013.

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

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.