

LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA

# A TUTELA PONDERADA DO DIREITO À SAÚDE

PROPORCIONALIDADE E SEU USO NA DEFESA CONTRA  
A INSUFICIÊNCIA DE PROTEÇÃO ESTATAL

Prefácio DAVID DUARTE  
Apresentação INGO WOLFGANG SARLET

FORUM

Luiz Antônio Freitas de Almeida

## A TUTELA “PONDERADA” DO DIREITO À SAÚDE

**Proporcionalidade e seu uso na  
defesa contra a insuficiência de  
proteção estatal**

**Prefácio**

*David Duarte*

**Apresentação**

*Ingo Wolfgang Sarlet*

**Área específica**

DIREITO À SAÚDE.

**Áreas afins**

DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITOS HUMANOS,  
FILOSOFIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS,  
TEORIA DO DIREITO.

**Público-alvo/consumidores**

ACADÊMICOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO, JUÍZES, ADVOGADOS.

A obra trata da ponderação e o seu emprego na fiscalização de constitucionalidade de outros poderes em relação ao cumprimento dos deveres positivos relativos ao direito à saúde. Para tanto, aborda a ponderação e sua justificação teórica e examina a norma da proporcionalidade, com estudo dos seus três subtestes, sua relação com o cânone da igualdade e, especialmente, sua utilização na proteção contra a insuficiência. Finalmente, investiga o direito à saúde, com a apresentação de um conceito de saúde, e reflete sobre a escassez e questões de justiça na distribuição de recursos. Detém-se sobre os principais tratados de direitos humanos e estuda os ordenamentos constitucionais de Portugal e Brasil, com o exame das decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal Federal, com especial dedicação ao tema da judicialização da saúde.

**FORMATO:** 17 × 24 cm

**CÓDIGO:** 10002835

A447t Almeida, Luiz Antônio Freitas de  
A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal / Luiz Antônio Freitas de Almeida. – Belo Horizonte : Fórum, 2021.  
597 p. E-book.

ISBN: 978-65-5518-097-8

1. Direito à Saúde. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos Humanos. I. Título.

CDD 341.2

CDU 342.7

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. E-book. ISBN 978-65-5518-097-8.

**Luiz Antônio Freitas de Almeida** é Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, Mestre e Especialista em Direitos Fundamentais, todos os títulos obtidos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela Unaes. Bacharel em Direito pela UFMS. Promotor de Justiça no Ministério Público de Mato Grosso do Sul.

|                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| PREFÁCIO                                                                                                                                          |     |
| David Duarte.....                                                                                                                                 | 13  |
| APRESENTAÇÃO                                                                                                                                      |     |
| Ingo Wolfgang Sarlet .....                                                                                                                        | 17  |
| INTRODUÇÃO .....                                                                                                                                  | 19  |
| CAPÍTULO 1                                                                                                                                        |     |
| A PONDERAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NORMATIVOS E AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....                                                         | 31  |
| 1.1 O constitucionalismo e os direitos fundamentais: o fim do positivismo jurídico? ...                                                           | 32  |
| 1.1.1 Jusnaturalismo, positivismo e realismo jurídicos.....                                                                                       | 32  |
| 1.1.2 Os ataques ao positivismo moderno tradicional e a resposta positivista .....                                                                | 42  |
| 1.1.3 Pós-positivismo? Três jusfilósofos: Alexy, Müller e Ferrajoli .....                                                                         | 49  |
| 1.1.4 Posição adotada.....                                                                                                                        | 53  |
| 1.2 A estrutura das normas de direitos fundamentais.....                                                                                          | 77  |
| 1.3 A distinção entre princípios e regras.....                                                                                                    | 91  |
| 1.4 Ponderação e interpretação .....                                                                                                              | 112 |
| 1.5 Ponderação, conflitos normativos e derrotabilidade .....                                                                                      | 126 |
| 1.6 Críticas à ponderação .....                                                                                                                   | 150 |
| CAPÍTULO 2                                                                                                                                        |     |
| O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA PROTEÇÃO CONTRA INSUFICIÊNCIA ESTATAL: A ESTRUTURAÇÃO DA PONDERAÇÃO NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... | 181 |
| 2.1 Breve esboço histórico sobre o princípio da proporcionalidade.....                                                                            | 183 |
| 2.2 Proporcionalidade, razoabilidade e <i>balancing</i> : aproximações e diferenças conceituais .....                                             | 189 |
| 2.2.1 O teste de não razoabilidade de <i>Wednesbury</i> .....                                                                                     | 190 |
| 2.2.2 O teste de razoabilidade empregado pela Corte Constitucional da África do Sul no escrutínio de direitos sociais .....                       | 199 |
| 2.2.3 O teste de <i>balancing</i> da Suprema Corte dos Estados Unidos .....                                                                       | 209 |
| 2.3 A justificação jurídico-positiva do princípio da proporcionalidade.....                                                                       | 220 |
| 2.3.1 Sistema da Convenção Europeia de Proteção aos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.....                                          | 221 |
| 2.3.2 Canadá .....                                                                                                                                | 227 |
| 2.3.3 Portugal .....                                                                                                                              | 232 |
| 2.3.4 Brasil.....                                                                                                                                 | 236 |
| 2.4 Justificação teórico-normativa da proporcionalidade.....                                                                                      | 238 |
| 2.4.1 Estado de Direito.....                                                                                                                      | 238 |
| 2.4.2 Democracia.....                                                                                                                             | 239 |
| 2.4.3 O regime jurídico contemporâneo dos direitos fundamentais.....                                                                              | 240 |
| 2.4.4 Teoria dos princípios de Alexy .....                                                                                                        | 243 |
| 2.4.5 Posição adotada.....                                                                                                                        | 244 |
| 2.5 A natureza jurídica do princípio da proporcionalidade .....                                                                                   | 245 |
| 2.6 A intensidade de controle judicial e a infiltração de princípios formais no sopesamento: pré-ponderação?.....                                 | 248 |
| 2.7 A estruturação da proporcionalidade .....                                                                                                     | 265 |
| 2.7.1 Legitimidade do fim e do meio estatal.....                                                                                                  | 266 |
| 2.7.2 Adequação ou idoneidade da medida: a conexão racional entre meio e fim.....                                                                 | 278 |

|       |                                                                                                |     |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.7.3 | Necessidade da medida: a possibilidade de meios menos impactantes ao direito fundamental ..... | 285 |
| 2.7.4 | Proporcionalidade em sentido estrito .....                                                     | 296 |
| 2.7.5 | A proteção contra a insuficiência pela proporcionalidade .....                                 | 317 |
| 2.8   | A igualdade e a proporcionalidade .....                                                        | 340 |

### CAPÍTULO 3

#### A TUTELA JUDICIAL “PONDERADA” DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: PROPORCIONALIDADE E CONTEÚDO MÍNIMO COMO EXIGÊNCIAS DE

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| RACIONALIDADE .....                                                                                      | 347 |
| 3.1 A dimensão individual e coletiva da saúde .....                                                      | 349 |
| 3.2 Conceito de saúde .....                                                                              | 354 |
| 3.3 Escassez, racionamento e justiça na saúde .....                                                      | 370 |
| 3.4 <i>Nomen iuris</i> : direito à saúde, à proteção da saúde ou a cuidados sanitários? .....            | 385 |
| 3.5 Direito à saúde no quadro de direitos humanos .....                                                  | 387 |
| 3.6 Regências jurídico-constitucionais do direito à saúde: Portugal e Brasil .....                       | 403 |
| 3.6.1 O direito à saúde na Constituição portuguesa.....                                                  | 410 |
| 3.6.2 O direito à saúde na Constituição brasileira .....                                                 | 441 |
| 3.6.2.1 A judicialização da saúde no Brasil: hidrólise judicial das políticas públicas sanitárias? ..... | 476 |
| 3.6.2.2 Tratamentos e medicamentos não ofertados pelo SUS.....                                           | 505 |
| 3.6.2.3 A Emenda Constitucional nº 95/2016 .....                                                         | 520 |
| 3.7 A defesa de um conteúdo mínimo do direito à saúde no Brasil .....                                    | 523 |
| CONCLUSÕES DA TESE .....                                                                                 | 537 |
| REFERÊNCIAS.....                                                                                         | 561 |
| DECISÕES E VOTOS CONSULTADOS .....                                                                       | 595 |