

Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics

Journal homepage: www.ipebj.com.br/forensicjournal



O Conflito de Princípios no Direito da Saúde

The Conflict of Principles on Health Law

Isaac Ferreira Gomes de Medeiros¹

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Médico, Odontológico e da Saúde no Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos, Ribeirão Preto, SP, Brasil

Received 10 December 2013

Resumo. A tensão entre princípios é uma situação comum e de fácil solução, entretanto, não é claramente perceptível na prática e, muitas vezes, são solucionados os conflitos pelos magistrados sem que se demonstre a técnica utilizada. Tal tensão sempre ocorreu, mormente quando do surgimento do princípio da inafastabilidade de jurisdição, haja vista que não havia como escusar-se o Estado-juiz de dirimir o conflito ante a inexistência de Lei específica. Com efeito, surge a técnica da proporcionalidade para a solução dos conflitos de princípios, de modo que deve o magistrado aplicar um em detrimento de outro sem anulá-lo completamente, uma vez que nosso ordenamento não autoriza a antinomia entre princípios. Tal técnica consiste em utilizar-se da medida menos gravosa possível no que se refere à diminuição do alcance do princípio sobreposto, de modo que deve ser referida medida necessária, adequada e proporcional. É cediço que a atividade jurisdicional é de certa forma criativa, ou seja, o magistrado tem o poder de criar o direito em certos momentos, obviamente que vinculado à legalidade e a todas as disposições constitucionais. Ocorrerão, em certos casos, arbitrariedade do magistrado e, ainda, dos tribunais superiores, o que deve ser demonstrado com a devida cautela.

Palavras-chave: Conflito de Princípios; Proporcionalidade; Hermenêutica.

Abstract. The tension between principles is a common situation and with easy solution. However, it's not clearly perceptible, in practice, and are many times, conflicts are solved by the magistrates without showing which technique was used. That tension always occurred, especially when the emergence of the principle of the lines that does not excuses the State from judging the case. Given that, there is no way to absence from judging from not existing

a specific law for a case. Indeed, with effect, emerge the technique of proportionality to solve the tension between principles, so that the magistrate must apply one over another, without nullifying another, because our system does not allow the antinomy between principles. That technique consists on using the least burdensome as possible in order to reduce the reaching of the superimposed conflict, and must be referred the measure needed, just and proportional. It is musty that the judicial activity is somewhat creative, the magistrate has the power to create the the right in certain moments, obviously attached to the legality of it and all the constitutional dispositions. There will be, in some cases, arbitrariness from the magistrates and, yet, the superior tribunals, which must be shown with caution.

Keywords: Conflict of Principles; Proportionality; Hermeneutics.

1. Introdução

Providos de alto grau de abstração, têm-se os princípios como o sustentáculo do nosso ordenamento jurídico-normativo-constitucional, haja vista que é da interpretação destes que se consubstancia o universo jurídico.

No primeiro momento, cumpre demonstrar o que são princípios jurídicos, como eles estruturam e definem as diretrizes de um sistema constitucional positivo, bem como as suas funções precípua e secundária no sistema jurídico pátrio. Um sistema jurídico-positivo que não tenha como norteadores princípios tidos como gerais é, indubitavelmente, um sistema inoperante.

Em ato contínuo, mostra-se que, por possuírem as normas alto grau de abstração, as tensões entre os princípios constitucionais são frequentes, devendo estes conflitos serem tratados cuidadosamente e com técnica específica para tal. Demonstra-se, portanto, algumas possibilidades e, também, como os magistrados devem utilizar-se da boa técnica de sobreposição para uma otimização na aplicabilidade dos direitos constitucionalmente garantidos.

No capítulo final, busca-se mostrar a aplicação, na prática, da técnica hermenêutica da proporcionalidade na sobreposição dos princípios e, ademais, como esta prática, algumas vezes, pode implicar uma atividade legislativa dos magistrados, o que não é característica da função destes.

Conforme prescreve o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, o Estado-juiz não pode abster-se de decidir uma lide ante a inexistência de lei específica que trate sobre o tema, devendo utilizar-se dos princípios como normas orientadoras, estejam estes expressa ou implicitamente no texto constitucional.

Mormente no tocante a proteção à saúde, verifica-se uma preferência dos magistrados quando da necessidade de se sobrepor princípios que aparecem em rota de colisão e, por essa razão, aprofunda-se o tema no intuito de mostrar que, em muitas vezes, há certa arbitrariedade dos aplicadores do direito. Sem embargos, quando da boa utilização da técnica hermenêutica aplicável, *in casu*, a proporcionalidade, os problemas são solucionados sem que nenhuma das partes integrantes da lide venha a sofrer qualquer tipo de lesão.

Incontáveis julgados foram cautelosamente estudados e alguns, que entende-se como os mais didáticos, foram colhidos nos diversos pretórios do nosso país, no intuito de se demonstrar a aplicabilidade da técnica hermenêutica da proporcionalidade e, também, a eventual atividade legislativa dos juízes e tribunais.

Com o presente estudo se pretende mostrar que o todo jurídico é mais do que um conjunto de normas, ou seja, é a integração destas com quem as utiliza efetivamente, ou seja, os intérpretes, os aplicadores e os cidadãos, estes últimos quando movimentam a máquina judiciária para fazer valer um preceito jurídico que lhe é de direito.

2. Princípios

2.1 A palavra princípio: definição

O vocábulo princípio significa origem, essência, começo, ou seja, de onde se surge algo. A palavra “princípios” denota as premissas de um sistema, sendo estes verdades objetivas que não necessariamente pertencem ao mundo do ser, mas sim do dever ser.

São enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber¹, que no presente caso trata-se das ciências jurídicas.

A palavra “princípio” possui duas acepções, quais sejam, a de ordem moral e a de ordem lógica. Na primeira, dever-se-á atribuir o sentido ético, onde se contemplam as virtudes, bem como a boa formação das razões morais do homem e, quanto à acepção lógica, deve essa partir da compreensão de juízo de valor, isto é, o modo de se apreciar algo qualitativamente para daí se haver formulada uma teoria, nascendo, dessa combinação, o raciocínio (Idem)¹.

No presente estudo faz-se necessário ater-se à palavra “princípio” no que tange à acepção jurídica do termo, devendo ser observada sua particularidade, qual

seja, de ser a origem de um regramento específico, a depender do tema que se pretende regular. Com efeito, tem-se agora uma definição ainda mais direcionada às disciplinas jurídicas propriamente ditas, onde princípios são normas que, aos olhos de quem fala se revestem de uma especial importância, ou aparecem como normas caracterizantes do ordenamento ou de uma sua parte².

Princípios, portanto, são os preceitos nucleares, o alicerce, as vigas mestras de um sistema, ou seja, são disposições fundamentais que irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para uma melhor compreensão e inteligência destas³.

São princípios as ideias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se⁴.

De todo modo tem-se que os princípios, quando concretizados através de uma via interpretativa, nutrem o sistema normativo independentemente de estarem ou não positivados em texto legal.

2.2 Os princípios como base do ordenamento jurídico

Não há como dar aos princípios importância meramente figurativa no contexto jurídico-normativo, vez que temos os princípios gerais como os fundamentos mais elevados do direito. Eles restaram estabelecidos na antiga Roma e expressos nos brocardos, máximas, aforismos que nos legou o direito romano⁵.

Os princípios poderão ser não expressos (implícitos) ou expressos (explícitos). Estes possuem formulação constitucional ou legislativa, a exemplo do princípio da inafastabilidade de jurisdição, garantido pela nossa Carta Política no seu artigo 5, inciso XXXV. Já aqueles são os que não estão expressamente dispostos em texto constitucional, nem tampouco em normas infraconstitucionais, como o da separação dos poderes, de nível constitucional, e o princípio do favor, de ordem trabalhista. Os princípios implícitos são deduzidos pelos intérpretes, ora de normas singulares, ora de conjuntos mais ou menos amplos destas, outrora do ordenamento jurídico como um todo².

A violação de um princípio constitucional consiste em uma agressão direta ao sistema constitucional como um todo, representando, assim, uma inconstitucionalidade com corolários deveras mais graves que uma violação à simples norma nela disposta, posto que os princípios constitucionais são, exatamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica⁶.

A violação de um princípio vem a ser muito mais grave que transgredir uma

norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos legais. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, a depender do escalão do princípio ofendido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, insulto fatal a sua estrutura lógica e corrosão de sua composição mestra⁷.

Os princípios, uma vez dispostos em texto constitucional, se fazem a chave de todo o sistema normativo⁸, o que não poderia ser diferente, posto ser da Constituição que se depreendem as demais normas que regulam as relações interpessoais dos que vivem sob a égide dessas.

São os princípios estruturantes que constituem as formulações básicas de toda a ordem constitucional, ou seja, estes são, por assim dizer, as traves mestras do sistema jurídico-constitucional-positivo⁹.

E é através destes que o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do pensamento jurídico¹⁰.

Os princípios constitucionais sintetizam os principais valores que idealizam a Constituição, ou seja, seus postulados básicos e seus afins, que se dirigem aos três poderes condicionando a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas. Dito de forma sucinta, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que ele instituiu⁶.

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, seja para sua aplicação e integração, seja para a elaboração de novas normas¹¹.

É sabido que todos os princípios jurídicos possuem a generalidade como característica, de modo que há princípios oriundos da natureza do Direito, princípios concernentes ao Direito público e ao privado, correspondentes a cada ramo do Direito e, em cada uma dessas ramificações jurídicas existem princípios correspondentes à sua natureza e interpretação¹².

Desse modo, temos que os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, no que tange o estudo principiológico para a formação destes, são os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirigem¹³.

Assim, os princípios são categorias lógicas e, tanto quanto possível

universais, em que pese não se possa esquecer que, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo vêm a refletir a estrutura ideológica desse Estado, e como tal representar os valores consagrados pela sociedade¹⁴.

Uma Constituição, na acepção jurídica do termo, deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, a qual contém normas referentes à estruturação do Estado como a atribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos que estão, ou possuem algo, sob sua égide¹⁵.

É da Constituição, ou seja, da Lei Maior do Estado que surgem os direitos e garantias fundamentais de todo o sistema jurídico-constitucional-positivo¹⁴.

A Carta Magna, portanto, está acima de todas as leis produzidas pelo Estado, ou seja, é a norma jurídica fundamental que estabelece os termos essenciais do relacionamento entre as autoridades e, entre estas e os indivíduos⁴.

2.3 A função dos princípios no ordenamento jurídico pátrio

Não é raro se encontrar lacunas nos textos legais, e não poderia ser doutra maneira, haja vista estes escritos terem sido criados por homens, sendo, por óbvio, susceptível de falha. Entrementes, uma das funções dos princípios gerais do direito é suprir essa deficiência concernente ao ordenamento jurídico¹⁶.

Ora, marcar como limites aos princípios as normas particulares já criadas, e esperar que eles sejam obtidos por esse modo, exclusivamente, importa introduzir outra vez o inconveniente que o legislador quis remover, tolhendo ainda a virtude integralizadora que lhes é particular¹⁷.

As controvérsias que não possam ser decididas mediante uma precisa disposição legal, por inexistir norma expressa, configuram hipótese de lacuna do direito, a qual deverá ser preenchida com o chamamento dos princípios à solução do conflito em questão².

Na aplicação do direito, seja com a edição de leis ou na solução judicial dos litígios, por exemplo, os princípios são determinantes tanto para a adequada interpretação das regras, como também para o preenchimento das lacunas constantes dos textos normativos⁴.

Os princípios jurídicos são normas assumidas como de hierarquia superior a das regras, devendo haver uma coerência entre estas e aqueles, sob pena de se por em risco a solidez do ordenamento jurídico (*Idem*)⁴.

A feição de unidade ao Texto Constitucional é dada pelos princípios, os quais determinam suas diretrizes fundamentais, sendo esta a razão dos princípios

ganharem em abrangência de modo a ditar a tendência de todas as demais normas ali constantes, influenciando na interpretação, na determinação do seu conteúdo e até tornando inconstitucional a regra cujo teor conflite com os princípios ali consagrados³, noutras palavras, serão os fios condutores dos diferentes segmentos do texto constitucional, dando, com efeito, unidade ao sistema normativo⁶.

São eles – os princípios - que expressam o âmago da vontade do povo, os seus objetivos e sua finalidade, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição, não podendo ser por estes contrariados, e sim prestigiados até as últimas consequências¹⁸.

Não obstante sejam os princípios rotineiramente chamados à suprirem lacunas legais, não é essa sua única função, desempenhando também um papel de extrema importância na interpretação da própria Carta Política, bem como de todo o sistema jurídico-positivo como um sistema coerente e homogêneo, sendo determinantes na própria atuação do Estado¹⁴.

São os princípios constitucionais impositivos que norteiam e informam marcadamente as atividades tanto políticas quanto legislativa do Poder Público, sendo, portanto, as diretrizes definidoras de fins ou tarefas para o Estado¹⁹.

Ora, num primeiro momento, os princípios embasam as decisões políticas fundamentais tomada pelo constituinte, e proclamam os valores supremos e inspiradores quanto a criação ou reorganização de um Estado, condicionando, também, a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação bem como a aplicação de todas as normas jurídicas vigentes⁶.

Funcionam, amiúde, como instrumentos de otimização da aplicação do direito²⁰, devendo sempre se socorrerem destes não somente os intérpretes como também os aplicadores do direito.

Aparecem os princípios, quando analisada a sua presença e função nas Constituições, como os pontos axiológicos de maior destaque e relevância, os quais funcionam como base de fundamentação na hermenêutica dos tribunais bem como dos preceitos da ordem Constitucional²¹, funcionando, portanto, como vetores de sentido jurídico às demais normas, frente aos fatos e atos que exijam compreensão normativa.

Existem também os princípios de construção doutrinária, entendidos como extra-sistemáticos, os quais não derivam de disposição normativa específica, e sim são frutos de argumentação elaborada a partir de um ponto de vista político ou moral, que não é usual constar da motivação das decisões judiciais²².

As regras particulares do direito positivo não se tornam verdadeiramente inteligíveis quando não estão em consonância com os princípios de onde precedem, em que pese estes não estarem, na maior parte das vezes, formulados nos códigos¹⁷.

Alguns princípios possuem força que impõem limites ao poder de revisão das normas constitucionais no que toca às atuações legislativa e administrativa do Poder Público, são os princípios políticos constitucionalmente conformadores, ou seja, os princípios que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte⁹.

Tais princípios norteiam os limites específicos a serem considerados nas hipóteses de revisão do texto constitucional, bem como aos princípios que lhes sejam conexos ou derivados, refletindo-se nas linhas caracterizadoras da Constituição materialmente estabelecida²³.

Ora, a norma de grau superior regula o ato pelo qual se produz uma norma de grau inferior, não determinando apenas o processo em que se produz essa norma inferior, mas também o conteúdo da norma que será produzida²⁴.

Desse modo temos que, seja qual for a classificação dada aos princípios, suas funções vêm sempre para harmonizar e dar lucidez às decisões judiciais, bem como organizar a construção do sistema jurídico-positivo-constitucional, sendo, ainda, as chaves valorativas e axiológicas que garantem o caráter próprio de todo o sistema²².

3. Conflito de princípios

A nossa Carta Política é a evolução de valores sociais densamente estabelecidos, sendo, por essa razão, plenamente possível o surgimento de tensão entre esses valores.

Partindo-se deste pressuposto, tem-se que a Constituição é um conjunto de valores estabelecidos em princípios e normas, escritos ou não, que necessitam harmonizar-se não somente entre as regras jurídicos-constitucionais-positivas, mas, além disso, a convivência entre os princípios ali estabelecidos.

Desse modo, facilmente percebível é, do ponto de vista jurídico, que os próprios princípios constitucionais poderão entrar em conflito, o que, contudo, não importará na prevalência de um princípio em detrimento de outro nem tampouco que alguns deles venham a ser desprezados do âmbito constitucional.

3.1 Surgimento. Possibilidades

Deixar de apreciar um pedido, ou de solucionar qualquer litígio, é uma inqualificável denegação de justiça, devendo o juiz, mesmo ante a inexistência de norma de direito positivo ou consuetudinário, se socorrer dos princípios gerais do direito e, assim, decidir o fato vergastado²⁵.

O “direito incorreto”, ou o “mau direito”, assim considerados os atos da vida que não estejam positivados nas normas de conduta, em hipótese alguma devem ser entendidos como a inexistência de direito propriamente dito²⁶.

Ora, para que uma norma seja considerada válida, é preciso que busque seus alicerces em uma norma superior, e assim por diante, de modo que todas as normas cuja validade possa ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa²⁴.

Existem princípios estabelecidos em todos os níveis da pirâmide jurídica, ou seja, os que são consagrados constitucionalmente, princípios legais e até mesmo infralegais, sendo que, de todos estes, os mais importantes são os princípios constitucionais, uma vez que figuram de maneira superior no nosso ordenamento jurídico e sobreparam os demais²⁷.

Com efeito, não há maiores dificuldades em se solucionar um conflito entre princípios hierarquicamente diferenciados, onde, por óbvio, será sobreposto o de menor grau hierárquico pelo de grau mais elevado.

Tampouco há que se falar na hipótese de que princípios colidentes conduza a exclusão de um princípio em detrimento de outro na ordem jurídica, ou seja, haverá uma incompatibilidade que em hipótese alguma implicará em exclusão²⁸.

Destarte, quanto a inegável unidade dada ao todo do ordenamento jurídico, é de extrema razoabilidade não considerar existente qualquer hierarquia entre os princípios constitucionais²⁶, o que ensejará, em algumas situações, o surgimento de tensão entre os princípios constitucionalmente consagrados, sejam estes expressos ou não.

No que tange à unidade hierárquico-normativa, as normas constitucionais afiguram-se organizadas e estruturadas num todo, de modo que se encontram no mesmo nível hierárquico²⁹.

Não obstante isso, não se permite falar em hierarquia entre os princípios constitucionais, e sim em diferentes níveis de concretização e de densidade semântica, sendo certa a inadmissibilidade de antinomia entre princípios constitucionais, o que gera, algumas vezes, tensão entre tais normas¹⁹.

Os princípios comportam uma série indefinida de aplicações se considerarmos o grau de generalidade e abstração que possuem, o que possibilita que dois ou mais destes incorram em uma mesma situação, sendo que algumas vezes orientando de forma conflitante. Isso porque tais normas incorporam valores e, ante a possibilidade de haver valores colidentes, pode, corolariamente, haver colisão entre princípios³⁰.

A característica de dimensão e de peso atribuída aos princípios revela-se quando dois destes incidem em um caso concreto em rota de colisão, hipótese na qual o conflito será solucionado levando em consideração o peso relativo que possui cada princípio dentro das circunstâncias presentes no caso concreto, de modo que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro³¹.

O que há, portanto, é uma ponderação que deverá ser realizada em análise aos princípios, e não a livre opção pela aplicação de um deles em detrimento do outro (*Idem*)³¹.

O conflito não vai retirar a eficácia plena de um princípio quando este se houver sobreposto por outro, o que ocorrerá, de fato, é a verificação pelo intérprete de qual dos princípios conflitantes assume, naquele caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da realidade³².

À solução de uma tensão insurgida em um caso concreto dever-se-á ser levado em conta o peso e importância atribuída a cada princípio colidente, de forma que se possa eleger qual dos princípios em questão se sobressairá ou sofrerá menos restrição que outros³³.

Não há como se considerar a existência de um princípio invariavelmente preponderante sobre os demais sem que sejam levadas em conta as situações específicas de cada caso, o que importa dizer, corolariamente, que não existem princípios constitucionais absolutos que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta³⁴.

Essa ideia remete, portanto, à ponderação como a forma de se haver solucionado as tensões eventuais entre os princípios, sendo este o método mais apropriado para tanto, posto que se trata de uma técnica jurídica para a solução dos conflitos normativos que envolvem valores conflitantes, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais³⁵.

Inevitável será esta ponderação, posto que a interpretação da Constituição nunca será obtida pela compreensão isolada de um preceito, e sim levando-se em conta em que medidas eles se interpenetram²⁹.

Daí resulta uma interferência que deverá ser reciprocamente considerada entre as normas e os princípios, de modo que a vontade constitucional somente poderá ser extraível a partir de uma interpretação sistemática, onde dois princípios contraditórios poderão se harmonizar desde que renunciem a uma aplicação absoluta (*Idem*)²⁹.

É dizer que não se admite, em hipótese alguma, que um princípio se sobreponha de forma a anular outro totalmente, de modo que sempre haverá, em qualquer caso, a aplicação dos princípios constitucionais envolvidos.

3.2 Técnicas utilizadas para a sobreposição de um princípio em detrimento de outro

Existem princípios aos quais se devem obediência obrigatória no tocante a interpretação constitucional, sendo um deles o princípio da unidade da Constituição. Tal princípio prega ser necessário que o intérprete busque as recíprocas implicações de preceitos e princípios constantes do corpo da Carta Política para que se chegue à sua vontade unitária desta²⁹.

Quando do surgimento de tensão principiológica, impossível será a utilização da técnica de subsunção uma vez que o intérprete, por força do princípio supra mencionado, jamais poderia optar por um princípio e desprezar totalmente outro que, ainda que hipoteticamente, poderia ser utilizável ao mesmo caso³⁵.

Quando da verificação por parte do intérprete de uma verossímil colisão entre os princípios que guardam os direitos fundamentais, caber-lhe-á resolver o problema utilizando-se de uma ponderação, a qual sacrificará, num mínimo possível, o alcance na aplicação do princípio que será sobreposto³⁶.

Utilizar-se-á o intérprete, para tanto, dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre os diversos que nos fornece a doutrina (*Idem*)³⁶.

Em que pese não haver princípios de aplicação absoluta, e sim princípios que, por sua força normativa, via de regra se sobreporá aos demais, como o do direito à vida, acarretará ponderação entre princípios corolários apenas, de modo que a dignidade, assim como a justiça, sempre virá à tona no caso concreto quando for bem feita tal reflexão¹⁵.

Por um exame ulterior, não há que se falar em princípios constitucionais absolutos, nem tampouco num princípio que, em rota contrária com outros princípios, anteceda independentemente do caso em concreto³⁴.

A partir de doutrinas alienígenas, duas soluções foram encontradas para a solução do conflito de princípios, a concordância prática e a dimensão de pesos e importância, que devem ser aplicadas sempre norteadas pelo princípio da proporcionalidade¹⁹.

A boa utilização do princípio da proporcionalidade à solução de conflitos se dá com a verificação de três elementos: a adequação de meios, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁷.

O primeiro consiste em se buscar o meio correto para encontrar um fim baseado no interesse público, ou seja, trata-se de um exame da relação de adequação medida-fim, funcionando também como vedação ao arbítrio no que tange ao controle do fim das leis dada pelo legislador⁹.

O elemento necessidade versa sobre ser indispensável a medida restritiva que está sendo tomada para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental, sendo que não possa ser substituída por outra com a mesma eficácia mas menos gravosa³⁸.

Quanto ao último elemento, o da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, implica na verificação da relação de custo benefício da medida que está sendo tomada, ou seja, da ponderação entre os danos causados e os resultados que serão obtidos⁶.

Desse modo temos que, se a fórmula adotada, além de ser adequada e necessária, seja também a mais benéfica ao titular do direito, no tocante a sua proteção bem como concretização, haverá por atendido ao princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos³⁷.

A boa técnica de resolução dos conflitos de direitos fundamentais utiliza-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual, tanto os direitos fundamentais como os valores constitucionalmente estabelecidos deverão estar plenamente harmonizados, através de uma ponderação que vise a preservação bem como a concretização, no seu máximo, dos direitos e bens constitucionais protegidos³⁶.

Referida ponderação utiliza-se, invariavelmente, do princípio da proporcionalidade como orientador, o qual, em cada caso em concreto agirá para solucionar a tensão.

3.3 O princípio da proporcionalidade: função e aplicabilidade

O marco histórico do princípio da proporcionalidade estabelece-se na Constituição Inglesa de 1215³⁹, entretantes, coube aos Alemães a incumbência de formular o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Constitucional, tal como ele é considerado hoje, migrando para o campo dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional⁴⁰.

É de grande valia reconhecer o princípio da proporcionalidade de forma implícita no texto constitucional, plantado como norma esparsa na Carta Política, estando, portanto, positivado no nosso Direito Constitucional⁴¹.

A existência do referido princípio infere-se da inteligência, em toda sua profundidade e extensão, do parágrafo segundo do artigo quinto da Carta Política, este que versa sobre os direitos e garantias não expressos no texto constitucional, mas sim são decorrentes da essência do estado de direito e dos princípios por este consagrado que fazem inviolável a unidade da constituição (*Idem*)⁴¹.

A ideia de proporcionalidade está umbilicalmente ligada ao conceito jurídico possível de poder em um Estado Democrático de Direito, não se concebendo, por corolário, que o poder seja exercido sem limites, ou seja, o princípio da proporcionalidade é o instrumento pelo qual a medida a ser tomada pelo Estado deve ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente e, ainda, deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que é atingido ou até mesmo sacrificado⁴².

Referido princípio caracteriza-se pela presunção de existência de adequada relação entre os meios utilizados para alcançar fins específicos ou diversos⁴¹.

Trata-se de uma garantia constitucional com dupla função, quais sejam, a de proteger os cidadãos de possíveis abusos de poder por parte do estado e, ainda, como método interpretativo para o magistrado quando houver incompatibilidade na aplicação das normas constitucionais⁴³.

Tal princípio subdivide-se em três elementos, os quais são considerados por alguns como subprincípios, quais sejam, o da adequação, da necessidade e da razoabilidade da medida ou proporcionalidade em sentido estrito³⁷.

A adequação implica uma exigência de que qualquer medida restritiva deverá ser idônea ao alcance da finalidade que se busca com o ato praticado e, caso não o seja, deverá ser tal medida considerada inconstitucional³⁸.

Desse modo, a exigência de um procedimento juridicamente adequado para a realização de qualquer das atividades administrativas considera-se como dimensão insubstituível para a manutenção do Estado Democrático de Direito¹⁹.

No tocante à necessidade de utilização da medida escolhida, importa nesta ser indispensável, e também insubstituível, à preservação do próprio ou de outro direito fundamental¹⁹, isto é, de todas as outras medidas que poderiam ser utilizadas, a que deverá ser utilizada é a menos gravosa e mais eficaz²⁰.

Com relação ao último elemento, qual seja, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a doutrina tratou de assim denominá-lo para uma melhor distinção com o princípio propriamente dito³⁷.

O aspecto chave deste elemento é a ponderação entre direitos, a verificação da relação custo-benefício da medida, ou seja, a ponderação entre os danos causados e os resultados que serão atingidos²⁰.

Diante disso, para que a sobreposição do princípio se faça de forma legal, sem ferir as normas constitucionais, importa na utilização da medida adequada, necessária e, ainda, que a alternativa escolhida seja a menos gravosa, de modo que se invalide em um mínimo possível o alcance do princípio sobreposto.

Por se tratar de um importante critério de argumentação, o princípio da proporcionalidade funciona como um auxiliar para a interpretação, através do qual o intérprete/aplicador se utiliza na tomada das decisões⁴².

Uma flagrante forma de injustiça, v.g., consiste na aplicação de uma pena desigual a um caso igualmente reprovável, em virtude do bem jurídico afetado ser exatamente o mesmo em ambos os casos.

É nesse diapasão que se vem utilizando a proporcionalidade com o intuito de se alcançar a justiça, em sendo o justo o que se encontra na medida exata, ou seja, na qualidade de ser conforme, adequado, proporcional⁴⁴.

Assim, tem-se que a justiça consiste no igual ser tratado de forma igual, e o desigual desigualmente, na exata medida de sua desigualdade, de modo que entrega-se ao magistrado a incumbência de se observar caso a caso para que sejam distribuídos da forma mais justa e igualitária às partes o que se foi posto em discussão.

4. Mecanismo hermenêutico da proporcionalidade

Os princípios do contraditório bem como o do direito à vida encontram-se dispostos expressamente em texto constitucional, não havendo que se falar em hierarquia entre eles.

Entretantes, é facilmente previsível a possibilidade do surgimento de conflito entre tais princípios, sobretudo nas decisões que antecipam os efeitos da tutela pretendida de forma *inaudita altera pars*.

Ora, como não há que se falar em suprimir um princípio em detrimento de outro, este será o momento no qual a boa aplicação do princípio da proporcionalidade indicará qual será o princípio sobreposto e, ainda, em que medida será feito³⁶.

4.1. Objetividade *versus* subjetividade

Observou-se em linhas anteriores que a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de tensão entre normas principiológicas consiste na aplicação da medida menos danosa, a qual deve, também, ser necessária à obtenção do direito e, ainda, proporcional ao caso concreto.

Não há como definirmos previamente quanto cada princípio colidente deverá ser restringido, isto é, a análise deverá ser feita caso a caso pelo aplicador do direito.

Caso seja verificada a existência de reserva de lei, deverá o magistrado albergar-se nas disposições normativas aplicáveis ao caso em tela, todavia, caso não exista, essa solução ficará a cargo dos juízes e tribunais³⁶.

Quanto ao primeiro caso verifica-se o seguinte julgado da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, vejamos.

CIVIL. E PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSPLANTE. EMERGÊNCIA EVIDENCIADA. DIREITO À VIDA. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. - O transplante de órgão é procedimento emergencial e, bem por isso, está albergado pelo disposto no artigo 12, § 2º, I, e § 3º, da Lei 9.656/1998.- Pelo critério do balanceamento dos interesses em conflito, entre o princípio da força obrigatória dos contratos e o direito à vida, deve este último sobrepor-se ao primeiro. - Recurso improvido por unanimidade (Apelação cível, acórdão nº. 94993-3. Relator Frederico Ricardo de Almeida Neves, julgamento realizado em 22/1/2010).¹

¹ Julgado encontrado através de pesquisa realizada por meio do endereço eletrônico www.iobonlinejuridico.com.br.

No caso supra, o princípio do *pacta sunt servanda* e o princípio do direito à vida entraram em rota de colisão, de modo que os magistrados que compõem a turma buscaram o texto da Lei nº. 9.656/98 para justificar a supressão de um princípio, *in casu*, o da força obrigatória dos contratos.

Como dito anteriormente, não haverá a supressão definitiva do referido princípio do ordenamento, uma vez que noutras oportunidades, a proporcionalidade indicará que o princípio da obrigatoriedade dos contratos se sobreponha aos demais, senão vejamos.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia (Recurso Especial, Resp nº. 319707 / SP, Órgão julgador TERCEIRA TURMA, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Julgamento proferido em 07/11/2002).^{II}

Em virtude da inexistência de reserva legal, entregar-se-á a solução do conflito diretamente ao magistrado, o qual, utilizando-se tão somente da sua subjetividade fará a ponderação entre os princípios colidentes e solucionará o caso em análise. Imagine-se o caso em um menor, portador de paralisia cerebral severa, com epilepsia grave de infância, onde o estado alega violação aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da administração, o fato de se estar pedindo medicamento para a manutenção da saúde.

Ora, a imputação desta responsabilidade ao estado é imperiosa, uma vez que não somente há a sobreposição dos princípios da preservação da saúde e integridade física, mas também da dignidade da pessoa humana, este que é tido no nosso ordenamento como metaprincípio.

Nesse diapasão, por demais didático é o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a saber:

Ementa: APELAÇÃO - Ação Civil Pública - Pessoa hipossuficiente, menor e portadora de "paralisia cerebral severa, com epilepsia grave da infância,

^{II} Julgado encontrado através de pesquisa realizada por meio do endereço eletrônico www.tjsp.jus.br.

ocasionando disfagia" Insumo necessário (suplemento alimentar denominado nutrini standart - 4 frascos de 200ml/dia) Obrigação do Município - Denúnciação da lide à União e ao Estado afastada - Direito fundamental ao fornecimento gratuito de insumo - Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF - Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados - Falta de padronização dos bens pretendidos, limitação orçamentária e teoria da reserva do possível Teses afastadas - Cominação de multa, em obrigação imposta a ente público - Viabilidade - Comprovação da hipossuficiência Desnecessária - RECURSO NÃO PROVIDO, com observação. 1. Solidária a responsabilidade dos entes públicos (art. 196 da CF), há legitimidade passiva do demandado isoladamente ou em conjunto, ainda que não se incluam todos os corresponsáveis solidários, observados o litisconsórcio facultativo (não necessário) e a inadmissibilidade de denúnciação da lide à União e ao Estado. 2. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, insumo necessitado, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF). 3. Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível. 4. É viável a cominação de multa, a título de astreinte, ao Poder Público, em obrigação que lhe é imposta por sentença. 5. Desnecessária a comprovação da hipossuficiência para fins de fornecimento de insumos, pois se trata direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos de modo universal e igualitário. Relator(a): Vicente de Abreu Amadei. Comarca: Itapetininga. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 28/05/2013. Data de registro: 29/05/2013.^{III}

Ainda nesse diapasão, dispensa comentários pormenorizados o julgado proferido pela 5ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, veja-se.

Ementa: APELAÇÃO Ação Sumária - Pessoa hipossuficiente, portadora de "Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade" (CID F 90.0) - Medicamento prescrito por médico (Venvanse 30 mg Dexanfetamina 30 mg) Obrigação do Estado - Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos - Falta de padronização do bem pretendido e limitação orçamentária Afronta ao princípio da isonomia - Teses afastadas Valor

^{III} Julgado encontrado através de pesquisa realizada por meio do endereço eletrônico www.tjpe.jus.br.

indevido conferido aos honorários advocatícios - Cominação de multa, em obrigação imposta a ente público - Viabilidade - RECURSOS NÃO PROVIDOS, com observação. 1. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Estado a obrigação de fornecer, prontamente, medicamento e insumo necessitados, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF). 2. Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível. 3. Honorários advocatícios fixados com moderação e por equidade, em desfavor da Fazenda Pública, não comportam modificação. Relator(a): Vicente de Abreu Amadei. Comarca: Nova Granada. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 28/05/2013. Data de registro: 29/05/2013.^{IV}

Não obstante isso, facilmente percebível certa preferência/tendência dos magistrados em valorar alguns princípios em detrimento de outros, o que não pode ser considerado, em absoluto, como ilegal, nem tampouco inconstitucional, posto que, via de regra, seus argumentos fundantes encontram-se abalizados no princípio do livre convencimento do magistrado, este consagrado constitucionalmente.

4.2. Preferência dos magistrados

Ante à previsão constitucional da inafastabilidade de jurisdição, o magistrado necessitará criar direitos efetivamente, quando, simultaneamente, inexistir reserva legal sobre o tema sob sua jurisdição, não legislando de fato, mas dando ao caso em análise uma solução sustentando-se noutras fontes de direito e cuja eficácia estará garantida pelo manto da coisa julgada.

Entretanto, não estará o Estado-juiz investido no direito livre, este no sentido de se criar direitos de forma arbitrária no caso concreto, posto que os limites atribuídos pelo sistema aos magistrados vinculam sua atividade, ainda que não seja de forma completa e absoluta.

Há princípios que comumente entram em rota de colisão, mormente no tocante aos casos que dizem respeito à vida, a proteção à família e a saúde, v.g., de

^{IV} Julgado encontrado através de pesquisa realizada por meio do endereço eletrônico www.tjsp.jus.br.

modo que o magistrado deve, de acordo com a sua convicção, sobrepor um princípio.

O encontro conflitante de princípios é mais comum do que se pode vislumbrar naturalmente e, por essa razão, diversas são as vezes em que o magistrado deverá utilizar-se desta técnica, qual seja, da aplicação do princípio da proporcionalidade, agregada à sua subjetividade, para dar uma solução pacífica a lide, em virtude do imperioso princípio da motivação das decisões judiciais.

Caso que se houve posto em discussão no Estado de São Paulo versa sobre interessante conflito de princípios garantidos constitucionalmente, onde o encontro vetorialmente opostos do princípio da inamovibilidade do médico servidor público, de um lado, e da discricionariedade da administração, de outro, fez com que o magistrado valorasse o da discricionariedade da administração pública, sem, contudo, deixar de aplicar o outro.

Veja-se que a o magistrado utilizou-se da técnica da aplicação do princípio da proporcionalidade, fundando suas razões no princípio da proteção à família albergado na Carta Política, a saber:

EMENTA: SERVIDOR MUNICIPAL - Médico Clínico Geral - Designação de novo posto de serviço e outra área de atuação - Recusa - Inamovibilidade - Inadmissibilidade - Discricionariedade da Administração - Oportunidade e Conveniência. Recurso improvido. Relator(a): Carlos Eduardo Pachi. Data de registro: 19/03/2007.^V

No que tange ao perigo de morte ou a qualquer que seja o risco à saúde da pessoa, os magistrados, via de regra, não se destoam na preferência de sobrepor outros valores ao princípio do *pacta sunt servanda*, o qual, em que pese não ser constitucional, encontra-se protegido pelo instituto do ato jurídico perfeito, este sim albergado na Carta Política, em detrimento do princípio da dignidade humana, senão vejamos:

Em julgado colhido do Tribunal de Justiça de Pernambuco, verificamos que acaso o motivo fosse meramente estético a cláusula contratual não seria abusiva, passando a sê-lo quando da afronta à integridade física do paciente.

Note que o fator físico obesidade, propriamente dito, não é ponto preponderante na decisão do magistrado. Todavia, em virtude da existência da doença, no caso, obesidade mórbida, surge, indubitavelmente, o risco à integridade física de uma pessoa, fazendo com que o princípio da proteção à saúde se sobreponha ao do ato jurídico perfeito, ambos consagrados na Magna Carta.

^V Julgado colhido do endereço eletrônico www.tjsp.jus.br.

No caso específico, havia cláusula contratual que previa a não cobertura do tratamento por parte do plano, contudo, o magistrado disse que:

“Mencionada cláusula é válida em relação, restritivamente, aos paliativos concernentes ao emagrecimento para fins meramente estéticos. No entanto, demonstra-se abusiva ao ser interpretada para obstar ao tratamento da doença de obesidade mórbida.”^{VI}

Não há como se atribuir valores fixos à princípios constitucionais, no sentido de que um sempre se sobressairá em detrimento de outro, devendo o magistrado analisar, caso a caso, com a devida particularidade e só assim reduzir o alcance da aplicação de um princípio e majorar o de outro²⁰.

Não obstante não seja o foco do presente estudo, outro caso que se verifica uma preferência dos magistrados na aplicação de um princípio é no tocante aos pedidos de antecipação dos efeitos da tutela pretendida nos casos em que se pleiteia alimentos, seja para crianças ou fetos (alimentos gravídicos).

Assim, sempre que o magistrado conceder tais efeitos de forma liminar, sem a ouvida da outra parte, haverá sobreposto o princípio do contraditório.

Quando da comprovação da necessidade da parte pleiteadora dos alimentos por parte de outrem, legítimo para tanto, importa demonstrar que é possível a concessão de liminares em Agravo de Instrumento contra decisões de cunho negativo, eis que as mesmas não admitem pedido de efeito suspensivo, posto que se trata de pedido liminar em ação cautelar de alimentos provisionais, de caráter eminentemente provisório e emergencial, visando tão somente satisfazer às necessidades básicas mais urgentes da recorrente, inclusive as do processo e comprovada a necessidade alimentar da agravante, mister se faz o deferimento apenas parcial do pedido liminar, em decorrência da capacidade mitigada do alimentante.^{VII}

Importa mostrar que a proteção não é somente com a criança, e sim com qualquer pessoa que de fato precise de prestação alimentar. Cumpre sinalar que é uma busca na proteção do princípio da dignidade humana, sem ferir, com efeito, o do contraditório.

Isso se dá porque, em ato contínuo, haverá espaço para que sejam apresentadas as razões de defesa sem o prejuízo do alimentante, posto que, antes da concessão da liminar, o magistrado trata de verificar o binômio da necessidade *versus* possibilidade.

^{VI} AC - 135491-2. No mesmo sentido: AC - 93877-0;

^{VII} (TJDFT - AI - 703696 - (Reg. 9.394) - 3ª T.Cív. - Relª Desª Nancy Andrichi - DJU 14.05.1997)

Em todos os casos restou-se cumpridos os preceitos constitucionais considerados como um todo, de modo que, acaso houvesse intenção de isolar-se um preceito específico, a providencia jurisdicional não teria a mesma eficiência, o que comprova que a ponderação entre os princípios constitucionais é a melhor forma de buscar a intenção da Carta Política²⁹.

4.3. Atividade legislativa de juízes e tribunais

O surgimento de uma lide implica em uma busca, pelas partes litigantes, da manifestação do Estado-juiz em pronunciar-se sobre os fatos narrados, o qual deverá analisar o caso e decidir a questão, sendo esta decisão vinculante às partes que figuram no processo.

Importante sinalar que neste momento está o Estado-juiz criando um direito efetivamente aos seus jurisdicionados, haja vista a necessidade de se haver proposta uma demanda para que fosse declarada a existência de um direito.

É de grande valia mostrar a diferença entre a liberdade que possuem os magistrados para fundamentar suas decisões com base nas suas próprias convicções, quando invocado o princípio do livre convencimento do magistrado, da arbitrariedade que algumas vezes salta aos nossos olhos.

A existência de um direito subjetivo, mormente no tocante aos que necessitam de uma intervenção ativa do Estado, como o direito de proteção à saúde e a integridade física das pessoas, não implica na prestação efetiva a quem este cabe, de modo que se deve buscar a atividade jurisdicional para que seja, efetivamente, criado o direito e que este assim possa ser executado ou fruído, por assim dizer.

Nesse diapasão, insta mostrar que o direito ao fornecimento de medicação necessária à manutenção da saúde é um direito do cidadão, direito este consagrado constitucionalmente. Contudo, nalgumas situações faz-se necessária ordem judicial para o efetivo cumprimento deste por quem está obrigado a fazê-lo, *in casu* o Estado, e não o faz espontaneamente.

Veja-se que quando o ente político é instado, pelas vias judiciárias, a cumprir referido direito, está o magistrado a criar efetivamente o direito, este que já existia, mas não era gozado efetivamente, por meio do poder jurisdicional que lhe é peculiar

sem qualquer atividade nociva, ou seja, respeitados todos os limites a que se vinculam os magistrados^{VIII}.

Destarte, não raro se verifica certa arbitrariedade de alguns juízes quando da motivação das suas decisões, o que, via de regra, gera prejuízos à parte sucumbente.

Interessante é o caso julgado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, o qual diz que a cirurgia de redução de estômago é obrigatória quando comprovado o estágio de obesidade mórbida do paciente, uma vez que não são razões meramente estéticas.

Contudo, de forma completamente contraditória, obriga a operadora de plano de saúde a arcar com as despesas de um tratamento com cirurgia plástica que reduz a quantidade de pele oriunda do grande emagrecimento decorrente do sucesso da gastroplastia.

Veja-se que este último tratamento é sim meramente estético uma vez que o perigo de dano à saúde afastou-se com a realização do primeiro procedimento, sendo que mesmo assim posicionou-se no sentido de que “as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais benéfica ao consumidor, sobretudo aquelas que restringem direitos”, não sendo possível ao “plano de saúde vedar a realização da cirurgia plástica reparadora, que decorre naturalmente da perda de peso originada a partir da cirurgia de redução do estômago, estando esta última prevista no contrato”^{IX}.

Enfoque-se que o risco à saúde se houve sanado com a realização da gastroplastia e, ainda, as cirurgias plásticas não restam cobertas pelo plano de saúde mediante cláusula expressa, não vedada pelas legislações específicas, o que torna sem fundamento jurídico a decisão daquele pretório.

Veja-se que a negativa de cobertura por parte dos planos de saúde de cirurgias estéticas não fere qualquer legislação, ao contrário, funda-se na liberdade de contratar protegida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Analisando referida decisão tem-se que houve um enriquecimento ilícito por parte do Autor da pendenga judicial e, ainda, prejuízo à operadora de plano de saúde vez que restou obrigada a arcar com os valores referentes a procedimento inicialmente não abrangido pelo contrato firmado.

^{VIII} AC - 994.06.097370-1,2010. No mesmo sentido: AI - 990.10.384639-7; AC - 994.08.208634-1.

^{IX} RI 41047538, 2009. No mesmo sentido RI - 41046981 colhido do TJBA; e, AC - 80086084, colhido do TJES.

Há julgados, contudo, que se utilizam da técnica hermenêutica da proporcionalidade com extrema perfeição, não deixando o paciente descoberto nem causando prejuízos à parte sucumbente, de modo que deveria servir como paradigma aos demais.

Nesse sentido, de extrema didática é o julgado colhido do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que condena a operadora do plano de saúde a arcar com as despesas do segurado com a internação em nosocômio especializado, entretantes, o faz nas limitações previstas no contrato que firmaram as partes^X.

Ora, se houve cumprido o direito de proteção à saúde disposto na constituição sem que se houvesse aplicada qualquer arbitrariedade do magistrado na motivação da sua decisão, não podendo de falar em prejuízo a qualquer das partes no caso em tela.

5. Conclusões

O conflito de princípios se dá pelo fato de estes tratarem de valores transcritos em normas e, como tais, podem entrar em rota de colisão sem que sejam expulsos do ordenamento jurídico.

Face à impossibilidade de aplicar-se a regra da antinomia aos conflitos de princípios, a coexistência pacífica destes somente é possível ante a aplicação da técnica hermenêutica do princípio da proporcionalidade quando do surgimento de tensão principiológica. Tais tensões surgirão quando da existência de dois princípios constitucionais incidentes no mesmo caso em concreto.

O princípio da proporcionalidade tem como função precípua a de orientar na ponderação dos valores no caso em concreto, sempre no intuito de se otimizar a sobreposição de um princípio em detrimento de outro, ponderação esta que será feita pelo magistrado tomando-se em conta a situação específica do caso em concreto.

Referida ponderação consiste em aplicar-se a medida menos gravosa ao princípio que se pretende sobrepor, de modo que a redução do alcance do princípio deve ser estritamente necessária ao fiel cumprimento do direito, adequada ao caso em tela e, ainda, proporcional ao ponto de não se haver totalmente reduzido o alcance do princípio sobreposto.

Veja-se que deve haver um total respeito por parte dos magistrados ao que prescrevem os elementos do princípio da proporcionalidade, haja vista que caso não

^X AC – 127367-6, 2009.

o seja, a técnica hermenêutica não estará sendo completamente respeitada, o que ensejará, corolariamente, arbitrariedade na atividade jurisdicional.

A função dos magistrados possui, em sua essência, uma característica criativa, ou seja, os juízes e tribunais possuem o poder de, algumas vezes, criar direitos efetivamente, sem que se viole o sistema de freios e contrapesos atribuído aos sistemas que possuem interdependência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

E que com o surgimento de uma lide, falece o direito dos magistrados no sentido de se absterem de promover um juízo de valor sobre o caso que as partes trataram de pedir o pronunciamento do Estado para que seja declarado a existência de um direito e, ainda, de fazer valer efetivamente o cumprimento deste direito.

Em que pese ter-se demonstrado a inexistência de hierarquia entre os princípios consagrados constitucionalmente, verifica-se que quando se trata do direito à vida e a integridade física da pessoa, os magistrados não destoam em sempre valorar este princípio em detrimento de qualquer outro que se haja incidente ao caso em discussão.

Pois bem, sabe-se que o nosso ordenamento jurídico protege o direito à vida e não o direito sobre a vida, ou seja, ante a indisponibilidade de tal direito percebe-se com clareza solar uma proteção que muitas vezes é excessiva por parte dos magistrados, estes que quando necessitam criar um direito para efetivar a proteção ao bem jurídico tutelado, acabam por gerar um problema à outra parte litigante, ainda que esta não tenha violado qualquer norma.

Ora, quando posto à ponderação dos magistrados o princípio do direito à vida, face ao do ato jurídico perfeito, ambos garantidos constitucionalmente, há uma valoração pelos magistrados do primeiro em detrimento do último de forma preponderante, ou seja, pode-se dizer que há uma preferência dos magistrados.

Cumprido assinalar que, quando da não aplicação do mecanismo hermenêutico da proporcionalidade, ou da aplicação desrespeitosa do desmembramento deste, a atividade criadora dos magistrados trará insegurança jurídica ao caso. É de bom alvitre focar que quanto maior for a arbitrariedade do magistrado na sobreposição dos princípios, maior também será a insegurança jurídica atrelada ao ato por ele praticado, o que poderá gerar graves prejuízos na prática.

Indubitável é que os magistrados possuem poder para criar direitos em certos casos. Porém, devem fazê-lo respeitando os limites à que a atividade jurisdicional se vincula. Caso assim não procedam, estar-se-á sendo violado o sistema dos freios e

contrapesos e, com efeito, enfraquecendo-se o princípio do estado democrático de direito.

Referências

1. Reale M. Lições preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva; 2004.
2. Guastini R. Das fontes às normas. São Paulo: Quartier Latin do Brasil; 2005.
3. Bastos CR. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed. São Paulo: Saraiva; 2001.
4. Sundfeld CA. Fundamentos de Direito Público. 2ª ed. São Paulo: Malheiros; 1993.
5. Roque SJ. Introdução ao estudo do Direito. 2ª ed. São Paulo: Ícone; 2004.
6. Barroso LR. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva; 1996.
7. Bandeira de Mello CA. Elementos de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: RT; 1991.
8. Bonavides P. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros; 2004.
9. Canotilho JJG. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina; 1998.
10. Venosa SS. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas; 2004.
11. Reale M. Filosofia do Direito. 18ª ed. São Paulo: Saraiva; 1998.
12. Da Cunha SS. Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva; 2006.
13. Nunes R. Manual de introdução ao estudo do Direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva; 2003.
14. Dantas I. Constituição e processo: introdução ao Direito Processual Constitucional. Vol.I. Curitiba: Juruá; 2003.
15. De Moraes MCB. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar; 2003.
16. Diniz MH. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 13ª ed. São Paulo: Saraiva; 2003.
17. Del Vecchio G. Princípios gerais do Direito. [local desconhecido]: Líder; 2003.
18. Ataliba G. República e Constituição. 2ª ed. atual. São Paulo: Malheiros; 1998.
19. Canotilho JJG. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina; 1993.
20. Alexy R. El concepto y la validez del Derecho. 2 ed. Barcelona: Gedisa; 1997.
21. Ráo V. O Direito e a vida dos direitos. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1997.
22. Prieto Sanchís L. Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992.
23. Miranda J. Manual de Direito Constitucional: Constituição e inconstitucionalidade. Tomo II. 3 ed. Coimbra: Coimbra; 1996.
24. Kelsen H. Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito. 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007.
25. Espínola E. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª ed. [local desconhecido]: Renovar; 1995.
26. Bachof O. Normas Constitucionais inconstitucionais? São Paulo: Almedina; 2008.

27. Carrazza RA. Curso de Direito Constitucional Tributário. 12^a ed. São Paulo: Malheiros; 1999.
28. Espíndola RS. Conceito de princípios Constitucionais. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002.
29. Bastos CR, Martins IG. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; 1998.
30. Wambier TAA. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.
31. Sarmiento D. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris; 2000.
32. Grau ER. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3^a ed. São Paulo: Malheiros; 2005.
33. Dworkin R. Los Derechos en serio. Barcelona: Ariel; 2002.
34. Alexy R. Teoria de los Derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993.
35. De Barcellos AP. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.
36. De Farias EP. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2^a ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris; 2000.
37. Buechele PAT. O Princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar; 1999.
38. Barros ST. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica; 1996.
39. Guerra Filho WS. Teoria processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos- Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; 2000.
40. Stumm RD. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 1995.
41. Bonavides P. Curso de Direito Constitucional. 5^a ed. São Paulo: Malheiros; 1994.
42. Santos GF. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Júris; 2004.
43. De Carvalho MHP. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris; 1997.
44. Telles Júnior G. Iniciação na ciência do Direito. São Paulo: Saraiva; 2002.