

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIANA LEMOS ZAIDAN CHAVES

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE: entre o Pragmatismo Jurídico e o
Direito como Integridade**

RECIFE
2017

MARIANA LEMOS ZAIDAN CHAVES

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE: entre o Pragmatismo Jurídico e o
Direito como Integridade**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Dr. Henrique Weil Afonso

RECIFE
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Chaves, Mariana Lemos Zaidan.

C512j Justiciabilidade do direito à saúde: entre o Pragmatismo Jurídico e o direito como integridade / Mariana Lemos Zaidan Chaves. - Recife, 2017. 66 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Direito à saúde. 3. Justiciabilidade. 4. Direito como Integridade. 5. Pragmatismo Jurídico. I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-057)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIANA LEMOS ZAIDAN CHAVES

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE: entre o Pragmatismo Jurídico e o
Direito como Integridade**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por tornar possível e concreta a vida, pela graça dos cinco anos de crescimento e redescobrimto.

Aos meus pais, Ana e Zaidan, pelo amor inesgotável, pelos ensinamentos de retidão e vida digna.

Às minhas irmãs, Juliana e Zaidiana, pelo carinho e pela riqueza da nossa convivência.

Ao meu marido, Rodrigo, incentivador desse sonho, pela paciência, pela confiança e pelos ensinamentos diários.

Aos meus sobrinhos, Matheus e Beatriz, porque pelo encantamento das crianças a vida se torna mais fácil e mais feliz.

Aos meus familiares, pelas palavras de incentivo e carinho.

À minha avó, Maria, pelo exemplo de vida e fé em Deus.

À minha amiga, Patrícia, pela jornada dos longos cinco anos de amizade, carinho e parceria.

Às amigas, Aninha, Dani e Cibele, pelo apoio e pelo carinho.

Ao meu orientador, professor Henrique, pela paciência e profissionalismo.

Enfim, minha gratidão a todos aqueles que participaram desta conquista, desta vitória, de mais uma etapa.

RESUMO

O presente trabalho traz como objeto principal de estudo uma análise crítica sobre a o grau de justiciabilidade do Direito à Saúde e a (in) existência de limites ao Estado na efetivação desses direitos, abordando esses aspectos à luz de duas escolas do Direito, o Pragmatismo Jurídico e o Direito como Integridade, cotejando-se o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível. A carta Constitucional Brasileira de 1988 consagra os Direitos Humanos no país, quando o Brasil torna-se signatário de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Ao dispor sobre a ordem social, o texto Constitucional enuncia no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo seu acesso mediante a execução de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Frente à larga proteção Constitucional aos direitos sociais, em especial à saúde, importa avaliar o grau de efetividade que o Estado, através de suas políticas públicas, consegue proporcionar aos administrados, com ou sem limitações, cotejando-se uma análise entre o real acesso à saúde, o entendimento de mínimo existencial e reserva do possível. Diante desse quadro, foi realizada uma análise sobre os Direitos Sociais, em especial o Direito à saúde, bem como um estudo sobre o Pragmatismo Jurídico e o Direito como Integridade, além de uma comparação entre o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana para, então, apontar que a justiciabilidade do direito à saúde necessita de um exame de razoabilidade e ponderação, haja vista se tratar de Direitos Fundamentais de natureza principiológica e necessitarem de prestações Estatais para sua efetivação.

Palavras chaves: Direito à Saúde. Justiciabilidade. Direito como Integridade.

ABSTRACT

The present study has as main object of study a critical analysis on the degree of justiciability of the Right to Health and the (in) existence of limits to the State in the effectiveness of these rights, addressing these aspects in the light of two schools of the Right, Legal Pragmatism and the Law as Integrity, comparing the existential minimum, the dignity of the human person and the reserve of the possible. The Brazilian Constitutional Charter of 1988 enshrines human rights in the country, when Brazil becomes signatory of two international treaties: the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, better known as the Pact of São José da Costa Rica. By disposing of the social order, the Constitutional text states in article 196 that health is the right of everyone and the duty of the State, guaranteeing its access through the implementation of social and economic policies aimed at reducing the risks of disease and other injuries and to universal and equal access to the actions and services for their promotion, protection and recovery. Faced with the broad constitutional protection of social rights, especially health, it is important to evaluate the degree of effectiveness that the State, through its public policies, can manage, with or without limitations, by comparing an analysis between real access to health, the understanding of existential minimum and reserve of the possible. In view of this situation, an analysis was made of Social Rights, especially the right to Health, as well as a study on Legal Pragmatism and the Right as Integrity, as well as a comparison between the existential minimum, the reserve of the possible and the dignity of the human person to then point out that the justiciability of the right to health needs an examination of reasonableness and weighting, given that they are Fundamental Rights of a principiological nature and require State benefits for their realization.

Key words: Right to Health. Justiciability. Law as Integrity in.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	07
2	DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS HISTÓRICOS, NATUREZA PRESTACIONAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	11
2.1	Natureza Principlológica dos Direitos Fundamentais.....	11
2.2	Aspectos Históricos dos Direitos Sociais.....	13
2.3	Conceito, Natureza Prestacional e conteúdo das normas veiculadoras dos Direitos Sociais.....	18
2.4	Reserva do Possível.....	21
2.5	Mínimo Existencial e Dignidade da Pessoa Humana.....	25
2.6	Proteção Constitucional dos Direitos Sociais, em especial o Direito à Saúde no Brasil.....	27
3	PRAGMATISMO JURÍDICO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: PROPOSTAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	34
3.1	Positivismo Jurídico.....	36
3.2	Pragmatismo Jurídico.....	39
3.3	Direito como Integridade.....	43
4	A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	49
4.1	Dispensação de medicamentos por via judicial – AG. REG. na STA 175/CE.....	49
4.2	Análise do caso e considerações gerais acerca da efetivação dos Direitos Sociais.....	54
5	CONCLUSÃO.....	60
6	REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A carta Constitucional Brasileira de 1988 consagra os Direitos Humanos no país quando o Brasil se torna signatário de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Os institutos reconhecem que a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, de justiça e da paz no mundo, estabelecendo os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral.

Nesse sentido, insta destacar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é a primeira a integrar aos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, tratando-os como direitos intangíveis e irredutíveis, atribuindo-os a condição de cláusulas pétreas.

Ao dispor sobre a ordem social, o texto Constitucional enuncia no artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo seu acesso mediante a execução de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Frente à larga proteção Constitucional aos direitos sociais, em especial à saúde, importa avaliar o grau de efetividade que o Estado, através de suas políticas públicas, consegue proporcionar aos administrados, cotejando-se uma análise entre o real acesso à saúde e o entendimento comum de um mínimo existencial.

Inúmeras são as situações em que o cidadão, precisando do serviço público de saúde, não tem acesso a tratamentos, medicamentos, cirurgias, toda uma sorte de ações na área da saúde sob o argumento estatal de ausência de previsão orçamentária, impossibilidade econômica de satisfação absoluta e irrestrita do acesso à saúde e necessidade de conformação do grau de concretização desse direito aos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

O distanciamento entre a previsão Constitucional e a efetiva atuação do Estado na prestação do serviço à saúde tem feito com que os cidadãos recorram ao Poder Judiciário com a finalidade de obter decisões que reconheçam o dever Constitucional do Estado a uma atuação neste setor sem limitações.

O elevado índice de justiciabilidade para definição do grau de concretização à saúde, cotejando-se por um lado o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e de outro a reserva do possível e o mínimo existencial, bem como os diversos critérios que podem ser adotados para definição de justiça social impulsiona a necessidade de uma investigação que objetive determinar se o acesso à saúde deve ser proporcionado pelo Estado de forma irrestrita ou com algum tipo de condicionamento.

Assim sendo, o trabalho pretende analisar duas escolas interpretativas do Direito, o Pragmatismo Jurídico e o Direito como Integridade, na visão adotada por Dworkin, em sua obra “O Império do Direito”, apontando qual delas oferece os instrumentos mais efetivos para a exigibilidade dos direitos à saúde por via judicial, nos casos difíceis, ante a reserva do possível, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

O Direito como Integridade pensa o Direito como sendo um sistema marcado por decisões políticas do passado carregadas de valores sociais estabelecidos, em que a coerência entre princípios na atividade judicante é algo imprescindível. O pragmatismo Jurídico, por seu turno, admite o Direito como a atual decisão ou aplicação dele que trará mais utilidade e maximizará o bem-estar para o futuro.

Enfatiza-se que o aspecto econômico é elemento determinante no juízo político de definição da atuação do Estado, levando-se em conta limites orçamentários, estimativa de receitas e distribuição equitativa dos recursos públicos entre todas as diversas espécies de necessidades públicas.

Nessa linha, a efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, passa por dificuldades e questionamentos sobre o grau de concretização dos direitos fundamentais/sociais que cabe ao Estado, haja vista os direitos sociais necessitarem de prestações positivas que inevitavelmente implicam em custos.

Surge, neste contexto, o questionamento se é lícito, ou mesmo justo, que o Estado crie limitações, ou até mesmo negue a prestação do serviço de saúde pública sob o argumento econômico.

O presente estudo justifica-se, pois, em face da grande problemática que envolve a delimitação da concretização dos direitos sociais, sobretudo no que se refere ao direito à saúde, com a demanda ao Judiciário por decisões que concedam aos administrados o custeio de tratamentos que extrapolam os limites orçamentários do Estado, pondo em risco a efetividade destes mesmos direitos sociais em face dos demais cidadãos.

Nesse contexto, apresenta-se o problema: Ante a reserva do possível, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o conflito de interesses que envolve direitos sociais, o grau de justiciabilidade do direito à saúde, sob a ótica do Direito como Integridade e do pragmatismo jurídico, deve ser máximo?

Destarte, a hipótese testada será: O Direito como Integridade sustenta que a justiciabilidade do direito à saúde não pode alcançar o seu grau máximo, sem restrições, haja vista aos conflitos entre direitos fundamentais sociais seja imprescindível o exame de ponderação e razoabilidade, apontando para uma necessidade de conformação das decisões judiciais com aspectos axiológicos, fáticos e jurídicos de uma sociedade como a reserva do possível, o mínimo existencial, e a dignidade da pessoa humana.

Esta pesquisa tem como objetivo geral analisar o grau de justiciabilidade do Direito à saúde, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, à luz do Pragmatismo Jurídico e do Direito como Integridade. Os objetivos específicos são: I- Descrever os Direitos Sociais, com ênfase no direito à saúde, como Direitos fundamentais e analisar seus aspectos históricos e sua natureza prestacional; II- Caracterizar e confrontar as concepções jurídicas do Pragmatismo Jurídico e do Direito como integridade; III - Delimitar o grau de justiciabilidade do Direito à saúde apontando a (in) existência de limites às prestações do Estado cotejando o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana.

O método utilizado é o dialógico com abordagem qualitativa, posto que a finalidade da análise de dados, usados de modo secundário, teve aspecto valorativo. As técnicas utilizadas foram a revisão bibliográfica, tendo sido efetuadas pesquisas bibliográficas em livros e artigos jurídicos, além de análise da STA nº 175/CE.

A presente pesquisa é dividida em três capítulos. O primeiro, os Direitos Sociais: aspectos históricos, natureza prestacional e proteção Constitucional Brasileira, apresentará uma abordagem acerca dos Direitos sociais, com ênfase no direito à saúde, sobre os aspectos da natureza prestacional, seu status de direito fundamental, conceito de reserva do possível e mínimo existencial, bem como a tutela de tais direitos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

O segundo capítulo, o Pragmatismo Jurídico e o Direito como integridade: propostas de interpretação do direito, objetiva caracterizar e comparar os métodos hermenêuticos citados, apresentando os critérios adotados por cada um acerca da justiciabilidade dos Direitos Sociais.

O terceiro capítulo tem como título Justiciabilidade do Direito à saúde, entre a reserva do possível, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Nesse contexto, discute-se os limites (in) existentes à justiciabilidade do direito à saúde, ante sua natureza prestacional, diante das cláusulas da reserva do possível, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS HISTÓRICOS, NATUREZA PRESTACIONAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Este capítulo pretende abordar os Direitos Sociais, notadamente, o direito à saúde, em relação aos seguintes aspectos: conceito e natureza principiológica dos Direitos Fundamentais, bem como o surgimento, a evolução histórica e natureza prestacional desses direitos.

Ademais, objetiva ressaltar a tutela desses direitos no cenário brasileiro, por meio da análise acerca da proteção dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988.

2.1 Natureza Principiológica dos Direitos Fundamentais

Para que a investigação proposta neste trabalho alcance os fins a que se pretende, apontando o alcance da justiciabilidade do direito à saúde à luz das teorias do pragmatismo jurídico e do direito como integridade deve-se, como um de nossos pontos de partida, estabelecer duas coisas, a primeira o conceito de direitos fundamentais e a segunda sua natureza de princípios jurídicos.

Para Dimoulis e Martins (2010, p. 46) os direitos fundamentais devem ser entendidos como:

Direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado. Tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

A esses direitos associa-se, como diz Chaves (2011), a ideia de fundamentalidade do sistema jurídico, como normas inaugurais que expressam liberdades e direitos dos administrados, inerentes à sua própria condição de pessoa, condicionando e orientando a produção das demais espécies de normas do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais servem então como elementos balizadores da atuação do Estado, seja limitando sua atuação, seja apontando as necessidades que pretende satisfazer em benefício dos particulares.

São sempre indicados por prescrições constitucionais, o que revela não apenas sua índole normativa, mas também sua posição no ordenamento jurídico de pautar o processo legislativo, manifestando-se como verdadeiras premissas do sistema jurídico no processo de criação normativa, exigindo do legislador uma conformação àqueles compromissos que se apresentam como fundamentos do próprio Estado.

Independentemente de se tratar de direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta ou quinta dimensão, é de extremo relevo evidenciar seu caráter normativo para que se possa compreender sua cogência em face do Estado, ainda que nem sempre essa espécie de normas tenha eficácia plena.

Uma vez estabelecido o caráter normativo do catálogo de direitos fundamentais posto na Constituição, impera que se proceda a uma análise estrutural, isto porque não se apresentam como normas da mesma natureza das demais, mas, ante sua fundamentalidade, são verdadeiros princípios do sistema jurídico.

Entendido o Direito como um sistema de normas tem-se que compreender que há nele duas diferentes espécies normativas, os princípios e as regras, cada uma com uma estrutura e um comportamento distinto (ALEXY, 2006).

Para Dworkin (2007) há uma distinção lógica entre princípios e regras posto que, muito embora sejam ambos elementos normativos que apontam para decisões particulares acerca de obrigações jurídicas específicas, diferenciam-se no que se refere à orientação que prescrevem.

Continua Dworkin (2007) afirmando que as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, ou seja, dado o fato jurídico e sobre ele incidindo uma regra jurídica válida, deve ser integralmente aplicada a solução prevista naquela regra, sem qualquer espaço para conflito ou colisão com outra regra. Em caso de colisão de regras há a necessária expulsão de uma delas do ordenamento jurídico.

Os princípios, por sua vez, possuem uma pragmática distinta visto que suas consequências não são automáticas, mas, prosseguindo nas lições de Dworkin (2007), enunciam razões que conduzem o argumento em uma certa direção.

Verifica-se, nas lições de Dworkin (2007), que os princípios não são aplicados na forma do tudo ou nada, mas permitem situações em que podem ser conformados com outros princípios que representem orientações normativas em sentido oposto.

Nestes casos, um princípio colidente com outro não acarretará na sua exclusão do sistema jurídico, mas apenas a norma a ser produzida levando em conta cada um deles, levará em conta um critério de racionalidade que estabeleça um juízo de ponderação do peso de cada princípio naquele caso concreto.

Alexy (2006) acrescenta que os princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, com isso quer dizer que são normas que determinam que algo seja feito na melhor medida do possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ávila (2009) dispõe sobre a eficácia dos princípios afirmando que se tratam de normas finalísticas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do ordenamento jurídico, as regras.

Por fim, ainda em Ávila (2009), é possível identificar a ideia de que os princípios atuam como fundamentos axiológicos do sistema jurídico. Nesse sentido, afirma o professor gaúcho que os princípios refletem valores e as distintas possibilidades de resultados jurídicos.

Muito embora se possa afirmar que a ideia de valores traz consigo um caráter subjetivo, posto que nem todos comungam do mesmo portfólio axiológico e o que é bom para um nem sempre será bom para o outro, bem como mesmo havendo um consenso de que algo possui uma nota axiológica positiva há sempre eventuais discordâncias sobre o grau de essencialidade de cada valor, ainda assim deve-se entender pela obrigatoriedade da imposição de comportamentos em face da positivação de determinados valores através da sua introdução normativa no catálogo de direitos fundamentais (ÁVILA, 2009).

Assim, considerando-se os direitos fundamentais como verdadeiros princípios jurídicos, atribui-se a eles um caráter normativo que os distingue das regras, no sentido não apenas de fundamentalidade sistemática, de serem elementos basilares do ordenamento jurídico, mas também de seu modo de aplicação.

2.2 Aspectos Históricos dos Direitos Sociais

Os direitos sociais alcançaram patamares hoje universalmente reconhecidos. Nesse sentido, a luta pela tutela desses direitos aconteceu durante o decorrer do

tempo e a necessidade de conformação desses direitos ao modo de vida da comunidade e às questões políticas de cada sociedade ao seu tempo. Por essa razão, neste título, faremos uma breve notícia histórica acerca dos direitos sociais e a contextualização deles nos períodos históricos mais importantes.

No século XVI, ao final da Idade Média, se consolida a forma política superadora das cidades antigas (pólis grega e civitas romanas) e do modelo feudal (como principados e feudos subordinados a um império): o Estado moderno, absoluto e soberano, com poder político assentado na fundamentação teocrática. Nesse sentido, o monarca, sob o respaldo e vontade de Deus, exercia as prerrogativas estatais sem que houvesse limite ao seu poder, gerando o absolutismo e, por consequência, o monismo estatal- concentração da produção jurídica nos órgãos estatais (AGRA, 2008; BARROSO, 2010).

Contudo, “o Iluminismo, as teorias contratualistas e a reação ao absolutismo fazem renascer o ideal constitucional, fundado na razão, na contenção do poder e no respeito ao indivíduo” (BARROSO, 2010, p. 44). Destarte, o Estado Moderno transforma-se em um estado de Direito em que a sociedade é regida por leis estabelecidas por uma Constituição, instrumento de processo civilizatório, não sendo, portanto, o poder absoluto do rei a própria lei.

Esse movimento de transformação do Estado em que o seu fundamento de validade deixa de repousar sobre a vontade de um soberano e passa a identificar-se com um documento constituinte representativo da vontade fundacional de um grupo político é chamado de constitucionalismo.

Surgem assim as primeiras constituições modernas consubstanciadas em documentos escritos e procedimento formal, como verdadeiros documentos criadores (constituintes) do Estado, estabelecendo suas funções, limitações, separação dos poderes e se notabilizando, sobretudo, dada a influência liberal norteadora do pensamento da época, por determinar um vasto rol de liberdades públicas dos cidadãos em face do Estado.

Nesse sentido, Barroso (2010, p. 77), destaca que:

O constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente

na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi de certa forma, a certidão de casamento, de paixão e conveniência, entre o poder econômico- que já havia sido conquistado pela burguesia- e o poder político.

Agra (2008) aduz que o Estado Liberal, a partir da tomada do poder pela burguesia, ensejou a queda do absolutismo e a saída da nobreza do cenário político. O modelo econômico feudal cedeu espaço ao modelo capitalista, sendo a burguesia o principal protagonista. Em sua concepção, o Estado Liberal visa a intervenção mínima do Estado na sociedade, de modo que sobre o mercado recaía o poder de regular as forças produtivas, sem gerar desperdícios, estimulando que os cidadãos mais capazes se destaquem. Nesse sentido, se constrói a crença no individualismo como o melhor incentivo ao progresso.

Os direitos fundamentais defendidos por essa concepção política são prerrogativas de primeira dimensão, direitos civis e políticos, de feição negativa, que não necessitam de intervenção direta dos entes estatais para sua concretização. Em outras palavras, os direitos fundamentais se projetavam como liberdades públicas.

Nesse contexto, os direitos fundamentais eram desempenhados contra o Estado que, muito embora guardasse relação de subordinação jurídica com os titulares desses direitos, garantia a fruição do direito fundamental de plena liberdade.

Ao revés, entre os titulares desses direitos, a relação não seria, pretensamente, de subordinação jurídica, mas de igualdade. A igualdade pleiteada, à essa época, referia-se àquela perante a lei, revestida de conteúdo formal- proclamação discursiva – não capaz de gerar igualdade fática. Muito embora existisse uma igualdade perante a lei, as diferenças sociais, em razão das aptidões laboriosas individuais diferentes, desconstruíam essa pretensão (FACHIN e RUZYK, 2010).

Estabelece-se nesse momento uma nítida clivagem entre Estado e Sociedade Civil em que cada um tem funções e áreas de atuações bem definidas, sendo vedado ao Estado intervir no campo de atuação reservado à sociedade como, por exemplo, o mercado.

Nesta perspectiva liberal em que ao Estado servem apenas funções como policiamento, garantia da ordem e defesa dos cidadãos, a busca pela satisfação dos interesses e necessidades privadas tais como saúde, previdência, moradia e uma justa condição de trabalho deveriam ser alcançadas pelos próprios particulares, sem qualquer tipo de intervenção e participação do Estado.

Sob essa perspectiva, aduz Fachin e Ruzyk (2010, p. 99):

Os deveres de respeito aos direitos fundamentais se colocavam na perspectiva do Estado, destinando-se as Constituições, precisamente, à disciplina das relações entre Estado e indivíduos. Nos códigos civis, a seu turno, eram reguladas as relações entre os indivíduos. Nessa internalidade, para que os direitos fundamentais se concretizassem bastaria, conforme a racionalidade predominante nesse contexto histórico, que se assegurasse a todos a máxima liberdade – que deve ser compreendida formalmente como não ingerência do Estado nessa seara que não lhe competia.

Surgia, então, o modelo de incomunicabilidade entre Constituição e Código Civil. Esses dois instrumentos do Direito andavam paralelos, a não ser quando a dialética repousava sob aspectos formais em razão da hierarquia das leis e dos cânones que guiavam a vigência da lei no tempo e no espaço. Seus objetivos eram diferentes, como diversas eram as matérias que tratavam, sendo designados, respectivamente, como Direitos do Estado e Direitos da Sociedade Civil. Importa destacar que o distanciamento mencionado incorrerá numa associação entre liberdade e propriedade, de modo que o sujeito livre será o sujeito proprietário (COSTA, 2010).

Nesse sentido, no Direito Civil, tal como era visto, sistema fechado, em virtude da separação entre público e privado, prevalecia a racionalidade sistêmica em prejuízo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (COSTA, 2010).

Este modelo mínimo de Estado assentando no distanciamento entre Direitos do Estado e Direitos da Sociedade Civil, vigorou até a virada do século XIX para o início do século XX em que uma nova conjuntura econômica e política, bem como a falência dos extratos sociais de estabeleceram entre si relações justas e livres de dominação fizeram surgir a necessidade de um novo modelo de Estado, agora atuante e intervencionista, se comprometendo em garantir o exercício de direitos fundamentais de primeira dimensão sob o respaldo de novos direitos fundamentais e regular a economia.

No século XX, em especial a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental progressivamente adquire o status de intervencionista, transformando-se em Estado social. Nesse contexto, o Estado, ainda que no plano ideal, torna-se instrumento da sociedade a fim de combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para população (BARROSO, 2010).

No que concerne ao Estado Social, Agra (2008, p. 11) aduz:

O Estado Social é uma forma de organização política em que há uma regulamentação das forças produtivas com o objetivo de que o sistema econômico possa operar de forma mais eficiente e garantir direitos mínimos aos trabalhadores. Ele não se contenta apenas com uma igualdade legal, mas sim com uma igualdade material, em que os meios econômicos possam propiciar também um crescimento do homem como ser integral, retirando-o do isolamento individual, fazendo com que possa interagir com seus semelhantes e com a sociedade.

O constitucionalismo do século XX enseja um novo ideário social a partir da superação do liberalismo individualista do período clássico. Essa virada de paradigmas das funções do Estado e a introdução nos textos constitucionais de normas que representam um compromisso no sentido de prover necessidades sociais dos administrados faz emergir o reconhecimento de um novo vetor axiológico que norteará toda a construção jurídica a partir de então, a dignidade da pessoa humana.

A partir da ideia de que o Estado deve, não apenas garantir o direito à vida, mas uma vida digna, começam a se consolidar nos textos constitucionais os compromissos com atuações nas diversas áreas representativas das necessidades humanas, como saúde, educação, trabalho e previdência.

Com o contínuo processo evolutivo, outras funções foram agregadas aos documentos constituintes. A Constituição, para além de se apresentar como conteúdo de mera proteção do indivíduo contra o poder estatal, ostenta a categoria que mais compreende e tutela os direitos fundamentais. Ocorre, pois, uma transformação progressiva no Direito, a função puramente conservadora cede espaço para uma transformação social - “ o direito constitucional já não é apenas o Direito que está por trás da realidade social, cristalizando-a, mas o que tem a pretensão de ir à frente da realidade, prefigurando-a na conformidade dos impulsos democráticos” (BARROSO, 2010, p. 47).

Foi nesse contexto, que a ordem social, bem como a ordem econômica, a partir das constituições Mexicana, de 1917, e a Alemã, de 1919, alcançaram dimensões jurídicas (SILVA, 2010).

A Carta Constitucional de Weimar, apesar do seu curto período de vigência e turbulento período de efetivação- condições econômicas precárias e intensas turbulências políticas - representou um marco para o constitucionalismo social, sendo considerada um dos documentos constitucionais mais importantes da história,

inspirando muitas outras constituições à tutela dos direitos sociais. Ela estava dividida em duas grandes partes. A primeira, organizava o Estado alemão, disciplinando a relação entre os entes federativo (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II-VII). A segunda, dispunha sobre o catálogo de direitos fundamentais, em especial os direitos individuais e os direitos sociais, dos quais merecem destaque a proteção ao trabalhador e o direito à educação (BARROSO, 2010).

O Estado, nesse momento, adequa-se à transformação social própria da época, colocando-se como garantidor dos direitos humanos. Da necessidade de conformação do Estado com os novos rumos do Direito Constitucional, se consolida o compromisso estatal com atuações de natureza prestacional.

2.3 Conceito, Natureza Prestacional e conteúdo das normas veiculadoras dos Direitos Sociais

Os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais do homem, como normas de ordem pública, portanto, invioláveis e indisponíveis, tendo de necessariamente serem protegidos em um Estado democrático de Direito. Sua finalidade é a de garantir direitos mínimos para coletividade, de modo que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, proporcionando o estabelecimento de um Estado Social de Direito. São, portanto, direitos conectados com os direitos de igualdade e que oferecem aos indivíduos condições materiais indispensáveis para o gozo dos direitos individuais (AGRA, 2008; SILVA, 2010).

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser estudados e orientados por uma visão integral, marcados pela indivisibilidade e interdependência dos direitos clássicos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2006).

Razão pela qual Melo (2011, p. 884) aduz:

Não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo.

Destarte, as atuações positivas do Estado, na órbita dos direitos sociais, devem ser sempre orientadas ao equilíbrio social, provendo os cidadãos de meios para

equalizar suas relações jurídicas e sociais, comportando-se o Estado, neste caso, como agente interventor que busca criar um ambiente de isonomia entre os diversos atores sociais.

No Brasil, os direitos individuais operam frequentemente como reforços na tutela dos direitos sociais. Entretanto, esse artifício não se revela indispensável à tutela judicial dos direitos sociais, em razão do reconhecimento atual no país de que os direitos de segunda dimensão são dotados de força normativa própria. De toda sorte, por razões já expostas, os direitos individuais guardam uma estreita relação com os direitos sociais, por isso, frequentemente, são empregados para reforçar a proteção dos direitos sociais por meio da invocação do direito à vida e da liberdade por exemplo (SARMENTO, 2010).

Os direitos sociais, como autênticos direitos fundamentais, possuem titulares que necessitam de prestações estatais para sua fruição. Nesse sentido, é importante uma análise acerca de sua estrutura, haja vista ela se revelar imprescindível à tutela judicial desses direitos.

No que concerne a natureza prestacional, os direitos sociais exigem uma ação positiva do Estado. Nesse sentido, é importante mencionar Alexy (2006) que aduz: os direitos a ações positivas do Estado dividem-se em dois grandes grupos. O primeiro, é aquele cujo objeto é uma ação fática e o segundo, é aquele cujo objeto é uma ação normativa. As ações positivas fáticas residem na condição do Estado de agir para satisfazer um direito posto que se fundamenta num mínimo existencial, como por exemplo, a garantia a prestação à saúde. Enquanto que as ações positivas normativas se caracterizam por atos estatais de produção de normas, tendentes a concretizar direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, como por exemplo, a atuação legislativa da União em regulamentar o direito de greve, o sistema de previdência e o sistema público de saúde.

As ações positivas fáticas, como dito acima, são as que se compreendem a denominar, em geral, direitos a prestações em sentido estrito, aquelas que estão dentre as medidas executivas, no sentido de prover diretamente a concretização de um direito fundamental, é um agir propriamente dito (ALEXY, 2006).

Os direitos em sentido estrito são direitos do indivíduo em face do Estado, algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. No caso dos

direitos fundamentais sociais, como a saúde, primariamente, faz-se menção a direitos a prestação em sentido estrito.

Contudo, extrai-se das lições de Sarlet (2010) a ideia de que os direitos sociais não podem ser entendidos apenas em sua natureza prestacional, posto que também possuem um escopo de liberdades públicas, vez que representam a garantia posta na Constituição de que o Estado também não tomará qualquer tipo de ação em prejuízo desses direitos.

No que tange ao conteúdo das normas veiculadoras dos direitos sociais, até pouco tempo, predominava, na doutrina e na jurisprudência do país, a manifestação principal de que os direitos sociais positivados na Constituição não passavam de normas programáticas dirigidas ao legislador como um programa de atuação a ser concretizado segundo seu arbítrio, não conferindo aos beneficiários o poder de exigir judicialmente prestações do Estado. Nesse cenário, a atuação do judiciário era insignificante, a alegação do respeito ao princípio da separação dos poderes permeava essa realidade que entendia como indevida a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais. Portanto, conceber os direitos sociais como normas programáticas implicaria deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais (SARMENTO, 2010).

Ante o exposto, nas últimas décadas, as normas constitucionais passaram a desfrutar da aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais, de modo que a Constituição ganhou força normativa e efetividade. Nesse sentido, os direitos sociais passaram a ter eficácia plena, cabendo ao Estado implementá-los. Os direitos sociais se converteram em direitos subjetivos plenos, admitindo, desse modo, tutela judicial (BARROSO, 2009).

O movimento que deu força normativa e efetividade a Constituição foi de grande valor para o constitucionalismo contemporâneo. Conhecido, no Brasil, como doutrina da efetividade, esse fenômeno corresponde a uma mudança positiva, é, antes de tudo, motivo de comemoração, vez que o Poder Judiciário brasileiro, atualmente, enxerga os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, sendo a via judicial disponibilizada aos cidadãos como instrumentos de inclusão social e de dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2010).

Contudo, a inversão desse panorama gera inúmeras discussões sobre o grau de efetivação dos direitos sociais. Entendidos como direitos subjetivos plenos e prestacionais, esses direitos precisam, necessariamente, de atuações positivas do

Estado para sua concretização, o que implica custos ao Poder Estatal e requer um esforço conjunto de variados atores sociais no que se refere ao delineamento das necessidades sociais básicas, ao estabelecimento de políticas públicas prioritárias e planejamento orçamentário (MORAES, 2010).

Nesse sentido, importa destacar que aos direitos sociais é mais adequado a associação do conceito de direitos subjetivos garantidos *prima facie*, ideia defendida por Robert Alex. Nessa perspectiva, os direitos sociais são direitos subjetivos, porém de natureza principiológica o que, necessariamente, requer ponderação e respeito ao princípio da proporcionalidade em casos que envolvam, de um lado, direitos sociais e de outro, princípios constitucionais e direitos de terceiros (SARMENTO, 2010). Razão pela qual a exigibilidade dos direitos sociais, por via judicial, requer contextualização, o que exige uma análise das dificuldades fáticas e jurídicas próprias deste cenário.

2.4 Reserva do Possível

Ultrapassada a ideia de limite à efetivação do direito social por escassez de recursos, a jurisprudência e a doutrina brasileira admitem a razoabilidade de alocação de recurso para efetivar determinados fins. Essa ideia guarda relação com a cláusula da “reserva do possível”.

A cláusula da reserva do possível, hoje, bastante empregada no Brasil, tem sua origem na Suprema Corte Alemã. O termo ganhou notoriedade quando a Corte Constitucional alemã proferiu, em 1972, a decisão sobre o caso *Numerus Clausus* que envolvia a questão de validade da limitação de vagas em universidades públicas, tendo em vista o ingresso de um número mais elevado de candidatos (SARMENTO, 2010).

Fundada na liberdade de escolha profissional e na liberdade de escolha do centro de formação, já que na Alemanha o direito fundamental à educação não é tutelado constitucionalmente, os estudantes pleitearam o ingresso na universidade pública sem que houvesse restrições de vagas. No entanto, o Tribunal Constitucional Alemão justificou esse pleito alegando que o direito ao ingresso na universidade estava sob a “reserva do possível”, indicando a razoabilidade do pleito individual em face do Estado. É, na verdade, um juízo de razoabilidade entre o que indivíduo pode

exigir da sociedade e o que o Estado pode oferecer diante de limitações orçamentárias e outros deveres constitucionais (SARMENTO, 2010).

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível não está associada diretamente e exclusivamente à existência de recursos financeiros suficientemente disponíveis para a efetivação do direito social, mas à ideia de razoabilidade, ou seja, aquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade (MÂNICA, 2007).

No Brasil, o termo foi usado inicialmente quando da decisão monocrática do Ministro Celso Mello em relação a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45, extinta por perda de objeto, que se questionava a inconstitucionalidade de veto presidencial em relação ao projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano de 2004, impugnando previsão legal que assegurava recursos orçamentários mínimos federais para os serviços públicos de saúde (PIOVESAN, 2006).

Contudo, a importação e interpretação do termo reserva do possível, no Brasil, ganhou contornos diferentes, qual seja, “reserva do financeiramente possível”, na medida em que passou a ser usada como limite absoluto à concretização dos direitos sociais, alegando insuficiência de recursos públicos e a necessária previsão orçamentária para sua efetivação (MÂNICA, 2007).

Nessa perspectiva, a teoria da reserva do possível ocupou o lugar das normas programáticas, do princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, o que revelou um resgate a intervenção mínima do judiciário na proteção dos direitos sociais fundamentais pela invocação de questões econômicas. Entretanto, notadamente pelo posicionamento do STF, o entendimento de “reserva do financeiramente possível” tem sido afastada, haja vista as decisões exigirem a comprovação da falta de recursos Estatais para obstar a efetivação desses direitos. Desse modo, a reserva do possível, entendida como insuficiência de recursos, que limita o Poder do Judiciário, só será acolhida na hipótese comprovada de ausência orçamentária (MÂNICA, 2007).

É imprescindível destacar, que muito embora a expressão “reserva do possível” seja bastante utilizada, não existe um consenso sobre o seu significado e sobre o conteúdo da “ausência orçamentária”. Por essa razão, em suas lições, Sarmento (2010) propõe uma análise do termo reserva do possível considerando aspectos morais e jurídicos necessários à exigibilidade, por via judicial, dos direitos sociais prestacionais.

Pra Sarmiento (2010), a cláusula da reserva do possível tem dois vieses. O primeiro, o conteúdo fático, refere-se à real disponibilidade dos recursos econômicos para fazer cumprir o direito prestacional. O segundo, o jurídico, relaciona-se com existência de autorização orçamentária para o Estado se comprometer com os respectivos custos.

No que concerne ao componente fático, seguem algumas considerações. A possibilidade de associação da reserva do possível à ideia de exaustão absoluta dos recursos financeiros, é algo questionável. Não é razoável afirmar que o pleito pela efetivação de um direito à saúde, por vias judiciais, só pode ser negado quando evidenciado a absoluta falta de recursos Estatal. Essa associação parece desconsiderar a necessidade do Poder Estatal de atender a outras demandas constitucionais, igualmente necessárias e onerosas. Por essa razão, a tentativa de definir a reversa do possível nesse contexto, não é a melhor opção (SARMENTO, 2010).

A afirmação de que a reserva do possível corresponde à avaliação pautada no impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental contra os recursos públicos disponíveis, também é refutada, haja vista a comparação dos custos de um pleito individual em si mesmo, não guarde significativa importância quando comparada com os recursos do Poder Público. Desse modo, incorreríamos numa situação de acolhimento de todas as pretensões individuais, mesmo que fosse impossível a garantia de fornecer igualmente benefício para todos numa mesma situação, de modo que o respeito ao princípio da isonomia não seria efetivo (SARMENTO, 2010).

Ante o exposto, para Sarmiento (2010), a reserva do possível fática se aproxima da noção de razoabilidade da universalização da prestação exigida em relação aos recursos efetivamente existentes. Nesse sentido, o autor destaca que o emprego do termo reserva do possível não deve ressaltar se o custo que decorre da sentença judicial é ou não suportável para o Estado. Deve, por outro lado, questionar se existe ponderação ou não no entendimento do Estado em não proporcionar tratamentos tão custosos para todos aqueles que estão em situação semelhante à da pretensão do autor, por exemplo.

Noutro giro, “a teoria da reserva do possível também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito”. A ausência de

previsão orçamentária específica obstaculiza a intervenção do Judiciário na concretização dos direitos de segunda dimensão (MÂNICA, 2007).

Essa questão é bastante complexa. De um lado, defende-se que, diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atendimento das necessidades do tecido social, igualmente custosas, devem pertencer ao legislador, num Estado democrático, a escolha do que deve ser priorizado, o que se fará por meio de lei orçamentária (SARMENTO, 2010).

Ao revés, argumenta-se que limitar a concretização dos direitos sociais ao orçamento implica submetê-los à vontade do legislador, e não a força normativa Constitucional. Na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais valem como balizantes do ordenamento jurídico, isso os impõem mesmo contra a vontade das maiorias. Nesse sentido, seria desarrazoado permitir que o legislador não alocasse no orçamento as verbas necessárias para a fruição dos direitos sociais. Ademais, alguns direitos sociais podem ser concebidos como requisito da democracia. Por essa razão, não há como invocar o argumento democrático para defender a impossibilidade de decisões judiciais que concedam prestações não contempladas no orçamento (SARMENTO, 2010).

Desse modo, imperiosa é a cláusula da reserva do possível quando de um lado reconhece a impossibilidade de supremacia absoluta da concretização dos direitos sociais fundamentais sem parâmetros e, de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa do Executivo no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais sociais (MÂNICA, 2007).

Nesse sentido, a reserva do possível, tal como em sua origem, atende a um anseio de razoabilidade entre a pretensão individual e o que, racionalmente, se pode esperar de uma sociedade, haja vista os direitos sociais serem direitos fundamentais intangíveis de natureza prestacional, o que implica considera-los e exigi-los em seu aspecto unitário – respeito ao núcleo intangível (mínimo existencial e dignidade humana) , e também em seu aspecto social – universalização, igualdade e garantia da liberdade.

2.5 Mínimo Existencial e Dignidade da pessoa humana

Postas as ideias que compreendem a reserva do possível como um exame de proporcionalidade para a efetiva exigibilidade dos direitos sociais por via judicial, importa avaliar a necessidade da tutela desses direitos sob seu aspecto finalístico, ou seja, identificar o verdadeiro sentido de proteção aos direitos sociais, conformando-os com o mínimo existencial, proteção de direitos individuais, democracia e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é imprescindível destacar que na filosofia política contemporânea existe um entendimento consensual de que o Estado tem a obrigação de garantir condições mínimas para os que mais precisam. Dos principais fundamentos morais empregados para justificar este dever estatal, destacam-se três, quais sejam, a garantia da liberdade material, a proteção da democracia e as necessidades materiais humanas essenciais. Dentre esses, dois são utilizados como instrumentos para obtenção de uma finalidade, qual seja, a liberdade material e a proteção da democracia. Ao contrário, o terceiro é frequentemente utilizado para atender a anseios necessários às condições de vida digna (SARMENTO, 2010).

Nesse contexto, frequentemente a proteção dos direitos sociais são invocadas, em primeira análise, como reforço para garantia de direitos individuais de liberdade. Esse argumento tem muitos adeptos, dentre eles John Rawls, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres, que defendem a ideia que para que se alcance a proteção do direito de liberdade é imprescindível assegurar condições mínimas aos indivíduos mais necessitados (SARMENTO, 2010).

Nesse sentido, aduz Ricardo Lobo Torres (2008, p.70):

O direito às condições mínimas de existência digna inclui-se entre os direitos da liberdade, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade. O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a.

De um outro lado, o argumento democrático suscita que a democracia não se confunde com o predomínio da vontade da maioria, exigindo, desse modo, a garantia de certos direitos que viabilizarem a participação dos indivíduos mais necessitados no

espaço público. Dentre os direitos garantidos, a satisfação das necessidades mínimas para existência é primordial, vez que garante a efetiva participação dos cidadãos no cenário social.

O terceiro argumento, por seu turno, corresponde a noção de que as necessidades humanas mínimas são obrigações que independem da justiça, impondo-se livremente de maneira que não precisam alcançar determinados fins, como acontece com a garantia de liberdade e a promoção da cidadania política (SARMENTO, 2010).

Contudo, é imprescindível destacar que o mínimo existencial, em linhas gerais, é pressuposto fático para a fruição do direito de liberdade, bem como para realização da democracia. No entanto, a garantia das condições mínimas de vida corresponde a um dever maior, uma obrigação moral do Estado e da sociedade de resguardar indivíduos que se encontram em situações de sofrimento e necessidades extremas, correspondendo, portanto, a urgência e a gravidade de uma necessidade material (SARMENTO, 2010).

Mister destacar que, como fundamento norteador do Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana aponta tanto para liberdade material, como para cidadania política e o atendimento das necessidades materiais de um indivíduo em condições extrema de vida. Por essa razão, mínimo existencial deve ter como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial à vida.

O mínimo existencial, como garantidor de condições matérias dignas para o gozo da vida, opera com mediador entre uma dimensão negativa e uma positiva. Quanto à primeira, ficam o Estado ou particulares impedidos de atuarem de forma a subtraírem do indivíduo as condições mínimas de vida digna. Por outro lado, a dimensão positiva anseia por atuações do Poder Estatal que, na verdade, se revela num conjunto de direitos prestacionais. Nesse sentido, recai sobre o Judiciário um papel importante, qual seja, fiscalizar a atuação do Estado diante das políticas públicas desenvolvidas para tutelar direitos fundamentais sociais (SARMENTO, 2010).

Nesse contexto, a realização de despesas do Estado não poder ser uma deliberação do Poder Legislativo e do Executivo livre, deve, porém, conforma-se com princípios constitucionais que revelam um conteúdo moral comprometido com as necessidades materiais básicas para a fruição da vida (SARMENTO, 2010).

Não podemos esquecer que o mínimo existencial não deve servir de único balizamento para determinar a extensão da concretização dos direitos sociais, justamente por se tratar do “mínimo”, o limite de subsistência do indivíduo em relação ao direito perseguido. O fato é que deve-se sempre perseguir qual é a maior medida possível disponível ao Estado para garantir a concretização dos direitos sociais dentro daquilo que seja suficientemente necessário a garantir a dignidade da pessoa humana, de tal forma que o mínimo existencial e a reserva do possível nunca podem ser apreciados isoladamente, mas conjuntamente como face de uma mesma moeda que devem ser sempre interpretados sem desconsiderar toda a variedade de prestações e compromissos Estatais democraticamente estabelecidos pelo Estado e pela própria sociedade.

Por essa razão, os direitos sociais devem ser considerados como direitos subjetivos *prima facie*, que na medida da concretização do caso transformar-se-ão em direitos subjetivos em definitivo.

2.6 Proteção Constitucional dos Direitos Sociais, em especial o Direito à Saúde no Brasil

Além da abordagem dos aspectos históricos, natureza principiológica dos Direitos Fundamentais, bem como natureza prestacional e o conceito das cláusulas da reserva do possível e mínimo existencial, cumpre-nos ainda analisar o contexto desses direitos, em especial, o direito à saúde, no cenário brasileiro, na Constituição Federal de 1988.

Conforme Piovesan (2006, p.130), “a Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país”. O modelo econômico instituído desde ditadura militar é fadado ao fracasso, o que acaba com o regime autoritário após vinte e um anos. A Constituição referida resgata o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os Direitos Fundamentais, fundamentando-se no princípio da dignidade humana.

A Carta Magna brasileira de 1988, em seu artigo 6º, aborda aos direitos sociais por excelência, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados. Desse modo, a Constituição deixa de ser um ideário, não mais suficiente, muito menos uma mera expressão de anseios, de aspirações, de propósitos, mas passa por uma transformação, por uma conversão do ideário em regras impositivas que estabelecem comandos obrigatórios ao Estado e aos Cidadãos (MELO, 2011).

Nesse sentido, afirma Agra (2008, p. 56):

A instituição da Constituição Cidadã, de 1988, pródiga em direitos, fez com que a prestação jurisdicional abrangesse segmentos sociais até então excluídos, obrigando um desenvolvimento da teorética constitucional para que essas prerrogativas pudessem transpor sua seara retórica para uma seara fática. A existência de direitos fundamentais apenas no plano da validade jurídica não mais satisfazia a real necessidade de segmentos hipossuficientes da sociedade.

No tocante à disposição dos direitos sociais, a Constituição Federal do Brasil de 1988 os apresenta em capítulo próprio, qual seja, o capítulo II do título II. Além disso, eles também aparecem no título especial sobre a ordem social (título VIII), de modo que se estabelece marco distintivo importante entre as anteriores Constituições que pulverizavam o tema apenas no contexto da ordem social. A razão de ser, prioristicamente, da separação entre os Direitos Sociais e a ordem social na Carta Constitucional de 1988, em especial, foi evidenciar que os direitos sociais fazem parte das cláusulas pétreas, portanto impassíveis de modificação, vez que fundamentam o Estado Democrático de Direito e a República Federativa do Brasil (AGRA, 2008).

A Carta Republicana de 1988 avança na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, sendo a primeira constituição brasileira a iniciar seus capítulos com direitos e garantias, para depois tratar das questões do Estado. Para além disso, assegurou participação popular, mediante várias emendas populares, o que a consagrou como a Constituição Brasileira de maior legitimidade popular (PIOVESAN, 2006).

Com o passar dos anos, tanto no exterior como no Brasil, a saúde ganhou mais relevância, e por consequência tornou-se foco de proteção de governos e de instituições como a Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) (PEDROSA FILHO, 2012).

No exterior, mais precisamente na Europa, a Constituição Italiana, seguida das Constituições Portuguesa, Espanhola e da Guatemala, foram as primeiras a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade. Cumpre destacar, porém, que, muito embora a Constituição Italiana tenha sido a pioneira a reconhecer a saúde como fundamental direito, foi com a Constituição Portuguesa que a saúde como direito ganhou concepção universal mais precisa (SILVA, 2010).

No Brasil, por seu turno, essa realidade é sentida nos diversos diplomas legislativos de nosso país, em especial na Carta Constitucional de 1988 e nos tratados e Convenções internacionais recepcionados por nossa legislação, sobretudo com o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura, além da preservação do direito à vida e a integridade humana, o amplo desenvolvimento dos Direitos Sociais, o que impende constatar que a saúde, na condição de Direitos Sociais, deve ser oferecida à população, gratuitamente, por meio serviços de saúde e políticas públicas do Estado (PEDROSA FILHO, 2012).

Mister destacar que as Constituições Europeias relacionavam o Direito à Saúde com a seguridade social (SILVA, 2010).

De modo análogo, a Magna Carta brasileira de 1988 acolheu a concepção de seguridade social, cujo conceito é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Nesse sentido, a Carta Republicana de 1988 estabelece no parágrafo único do art.194 os princípios que regem a seguridade social:

I- universalidade da cobertura e do atendimento; II- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV- irredutibilidade do valor dos benefícios; V- equidade na forma de participação do custeio; VI- diversidade de base de financiamento; VII- caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

O direito à saúde foi instituído na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que visa o bem-estar e a justiça social.

No que concerne ao direito à saúde, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, enuncia que: “o Direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo-

o mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nesse sentido, importa saber o que aduz Silva (2010, p. 308):

O princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua condição econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

O direito à saúde, portanto, está estreitamente relacionado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, está o Estado obrigado a favorecer, mediante ações positivas, acesso gratuito e eficiente aos serviços de saúde com a finalidade de manter a integridade e a vida da pessoa humana (PEDROSA FILHO, 2012).

Cabe destacar, que o direito à saúde, na Constituição Federal de 1988, foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância. A forma como foi tratado, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Nesta senda, o direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, o que leva ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (BRASIL, 1986).

Nas lições de Pedrosa Filho (2012, p. 32):

Uma vez que o direito à saúde integra o grande todo que é o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, inimaginável que o Estado promova a manutenção da vida e da integridade da pessoa humana sem um mínimo de absorção de serviços de saúde por parte da população, que por ele há de ser prestado gratuitamente.

No que concerne as prestações do Estado, cabe destacar que, de modo análogo ao que acontece com os direitos sociais, no direito à saúde, as prestações estatais admitem duas direções, quais sejam, a primeira consiste no direito a reivindicar do Estado, que se prive de executar qualquer ação que prejudique a saúde,

configurando-se como prestação negativa. A segunda, de natureza positiva, ao revés, constitui-se em prestações e medidas estatais que intentem a proteção e a promoção da saúde (SILVA, 2010).

O direito à saúde, nesse sentido, encontra respaldo na seara dos Direitos Humanos, transcendendo o ordenamento jurídico brasileiro. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por princípios, em especial os de prevalência dos Direitos Humanos, consagrados ao ordenamento jurídico pátrio por força do Decreto nº 678/1992 que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (PEDROSA FILHO, 2012).

Dada a sua relevância pública, as ações e serviços de saúde ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, cabendo ao Estado executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Atribuído ao Poder Público, pela Constituição, o controle das ações e serviços tem ele o integral poder de dominação, nesse caso o verdadeiro sentido do termo controle, é quando aparece junto da palavra fiscalização (SILVA, 2010).

Das lições de Pedrosa Filho (2012, p. 35) extrai-se:

Em sendo, como é no Brasil, o direito à saúde um direito fundamental do cidadão, erigido à categoria de direito social, obstaculizar o acesso a essa garantia fundamental, por qualquer meio ou modo, é agredir todo o sistema jurídico pátrio e, via de consequência, os Direitos Humanos.

O Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, vez que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito da coletividade, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), criado e positivado pelo legislador constituinte no art. 198 da Constituição Federal de 1988. O SUS é integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços federais, estaduais, distritais e municipais de saúde que preveem um atendimento independente de contraprestação, obedecendo aos princípios da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade. (SILVA, 2010).

Assim sendo, é pelo SUS que “o Poder Público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias e interesses para a saúde e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias” (SILVA, 2010, p. 833).

Todo o sistema é financiado com os recursos do orçamento da seguridade social. Nesse sentido, a Carta Magna brasileira de 1988 estabelece uma dotação orçamentária específica para concretização dos direitos sociais à saúde e à educação, em razão da natureza prestacional dos direitos sociais. Possibilitando, ainda, a intervenção federal nos estados nos casos em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos para a manutenção e desenvolvimento para esses direitos.

Segundo Pedrosa Filho (2012, p.37):

Regulamenta o aludido art. 198 da CF, a lei nº 8.080 de 1990, disciplinadora do funcionamento do Sistema Único de Saúde, que traça um esquema geral de funcionamento do mesmo e tem como um dos seus princípios a descentralização da prestação dos serviços.

Nesse diapasão, não basta que a Constituição Brasileira tutele o direito à saúde, mas que efetivamente promova a sua concretização, materializando-o por meios de suas políticas públicas e ofertando à população o acesso digno, o que promove o direito à saúde, tornando-o real no mundo dos fatos.

Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, o Estado Brasileiro obrigou-se a prestações positivas, com o dever de possibilitar acesso à saúde à população através da elaboração de políticas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

Destarte, o conceito de saúde faz-se necessário. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como “um completo bem-estar físico, social e mental e não apenas como ausência de doenças”. De modo que a saúde, em seu conceito, alcança amplas e novas dimensões, em que pese as considerações acerca dos reflexos das condições de alimentação, moradia, educação, meio ambiente, trabalho e renda, transporte, lazer, liberdade e, principalmente, o acesso aos serviços de saúde, conforme a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada no Brasil, em 1986.

Por fim, os direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, ao assumirem o posto de axiomas do ordenamento jurídico, atuam como fundamentos da atuação estatal, norteando a atividade legislativa e executiva do Estado que deve agir positivamente não apenas no sentido de criar normas infraconstitucionais que determinem o direito do particular ao acesso à saúde, mas também no sentido de

ações materiais próprias a fim de ministrar atividades hospitalares, clínicas, de prevenção às doenças, dentre outras.

O Estado obriga-se a realizar ações que promovam a concretização do direito à saúde, de forma a proporcionar com equidade, na medida das desigualdades de cada um, tratamentos, medicamentos, prevenção e proteção à saúde de todos, sem que haja discriminação ou que se exija nenhuma contraprestação ao usuário.

3 PRAGMATISMO JURÍDICO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: PROPOSTAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Para que este capítulo alcance os fins a que se pretende, qual seja, apontar quais das teorias de interpretação propostas melhor se conforma com a real concretização do direito à saúde, principalmente nos casos difíceis, faz-se necessário esclarecer dois conceitos que, por vezes, são confundidos, o de normas e o de texto normativo.

As concepções de interpretação, a hermenêutica e a relação delas com o Direito também permearão a introdução deste capítulo, vez que, pensar o direito, ou o que devemos entender como direito é uma construção acerca dos variados arranjos que se pode de extrair dos textos normativos.

Nesse sentido, Ávila (2009, p. 30) aduz:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Quando Ávila estabelece, ao mesmo tempo, o conceito e desvinculação entre norma (sentido) e dispositivo legal, extrai-se a lição de que a função da Ciência do Direito não é mera descrição de significados.

Dada a natureza complexa das ciências sociais e do próprio Direito, a verdade apresenta-se, não raras vezes, de forma confusa, pouco clara. É, pois, com a hermenêutica, na construção atual, que se faz possível a busca pelo conhecimento de algo que se apresenta de forma turva, oculta.

No Direito, a hermenêutica jurídica, como bem fala Camargo (2011, p.15) “refere-se, assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução”.

A norma jurídica, portanto, relaciona-se com valores, vez que salvaguarda comportamentos ou serve como instrumento para o alcance de fins mais elevados. Isso porque o significado da norma não está incorporado ao conteúdo das palavras, mas aos valores subjacentes à lei, pelo que dependem necessariamente do uso da

interpretação. Desse modo, o problema jurídico de natureza valorativa deve ser compreendido. A compreensão, por seu turno, não consiste apenas na subsunção do fato à uma lei geral e abstrata, mas a busca pelo significado de alguma coisa em função das razões que o orientam (CAMARGO, 2011).

Nessa linha, Ávila (2009, p. 31-32) escreve:

A interpretação não se caracteriza como ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui "o" significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significados – sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso, ou, melhor, como uso.

Na década de 1960, ocorreu uma fundamental mudança nas metodologias das ciências sociais – agora, não mais entendida como uma ciência de mera descrição, mas como uma questão de interpretação, em que a hermenêutica é inevitável (MORRISON, 2006).

Nessa perspectiva, o Direito é indissociável da hermenêutica, já que a sua razão de ser, enquanto significação, deriva da efetivação ou aplicação da lei em cada caso concreto. (CAMARGO, 2011).

É importante destacar, porém, que nem sempre foi assim, influenciado pela modernidade fundada no Iluminismo, aos seres humanos restavam ver as coisas como elas realmente são, afim de torná-los plenamente conscientes. À época, o Direito era uma questão de fato, uma questão meramente semântica, sem espaço para interpretações construtivistas que ultrapassassem os domínios da escola exegética.

A filosofia Jurídica desse contexto histórico, o positivismo jurídico, enfatizava um exame crítico ou uma análise livre de valores, afim ressaltar a transparência e convicção social, pretensão de verdade (MORRISON, 2006).

Desse modo, para que o entendimento acerca das teorias de interpretação do direito alcance seu devido fim- superação do paradigma positivista e do formalismo no campo da aplicação do direito- reservaremos um subtítulo para a compreensão do positivismo jurídico, de forma breve, abordando seus aspectos principais.

3.1 Positivismo Jurídico

Nas lições de Dworkin (2007), o positivismo, em geral, pensava o direito de uma comunidade como sendo um aglomerado de regras especiais usadas pela comunidade afim de indicar as condutas puníveis ou coagidas pelo poder público. As regras especiais podem ser constatadas ou distinguidas por meio de teses que não dizem respeito ao seu conteúdo, mas sim à forma como foram adotadas, nos termos de Dworkin, conforme o seu *pedigree*. O Direito, nesse sentido, é sustentado como uma questão de fato, a verdadeira divergência sobre a sua natureza deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas. Desse modo, é possível diferenciar regras jurídicas válidas de regras sociais (regras morais).

O positivismo jurídico conformava-se com as concepções de objetividade, neutralidade e unidade. Afim de ajustar-se com essas ideias, o sistema de pensamento jurídico positivista admite que o direito regule sua própria criação e aplicação de normas. Aos intérpretes do direito, restam apenas os recursos normativos admitidos pelo ordenamento jurídico. A melhor solução para o caso concreto há de ser encontrada, pelos juristas, com a busca pela melhor norma a ser aplicada dentre as normas válidas do direito positivo (POGREBINSCHI, 2002).

Nesse sentido, para o positivismo jurídico deve existir sempre uma resposta, posta no ordenamento jurídico, para o caso fático. Basta ao juiz, portanto, que constate o fato que deu ensejo à pretensão judicial, subsumindo-o a uma norma. Razão pela qual ao julgador positivista restam apenas interpretações semânticas ou o uso da analogia. O direito, nesse aspecto, é apenas uma questão de fato (POGREBINSCHI, 2002).

De acordo com Dworkin, entretanto, nos casos em que não houver uma regra apropriada ou que a regra apropriada seja vaga, não correspondendo à solução do caso concreto, a decisão do caso não será mediante a aplicação do direito, razão pela qual o juiz deverá criar uma nova regra jurídica utilizando-se de seu poder discricionário, sendo, portanto, a busca por um outro padrão que oriente a decisão, mas não o direito (DWORKIN, 2007).

Em conformação com as ideias apresentadas, Pogrebinski (2002, p.112) aduz:

A teoria do ordenamento jurídico delineada pelo positivismo tem como peças centrais os princípios da coerência e da completude. O primeiro traduz-se pela ideia de que o ordenamento não comporta antinomias, ou seja, duas ou mais normas contraditórias ou contrárias. O segundo afirma a inexistência de lacunas no ordenamento, o que permite que o juiz sempre possa decidir qualquer caso que lhe seja apresentado fundamentando-se em uma norma pertencente ao sistema. Esses dois princípios, por sua vez, referem-se à característica primeira do ordenamento jurídico positivista, qual seja, a sua unidade.

O sistema jurídico positivista é, portanto, extremamente previsível, haja vista não admitir antinomias, nem lacunas e reservar à atividade integrativa (interpretativa) o recurso à analogia ou a fontes jurídico-normativas (para Kelsen, os costumes e a jurisprudência) (POGREBINSCHI, 2002).

A unidade, característica primária do positivismo, alcança seu fim com Kelsen. A norma fundamental hipotética, fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico, permite aos juízes, pelo imperativo da completude, solucionar os casos dentro do próprio ordenamento jurídico. Destarte, a segurança jurídica, desejo do ideário positivista, é alcançada (POGREBINSCHI, 2002).

Para John Austin, a proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política desde que transmita, corretamente, o comando precedente do soberano, entendido por pessoa ou grupo determinado cuja as outras pessoas habitualmente obedecem, mas que não tenha o hábito de obedecer a ninguém. Portanto, na visão de Austin, as regras de uma comunidade são ordens gerais, impostas por um soberano. Outrossim, a obrigação jurídica consistia na subsunção do indivíduo à regra estabelecida pelo soberano e pela sanção que receberia no caso de descumprimento dela (DWORKIN, 2007).

Essa teoria foi alvo de críticas, uma delas questionava se as proposições jurídicas verdadeiras, podiam de fato ser verdadeira em virtude do comando de alguém ou de um grupo, além do mais se era possível, numa sociedade complexa, encontrar uma pessoa ou um grupo que controlasse todos os outros, de forma a tornar-se soberano. Contudo, nunca perdeu totalmente sua força sobre a doutrina, o entendimento essencial de que o direito é fruto de decisões históricas tomadas por quem detêm o poder político

Em Hart, o positivismo alcança contorno mais complexo. As proposições jurídicas encontram seu fundamento de validade na aceitação da comunidade em geral. A aceitação da comunidade está centrada numa regra mestra fundamental – a “regra de reconhecimento” – que autoriza a comunidade e o grupo a criar leis. Contrário ao pensamento de Austin, o fundamento de validade do direito não está em imposições de um soberano, mas em convenções sociais que refletem a aceitação da comunidade do sistema jurídico (DWORKIN, 2007).

O pragmatismo jurídico é, nesse contexto, uma forma de tentar superar a metodologia positivista e seu formalismo na aplicação do Direito. Propondo que a aplicação do Direito por meio da interpretação leve em conta o contexto fático e as suas consequências, de modo que ultrapasse o paradigma positivista de aplicação da norma de forma exegética.

Em suas lições, Dworkin (2014, p.110) afirma:

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido” – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Não obstante, um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância.

Nesse sentido, as interpretações radicais dos juízes estão sempre sendo contingenciadas, à medida que os paradigmas de cada sociedade são estabelecidos. Ainda sobre o aspecto de limitação da atividade do intérprete, “o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação” (DWORKIN, 2014, p.110).

Às concepções interpretativas do direito, é imprescindível ressaltar que o direito deve ser refletido pelos juízes no âmbito da sociedade, e não fora dela. Os juízes, por seu turno, não são meros expectadores, mais partícipes de uma comunidade com tradições políticas diferentes e antagônicas, e, por conseguinte, com vieses de interpretações marcados por ideologias diferentes (DWORKIN, 2014).

O modo de pensar o direito é a substancial diferença entre o positivismo jurídico e o pragmatismo jurídico. O primeiro, deseja uma verdade objetiva e transparente, trazida por um observador externo. O segundo, admite, ao contrário, uma verdade

construída, interpretada, analisada por observadores pertencentes à comunidade e suas tradições.

Nesse contexto, as lições de Morrison (2006, p. 499) são esclarecedoras:

A moderna hermenêutica jurídica rejeita a metafísica de um observador externo independente que procura a objetividade (tão fundamental à busca da verdade desde a similitude da caverna de Platão), em favor da metafísica de um cientista comprometido que pertence a uma tradição e trabalha com os recursos intelectuais dessa tradição. Qual é o status de verdade na metodologia hermenêutica? Não é a reivindicação de transparência que se pretende que o observador externo traga de volta aos habitantes da caverna onde há vida sem reflexão, mas sim a articulação – ou interpretação – da ação e do significado intrínsecos a uma tradição à qual pertencem tal ação e tal significado.

Do ponto de vista do referencial teórico que adotamos – o Império do Direito de Ronald Dworkin – o direito ganha outro contorno e as discussões acerca dele insistem que o sistema jurídico não deve corresponder a materialização da vontade de um soberano que fundamenta a construção e a validade do sistema na sua capacidade de impor suas decisões pelo uso da força.

Dentro da perspectiva pós-positivista, o fundamento de validade do sistema jurídico repousa em sua adequabilidade a decisões políticas prévias que autorizarão o uso da força pública, exclusivamente nas hipóteses previstas nos comandos normativos criados com base nas referidas decisões políticas (DWORKIN, 2014).

Isto posto, constitui fundamento e respaldo para prosseguirmos com o objetivo central do nosso estudo, qual seja, apresentar dentre as escolas de interpretação do direito - o pragmatismo jurídico e o direito como integridade na versão de Dworkin - a que mais se adequa a práxis jurídica dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, principalmente quando a concretização desse direito estiver obstaculizada pelo confronto entre princípios/direito fundamentais coletivos e individuais, envolvendo questões econômicas e políticas.

3.2 Pragmatismo Jurídico

A abordagem que se pretende fazer nesse estudo sobre o pragmatismo jurídico está distanciada, em partes, do pragmatismo filosófico. Contudo, as ideias iniciais do pragmatismo filosófico são relevantes para discussão, do ponto de vista da apreensão

do conceito original e sua relação com o realismo. Por essa razão, iniciaremos esse título com um resgate breve às noções do pragmatismo filosófico.

Atribui-se a Charles Pierce o surgimento do pensamento pragmatista que busca entender concepções humanas como costumes ou construções mentais que impulsionam o agir das pessoas. De acordo com essa corrente filosófica, todas as ações humanas correspondem a hábitos mentais e a compreensão dessas ações deve passar pela investigação dos processos psicológicos de decisão que o indivíduo realiza internamente (POGREBINSCHI, 2002).

Logo, há uma relação de causa e consequência entre o comportamento, a tomada de decisão e todos os fatores sociais, culturais, econômicos que constroem o contexto do ser humano. O ambiente atua como um critério decisivo na configuração de sua personalidade de forma que o indivíduo se porta no processo de conhecimento já com uma carga de concepções prévias.

Para Pierce, o pragmatismo era um método capaz de determinar o verdadeiro sentido de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra, ou outro tipo de signo utilizando como critério a experiência, a utilidade.

A investigação da experiência leva a uma expectativa acerca das possibilidades de fatos, comportamentos e consequências para o futuro. Assim, o processo cognitivo e o estabelecimento de uma verdade encontram seu fundamento de validade não em aspectos semânticos de confronto com o mundo da natureza, mas sim diante de sua adequabilidade prática. Dessa maneira o estabelecimento de utilização do signo ou objeto do conhecimento dentro desses limites e condições práticas constitui o significado dessa verdade (POGREBINSCHI, 2002).

No campo do Direito, o pragmatismo jurídico introduz uma noção instrumental da ordem jurídica submetida às necessidades do homem. Passa-se a adotar uma técnica de construção normativa baseada não mais na coerência com decisões pretéritas ou justificada em valores sociais estabelecidos, mas no entendimento atual de qual decisão ou aplicação do Direito trará mais utilidade e maximizará o bem-estar para o futuro. Diz-se, pois, ser uma escola cética e que em determinados aspectos se relaciona com o utilitarismo (POGREBINSCHI, 2002).

O pensamento pragmatista se afasta da concepção de uma norma única e certa, imutável e universal, mas aproxima-se da ideia de que a decisão deve considerar que o fenômeno jurídico se evidencia pela contestabilidade, revisabilidade e mutabilidade sempre que a necessidade social assim exigir.

Nesse contexto, aduz Dworkin (2014, p. 192):

O pragmatismo jurídico mostra que as estratégias para perseguir o interesse geral, que parecem óbvias em uma geração, passarão a ser questionadas em outra; portanto, serão naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial, e não fora dele.

O operador do Direito, nesta linha de pensamento, passa a assumir um papel de protagonismo na construção da norma jurídica, na medida em que o processo hermenêutico, ao se desvincular de limites impostos por decisões pretéritas ou mesmo axiomas, assume um escopo criador e não apenas expectador.

Insta destaca o que aduz Pogrebinschi (2002, p.109) sobre o Pragmatismo:

Não se deve qualificar como pragmatista uma filosofia que não contenha os seguintes elementos: descrença em entidades metafísicas tais como "verdade", "realidade" e "natureza", exame das proposições por suas consequências e sua conformidade com necessidades humanas e sociais.

Nesse sentido, atribui-se ao pragmatismo jurídico três características que delineiam esse modelo de pensamento. A primeira delas, o antifundacionalismo se caracteriza por um afastamento de fundamentação do conhecimento e do pensamento em valores prévios e verdades absolutas, estabelecendo que não deve apoiar o critério de racionalidade da construção da verdade em concepções absolutas e imutáveis de modo que não se pode pensar em respostas jurídicas definitivas e perenes que possam servir de fundamento universal para todo e qualquer problema futuro (POGREBINSCHI, 2002).

Para Dworkin, “o pragmatismo jurídico, assim, nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”, sendo, desse modo, considerado como uma concepção cética do direito (DWORKIN, 2014, p. 185).

Nesse mesmo sentido, Pedron (2009, p. 131) afirma que na perspectiva do pragmatismo “as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final – deve-se revelar a melhor para a comunidade como um todo; e, por essa razão, não necessita estar atrelada a nenhuma decisão política do passado”.

Entretanto, afirmam os pragmáticos, que os juízes devem, em determinados momentos, agir “como se” os cidadãos possuíssem direitos, isso, com o passar do tempo, servirá à comunidade. (DWORKIN, 2014)

Nesse caso, seria uma questão de civilização, como por exemplo, no caso das legislações que estabelecem taxas de juros ou nos casos de códigos e sistemas de trânsito, ou ainda, uma atenção ao passado por uma questão de boa estratégia. No caso da boa estratégia, a decisão poderia respeitar as decisões ou proposições jurídicas passadas quando as leis fossem claras e os precedentes bem definidos. Caso contrário, quando a lei se mostrar velha e ultrapassada, bem como quando o conjunto de precedentes parecer injusto ou ineficiente, restaria a rejeição pela concepção de coerência de princípios como algo importante em si mesmo (DWORKIN, 2014).

O pragmatismo jurídico, portanto, encontra o fundamento de validade para a coerção na justiça em virtudes contemporâneas ou na eficiência que decorram da própria decisão judicial, de modo que a necessidade de conformação com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não parece, num primeiro momento, necessária à justiça ou às decisões atuais (DWORKIN, 2014).

O segundo aspecto do pragmatismo é contextualismo que se caracteriza pela adequabilidade da decisão jurídica aos aspectos sociais, culturais, econômicos do ambiente em que o problema jurídico está inserido e a capacidade da referida decisão em atribuir o melhor resultado a problemas nesses contextos.

Nesse contexto, é possível que decisões sejam tomadas em sentido oposto às decisões pretéritas servindo estas não como parâmetro de validade, mas apenas como critérios de convencimento. Isto porque as referidas decisões podem estar em contextos distintos, influenciadas por diferentes aspectos sociais de forma a permitir novas opções do aplicador do Direito.

Por fim, o consequencialismo se caracteriza pela análise de valor acerca da decisão, de modo que o aplicador do Direito analise as possíveis consequências para prever os resultados socialmente mais benéficos ou úteis.

Sobre essa característica, Pedron (2009) afirma que os julgadores, no ato de decisão, têm a discricionariedade de escolher qualquer método ou de adotar qualquer justificação que fundamente a decisão que a seu entendimento represente a melhor opção para comunidade futura.

Em suma, o pragmatismo jurídico é uma escola de interpretação do direito cética, vez que rejeita a concepção da exigência de conformação das decisões judiciais atuais com pretensões juridicamente tuteladas, permitindo a liberdade do

aplicador do direito em escolher o melhor método que o conduza à decisão que lhe pareça mais adequada à comunidade.

Desse modo, rejeitam também a noção de que existem direitos atribuídos à pessoa, na medida em que afirma ser esses direitos apenas instrumentos para a construção da melhor resposta, razão pela qual não possuem força ou fundamento independentes. Não pretendendo, porém, rejeitar a moral, nem mesmo as pretensões morais ou políticas, bem como nenhuma teoria que discorra sobre o que é melhor para uma comunidade (DWORKIN, 2014).

Nesse contexto, Dworkin estabelece fortes críticas ao referido modelo. A principal delas é a rejeição à ideia de direitos consagrados às pessoas por decisões judiciais que visem o melhor para o futuro da comunidade sem a preocupação com a coerência entre as decisões passadas e as decisões futuras, bem como a coerência com os princípios norteadores do ordenamento jurídico como um todo.

Nessa linha, o modelo de completeza do Direito, proposto por Dworkin, tem um grande desafio, qual seja, sustentar a importância da coerência de princípios do ordenamento jurídico nas decisões judiciais, em especial nos casos difíceis. Para alcançar esse fim, Dworkin, propõe uma metodologia interpretativa do direito – o direito como integridade – que busca a superação das teorias semânticas e propõe que se alcance o conceito de integridade, como virtude política, com a síntese de modelos interpretativos opostos, o convencionalismo e o pragmatismo jurídico.

Nesse sentido, Dworkin defende o conceito de integridade explicando as exigências da integridade/coerência no processo de construção do direito, apresentando dois princípios práticos, o princípio da integridade na legislação – atividade política - e o princípio de integridade no julgamento – relacionado à atividade judicante.

3.3 Direito como Integridade

O Direito como integridade é uma escola do pensamento jurídico elaborada por Dworkin que tece críticas aos modelos positivista, convencionalista e pragmatista a partir de um método hermenêutico que se baseia em um programa político pautado na equidade, no devido processo legal adjetivo e na justiça (MORRISON, 2006).

Em política, a equidade conforma-se com a exigência de encontrar procedimentos políticos que distribuam adequadamente o poder estatal. A virtude da justiça, por sua vez, consiste na preocupação com as decisões políticas adotadas pelas instituições políticas consagradas, tomadas com equidade ou não, de forma a se obter uma distribuição dos recursos materiais e a proteção das liberdades civis de maneira moralmente aceitável (DWORKIN, 2014).

Por fim, tem-se como devido processo legal adjetivo, a adoção de procedimentos de julgamento das infrações legais por métodos políticos prévios que prevejam métodos probatórios, revisionais e confirmem um justo grau de exatidão na investigação das eventuais infrações legais (DWORKIN, 2014).

A construção de uma teoria jurídica que se pautar na adoção de um conjunto de axiomas que fundamente historicamente as decisões judiciais tomadas no processo de construção do Direito encontra um obstáculo consubstanciado no fato de que as pessoas costumam divergir no que diz respeito ao conteúdo e extensão de portfólio de valores morais.

Por essa razão, somados às virtudes de justiça, equidade e devido processo legal, Dworkin propõe uma quarta virtude – a integridade – que, em um primeiro momento, está relacionada com o ideal de que pessoas semelhantes devem ser tratadas de forma semelhantes. Isso implica dizer, portanto, que o Estado aja de forma coerente e fundamentado em princípios com todos da comunidade, de modo que os padrões de justiça e equidade usados para uns alcance todos os cidadãos. É, pois, uma questão de moralidade política no modo de agir do governo (DWORKIN, 2014).

Nesse contexto, Dworkin apresenta o conceito de virtude de integridade política, no sentido de que o Estado e a comunidade assumem o papel de agente moral atuando segundo um conjunto único e coerente de princípios, a despeito de haver alguma divisão ou discordância entre os cidadãos acerca da natureza exata dos princípios de justiça e equidade (DWORKIN, 2014).

Nesse sentido, a integridade política supõe, nos termos de Dworkin, uma comunidade personificada quando insiste que a comunidade de uma forma geral se engaje nas virtudes de justiça, devido processo legal e equidade, assim como os particulares se envolvem em convicções e ideias próprias (DWORKIN, 2014).

Desse modo, afirma o autor, que “a aceitação da integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade implica na existência de um

argumento geral, não estratégico, para o reconhecimento de direitos” (DWORKIN, 2014, p. 203).

Continua o autor sustentando que será uma exigência da equidade a plena aplicação dos princípios políticos necessários à justificação da autoridade da legislatura, bem como será uma exigência de justiça que os princípios morais necessários para justificar a substancia das decisões legislativas sejam reconhecidas pelo resto do direito e, finalmente, será uma exigência do devido processo legal a adoção e a obediência dos procedimentos previstos nos julgamentos, levando-se em conta os distintos graus de exatidão e eficiência necessários na aplicação de algum aspecto do Direito (DWORKIN, 2014).

Além disso, Dworkin ressalta a importância da aplicação da integridade voltada ao ato de criar textos normativos – princípio da integridade na legislação - e ao ato de julgar –princípio de integridade no julgamento. O primeiro, volta-se ao legislador de forma a impor que crie documentos coerentes com os princípios. O segundo, por seu turno, pede àqueles que decidem o que é a norma jurídica que a construam e a deem o devido cumprimento de forma coerente, igualmente como no primeiro, ou seja, que sigam o imperativo da coerência com princípios (DWORKIN, 2014).

Assim aduz Dworkin (2014, p. 203), o princípio da integridade no julgamento:

Explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

Após discorrer sobre as exigências da integridade e a sua importância para o modelo criado por Dworkin, analisaremos, de modo geral, o que propõe a escola hermenêutica do direito como integridade.

Desse modo, o direito como Integridade apresenta um modelo interpretativo do pensamento jurídico, diferentemente do positivismo que se caracteriza por ser, na sua conceituação, uma escola semântica ao negar ao aplicador a possibilidade de interpretações criativas da norma jurídica.

Diferentemente das propostas de Austin e Hart que atribuem o fundamento de validade dos ordenamentos jurídicos, no caso do primeiro, à capacidade de um soberano ou grupo dominante em impor sua vontade sobre o restante do tecido social

pelo uso da força e, no caso do segundo, pela aceitação política e do reconhecimento pelo tecido social da conveniência de se adotar o modelo imposto pelo grupo dominante, Dworkin propõe um modelo em que o sistema jurídico busca seu fundamento de validade em um conjunto de axiomas comuns ao tecido social, construídos ao longo de um processo de desenvolvimento histórico.

No que tange às escolas interpretativas do direito, em sua obra *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin faz uma análise do Convencionalismo e do Pragmatismo de forma a demonstrar o quanto o modelo da Integridade no Direito é mais adequado à solução dos chamados casos difíceis.

No que concerne ao convencionalismo, como bem explica Morrison (2006, p. 519):

O direito pode ser descoberto por meio da aplicação de textos convencionalmente estabelecidos (em essência, a abordagem jurídico-positivista de encontrar o direito através de uma regra de reconhecimento). Enquanto, por um lado, o convencionalismo faz justiça a decisões políticas do passado e garante previsibilidade, por outro erra muito em favor do aspecto de continuidade; não há movimento para diante.

No pragmatismo, ao revés, o direito é descoberto quando se encontra a decisão mais justa para o caso em questão, de forma a maximizar o melhor resultado para o futuro da comunidade, sem que as decisões políticas do passado sejam fundamentos das decisões atuais, não havendo preocupação com coerência com o todo do direito, o núcleo essencial.

No modelo de integridade, é diferente, os princípios jurídicos vão se consolidando ao longo do tempo por meio da atividade jurisdicional. São os valores morais que formam a base estruturante do corpo social e que vão formar também os fundamentos do Direito, seja de forma explícita ou mesmo implicitamente, o ponto central é que são elementos integrantes do sistema jurídico com papel e força normativa assumindo funções vinculantes e integradoras (POGREBINSCHI, 2002).

Em razão dessa natureza integradora, os princípios auxiliam o julgador em sua função criativa, servindo não apenas de fundamento na construção de novas normas diante do vazio legislativo ou da ausência de precedentes, mas atuando igualmente como limites, impondo ao mesmo julgador que não extrapole os limites impostos pelos valores sociais reconhecidos pelo Direito.

Percebe-se uma visão historicista do Direito em que esta Integridade, como apresentada por Dworkin, implica na construção normativa desvinculada de compromissos pessoais, posições políticas ou estratégias particulares do aplicador com base não exclusivamente nos objetivos futuros da sociedade, mas sim em uma construção do Direito que leve em conta e esteja vinculada e fundamentada com a construção já realizada através dos precedentes, ainda que os princípios possam ser conformados e sopesados em cada caso concreto para atender as particularidades ínsitas a cada situação (POGREBINSCHI, 2002).

A integridade, portanto, exerce o importante papel de manter a consistência entre a decisão judicial presente, a estrutura do direito como um todo e a história, isto é, a narrativa histórica existente nas fontes autorizadas passadas (POGREBINSCHI, 2002).

Reside neste particular o grande ponto de distinção entre o Direito como integridade de Dworkin e o modelo pragmatista. Este último, ao adotar um modelo consequencialista, que se materializa por decisões voltadas à busca do melhor resultado atual e futuro sem qualquer compromisso com o passado e com decisões tomadas anteriormente, transforma o juiz num legislador, o que se distancia do agir e pensar da práxis jurídica, assim como pensa Dworkin. O modelo dworkiano, ao contrário, insiste que o contexto histórico de decisões e de construção de sentido prévio acerca do conteúdo e do alcance dos princípios é fundamento inafastável de validade das decisões atuais.

Ante o exposto, nos esclarece Dworkin (2014, p. 272):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática contemporânea como uma política em processo em desenvolvimento.

Logo, o Direito, para a teoria Dworkiana, é inconcluso, construído por meio de um processo em desenvolvimento que requer uma atividade judicial atuante e comprometida com a natureza complexa da prática jurídica na sociedade, que ora olhe para o passado com a obrigação de escrever algo que esteja conforme o que já foi decidido e ora olhe para o futuro, afim de acrescentar algo novo às decisões

pretéritas. Na verdade, é um equilíbrio entre a coerência com as decisões passadas e a necessidade de continuar, ou seja, o compromisso com o futuro e as suas transformações, o que ele define como romance em cadeia (MORRISON, 2006).

Ultrapassada a análise acerca das escolas jurídicas interpretativas do direito, pragmatismo jurídico e Direito como integridade, em que estabelecemos as principais diferenças teóricas e metodológicas na construção jurídica para cada modelo, passaremos, no próximo capítulo, a investigar qual delas propõe a solução mais adequada à justiciabilidade do Direito à saúde, nos casos difíceis, diante da reserva do possível, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

4 CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE, ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Presente capítulo propõe uma análise sobre a delimitação do grau de justiciabilidade do Direito à saúde, no Brasil, apontando a (in) existência de limites às prestações do Estado cotejando o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana, indicando qual das escolas interpretativas oferece os instrumentos mais efetivos para a exigibilidade dos direitos à saúde por via judicial, através da análise do caso concreto no julgamento da AG. REG. na STA 175/CE.

4.1 Dispensação de medicamentos por via judicial – AG. REG. na STA 175/CE

Passamos a analisar como o Poder Judiciário vem decidindo a matéria e julgando os processos em que o particular vem requerendo do Estado o custeio do fornecimento de medicamentos. Nesse contexto, analisaremos o AG. REG. na STA 175/CE que é um julgamento paradigmático sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal.

O caso em tela, trata de agravo regimental interposto pela União contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, interposto pela União, contra acórdão proferido pela primeira Turma do Tribunal Regional da 5ª região.

A suspensão de Tutela Antecipada foi indeferida pelo STF em consonância com o prévio parecer da Procuradoria-Geral da República, em razão de não observar, no caso, grave lesão à ordem, a saúde pública e à economia.

O caso em questão, trata de uma jovem de 21 anos portadora de uma doença degenerativa rara, NIEMANN-PICK tipo C, que a comete desde os 5 anos de idade, quando do surgimento dos primeiros sintomas. Os sintomas clássicos estão dentro dos distúrbios neuropsiquiátricos, quais sejam, movimentos involuntários, disartria, ataxia da marcha e dos membros, limitações do progresso escolar e paralisias progressivas. A doença é comprovada mediante laudos médicos e exames laboratoriais emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Habilitação que indicam o uso da medicação ZAVESCA (miglustat) para possibilitar o aumento de sobrevida e

melhora da qualidade de vida da jovem. Ocorre que a medicação tem um custo de R\$ 52.000, 00 mensais, e a família não tem condições de custeá-la, razão pela qual foi pleiteado, em juízo, a dispensação da medicação pelo Estado.

Os argumentos centrais da união contra o pleito residem na falta de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), na ausência de protocolos do SUS que utilizem o medicamento e no alto custo da medicação. Esses argumentos foram refutados pela decisão do STF que manteve a tutela antecipada, argumentando não haver lesão à ordem, à saúde pública e ordem econômica.

A União, insatisfeita com o resultado, interpôs agravo de regimento contra a decisão que indeferiu a suspensão de tutela antecipada, alegando que a decisão objeto do pedido de suspensão de tutela antecipada viola o princípio da separação dos poderes, as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da administração em definir políticas públicas, o que caracteriza indevida interferência do Poder Judiciário.

Ante o exposto, iremos analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na STA nº 175/CE cuja ementa segue abaixo transcrita:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Neste processo, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental da União e manteve a decisão anterior que concedeu ao particular o direito ao recebimento do recurso. Da ementa verifica-se que o Tribunal analisou questões como a consagração do direito à saúde como direito fundamental social, a separação dos Poderes e o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, a responsabilidade solidária de todos os entes federativos e ainda estabelece parâmetros que devem ser observados pelo Judiciário no momento de proferir sua decisão.

O relator do processo no STF foi o ministro Gilmar Mendes que iniciou seu voto destacando a natureza de direito fundamental do direito à saúde. O ministro relator parte da caracterização do direito à saúde como um direito prestacional e da

necessidade de sua compatibilização com o mínimo existencial e com a reserva do possível.

Prossegue o ministro Gilmar Mendes destacando que os direitos fundamentais sociais expressam um postulado de proteção, adotando a ideia de proibição de proteção insuficiente.

O voto condutor enfrenta a difícil questão dos argumentos de que o direito fundamental à saúde depende, na sua realização, de procedimentos estatais, criação de órgãos e providências da administração pública. Nesse sentido, prossegue asseverando que a concretização dos direitos fundamentais demanda a realização de gastos públicos e que, em face da escassez de recursos e da necessidade de fazer escolhas alocativas, o grau de efetivação desses direitos deve se conformar à reserva do possível e ao mínimo existencial.

Explica ainda que o grande enfrentamento da judicialização do direito à saúde passa pelo entendimento de parte da doutrina de que os direitos sociais, por dependerem da existência de recursos econômicos para sua concretização, são tutelados por normas de natureza programática, que dependem de políticas públicas para sua concretização. Nesse sentido, para tais críticos, a atuação do Poder Judiciário em proferir julgamentos concretizando o direito à saúde, ainda que nos casos em que houver omissão legislativa, revelaria indevida violação à separação dos poderes.

Após apresentar os argumentos tormentosos que podem levar ao entendimento da impossibilidade de concretizar o direito à saúde através de ações judiciais, o ministro dispôs como o tema é tratado pela Constituição Federal para, ao final, indeferir o recurso da União e manter a decisão judicial que determinou à União o fornecimento de medicamento ao administrado.

Em primeiro lugar, o voto trata dos direitos sociais como um “direito de todos” ao apontar que se pode identificar na Constituição Federal tanto a existência de um direito individual como um direito coletivo à saúde. Nesse sentido, qualquer argumento que trate o direito à saúde como uma norma meramente programática implicaria em retirar a força normativa da Constituição.

Aponta ainda o voto condutor que o direito à saúde é assegurado, nos termos da norma constitucional, por políticas sociais ou econômicas, o que leva ao entendimento de que não existe um direito absoluto a todo ou qualquer tratamento ou medicamento necessário à recuperação ou promoção da saúde, mas o que há é um

direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam ou recuperem a saúde.

Assim, a garantia judicial da proteção à saúde, dada sua natureza *prima facie*, fica condicionada ao não comprometimento do Sistema Único de Saúde, o que precisa ser demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta em cada caso.

Posteriormente o voto analisa o trecho do art. 196 da Constituição Federal que determina ser o direito à saúde “*garantido mediante políticas públicas sociais ou econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Nesse sentido, o relator destaca que as políticas públicas devem ser pensadas de modo que concretizem o direito à saúde por meios de escolhas alocativas. Ressalta ainda que a própria medicina impõe um caráter programático à concretização do direito à saúde, haja avista a medicina avançar em um ritmo de descobertas de novos tratamentos muito céleres, no sentido de haver sempre novos tratamentos, novos medicamentos.

No que tange as ações preventivas, a redução do risco de doença e outros agravos, o relator destaca que a Constituição ressaltou, em seu artigo 198 no inciso II, que essas atividades devem ser prioritárias.

Há ainda uma preocupação com questões de acesso ao serviço de saúde, devendo ser universal e igualitário, de modo que a efetivação das políticas públicas alcance todos os cidadãos. Ressalta-se, ainda, a noção de que a responsabilidade dos entes Federativos é solidária, garantindo a assistência igualitária à saúde sem privilégios ou preconceitos.

No que tange às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, o ministro argumenta que o problema da eficácia social do direito à saúde deve-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas existentes do que à falta de legislação específica e de forma que o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas já existentes.

Além disso, prossegue o voto, a Constituição Federal não apenas aponta a existência dos direitos sociais, como não faz distinção entre direitos individuais e coletivos, atribuindo a todos eficácia imediata.

O ministro relator, constatou assim que, na maior parte dos casos judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde, a intervenção do Estado não decorre da

omissão legislativa com a ausência de políticas públicas, mas sim da necessidade de uma ordem judicial de cumprimento das políticas públicas já estabelecidas, o que afasta o argumento de interferência na separação dos poderes.

Assim, o voto do ministro Gilmar Mendes estabelece parâmetros a serem observados pelo Judiciário nas decisões envolvendo a prestação do direito à saúde nos casos de dispensação de medicamentos.

O primeiro passo consiste em identificar a (in) existência de políticas públicas estatais que regulamentem a pretensão da parte, caso haja omissão estatal estará o judiciário apto a agir.

No caso de ausência de políticas públicas, o juiz analisará se a prestação de saúde pleiteada compõe o rol de protocolos estabelecidos pelo SUS, não estando, deve-se analisar outras questões relevantes como: se a ausência de política pública em relação a pretensão é uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal a sua dispensação.

Sendo o caso de omissão legislativa, o registro na ANVISA deve ser condição necessária à concessão do medicamento, devendo o julgador verificar se o SUS oferta tratamento alternativo que deve ser privilegiado salvo alegação justificada e comprovada da parte no sentido de sua ineficácia.

Caso os tratamentos e medicamentos estiverem em fase experimental, o Estado também não estará obrigado a fornecê-los, o que permitirá ao julgador indeferir os requerimentos de seu fornecimento.

Os tratamentos e medicamentos novos que não compõem os protocolos do SUS, mas que já são utilizados e realizados na rede particular podem ser deferidos após ampla instrução probatória de sua eficácia.

Contudo, ainda que estabelecidos os parâmetros, neste mesmo julgamento o voto do ministro relator dispõe sobre situações em que esses critérios podem ser relativizados de acordo com as particularidades do caso concreto e mesmo após o julgamento da STA 175/CE, o poder Judiciário e o próprio STF¹ vem concedendo os tratamentos e os medicamentos requeridos pelos particulares sem a comprovação dos parâmetros postos naquele julgado.

Atualmente, encontra-se pendente de julgamento o RE566.471/RN com repercussão geral reconhecida em que o Supremo Tribunal Federal deve, novamente,

¹ SL ARcG 815/SP (DJe 05/06/2015) – Relator: Ricardo Lewandowski; STA n° 761/DF (DJe 29/05/2015) – Relator: Ricardo Lewandowski

revisitar essa matéria do fornecimento de medicamentos pelo Estado de forma que se verificará se o tribunal vai reafirmar a exigência de observância dos parâmetros para a atuação do Judiciário fixados na STA 175/CE ou se vai manter sua prática de conceder indistintamente as pretensões de condenação do Estado em fornecer medicamentos ao particular.

4.2 Análise do caso e considerações gerais acerca da efetivação dos direitos sociais

O caso em tela levanta pontos bastante discutidos na seara da justiciabilidade do direito à saúde. O respeito à separação dos poderes, a legitimação da judiciário, a reserva do possível, a escassez de recursos, as políticas públicas e a dispensação de medicamentos de alto custo, temas que frequentemente mitigam a efetivação dos direitos sociais.

Por outro lado, aborda temas como o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana - princípio norteador do Estado Democrático de Direito-, a consagração do direito à saúde como direito fundamental social e a imperatividade da força normativa Constitucional que impulsionam a decisões que tutelem o direito à saúde, indicando que esse direito é dever do Estado.

No contexto da política Brasileira, esses temas parecem ser ainda mais difíceis, diante de uma política desacreditada e assentada em corrupções, que, por muitas vezes, deixam o sistema de saúde a mercê da própria sorte, a justiciabilidade desses direitos cresce vertiginosamente. Nesse contexto, encontramos muitas decisões envolvidas pelo sentimento de justiça social e desprovidas de parâmetros que ponderem o grau de concretização dos direitos sociais.

Nesse sentido, entendemos que, mormente a dispensação de medicamentos de alto custo, o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e as observações dos protocolos do SUS acerca dos medicamentos, por exemplo, são balizadores importantes na decisão do judiciário, não obstante a contextualização desses parâmetros deva ser realizada com a casuística pretendida, razão pela qual ao judiciário é imprescindível a hermenêutica.

Contextualizando o caso em tela com o que defendemos, é importante fazer um resgate sobre o que foi apresentado acerca dos direitos fundamentais/sociais, sobretudo à saúde, sua relação com o sistema jurídico, bem como a efetivação desses

direitos diante da força normativa Constitucional e os limites que a justiciabilidade desses direitos pode enfrentar.

Os direitos fundamentais são elementos norteadores da atuação do Estado, sendo indicados por prescrições constitucionais, o que revela não apenas sua índole normativa, mas também sua posição no ordenamento jurídico de pautar o processo legislativo, manifestando-se como verdadeiras premissas do sistema jurídico no processo de criação normativa, exigindo do legislador uma conformação àqueles compromissos que se apresentam como fundamentos do próprio Estado.

Dada sua natureza principiológica, os direitos sociais não podem ser aplicados na forma do tudo ou nada, como pretende o modelo do positivismo jurídico, onde não há espaço para a construção teórica ou juízo de valor por parte do intérprete. Nesse contexto, a hermenêutica é elemento fundamental na construção do que é o direito, em especial quando se trata de conflito de direitos fundamentais de natureza principiológica com outros princípios constitucionais.

Insta mencionar que em um ordenamento jurídico tão amplo, como o Brasileiro, constam na Constituição princípios que apontam em direções diversas, o que implica colisão entre eles. Portanto, uma vez admitido conflito entre direitos sociais fundamentais, deve haver, anterior ao seu reconhecimento definitivo, um juízo de ponderação entre os princípios colidentes, afim de direcionar, racionalmente, qual deles prevalecerá, haja vista os princípios serem entendidos como mandamentos de otimização, devendo ser realizados na melhor medida do possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto. Nesse contexto, restará à tutela judicial o exame imprescindível de ponderação.

Em suas lições, Sarmiento (2010) destaca que a ponderação não basta em si mesma, de forma absoluta e com plena liberdade ao intérprete, são necessários parâmetros que imprimam limites e a estructurem sob pena de que a aplicação do Direito, afastada de tais limites, resulte em decisões em que tudo caiba, o que na verdade seria um poder discricionário sem margens, revelando um verdadeiro arbítrio do aplicador.

Logo, é imprescindível destacar que os princípios atuam como fundamentos axiológicos do sistema jurídico, refletindo valores e as distintas possibilidades de resultados jurídicos, o que implica dizer que à efetivação de um direito social não restará a mera subsunção do fato à norma, nem tão pouco a conformação com soluções que visem resultados melhores para futuros da comunidade sem a análise

de aspectos históricos e observação de princípios que balizem o sistema jurídico como um todo, como pretendem o positivismo jurídico e o pragmatismo jurídico respectivamente.

Nesse contorno, importa para o trabalho a ideia que mais se aproxima com a noção do que é o Direito e de como a concretização do direito à saúde pode ser alcançada de forma mais justa e ponderada, em especial nos casos em que os conflitos entre direitos fundamentais são evidentes. Nessa perspectiva, a proposta de Dworkin, o Direito como Integridade, parece a melhor resposta para a efetivação de um direito fundamental/social, em especial a saúde, principalmente nos casos difíceis, porque leva em conta aspectos históricos, valores e a coerência entre os princípios dentro de um ordenamento jurídico complexo.

Nesse contexto, o frequente debate sobre a eficácia dos direitos sociais prestacionais tem permeado o judiciário brasileiro. A atividade judicante em favor da proteção desses direitos tem sido alvo de muitos questionamentos que envolvem o respeito aos princípios constitucionais, em especial, a separação dos poderes, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Até pouco tempo, predominava na doutrina e na jurisprudência do país a manifestação principal de que os direitos sociais positivados na Constituição não passavam de normas programáticas que não conferiam aos beneficiários o poder de exigir judicialmente prestações do Estado, mas eram integrantes de um documento meramente político que insistia na atuação do Legislativo e do Executivo no controle das políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais. Nesse cenário, a atuação do judiciário era insignificante, a alegação do respeito ao princípio da separação dos poderes permeava essa realidade (SARMENTO, 2010).

Noutro giro, nas últimas décadas, as normas constitucionais, passaram a desfrutar da aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais, de modo que a Constituição ganhou força normativa e efetividade. Nesse aspecto, os direitos sociais converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, admitindo tutela judicial (BARROSO, 2009).

Esse fenômeno corresponde a uma mudança positiva, é, antes de tudo, motivo de comemoração, vez que o Poder Judiciário brasileiro, atualmente, enxerga os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, sendo a via judicial disponibilizada aos cidadãos com instrumentos da inclusão social e da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2010).

Contudo, imprescindível é mencionar que a efetivação dos direitos sociais por via judicial enfrenta questões difíceis, haja vista a concretização de tais direitos envolverem conflitos de direitos fundamentais que necessitam de prestações positivas do Estado, o que importa custos a sua concretização.

Diante da escassez de recursos e do grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país, os direitos sociais não podem ser realizados em seu grau máximo, razão pela qual o entendimento dos direitos sociais como direitos subjetivos deve ser garantido *prima facie*, afastando-se da ideia de direitos subjetivos definitivos, haja vista encontrarem limitações à sua concretização. (SARMENTO, 2010).

Nesse sentido, a possibilidade do reconhecimento dos direitos sociais com direitos subjetivos em definitivo é impossível, haja vista as inúmeras possibilidades de realizações dos direitos sociais, bem como a necessidade do legislador em priorizar decisões acerca da concretização de cada direito. A questão da prioridade eleita pelo legislador decorre tanto do princípio da democracia, quanto da separação dos poderes (SARMENTO, 2010).

Logo, não se pretende aqui esvaziar o Estado de seu dever Constitucional de fazer valer os direitos sociais, em especial, o direito à saúde, alegando insuficiência financeira em face de omissão, mas se pretende dizer que a concretização do direito à saúde encontra limitações que são próprias de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é indispensável que sejam eleitos parâmetros que visem nortear a equação entre a alocação de recursos para fazer cumprir o fundamental direito à saúde de um indivíduo como a imprescindível necessidade de cumprimento das políticas públicas direcionadas à saúde coletiva, por exemplo.

Em outras palavras, o argumento da falta de recurso não pode ser refúgio do Estado para não cumprir políticas públicas que visem a efetivação da saúde, mas deve ser usado pelo Judiciário como margem, como parâmetro ou *standards* nas soluções de casos que envolvam situações cruciais de ponderação entre direitos fundamentais, recursos públicos e direitos fundamentais de terceiros.

Logo, é indispensável que as decisões judiciais, no cenário brasileiro, obedeçam a parâmetros estabelecidos, principalmente nas questões que envolvem dispensação de medicamentos de elevado custo, sob pena de incorrerem em exagero e decisões equivocadas, comprometendo políticas públicas e conseqüentemente direitos fundamentais, o que levaria, na prática, a não efetivação da Constituição

Federal, mas a concessão de privilégios a alguns em detrimento de direitos de tantos outros dependentes das políticas públicas (BARROSO, 2009).

Insta destacar, porém, que a questão não se revela fácil, pois não se fala aqui de mera colisão de dotação orçamentária, reserva do possível e separação dos poderes com direitos fundamentais. Trata-se, no entanto, de ponderação de conflitos de interesses que, de um lado, apontam direitos à vida e à saúde de uns e, de outro, o direito à vida e à saúde de muitos (BARROSO, 2009).

Desse modo, o Judiciário deve construir o sentido das normas jurídicas atendo aos valores e normas inseridos no texto constitucional, que muitas vezes se apresentam sob a forma de conceitos indeterminados que terão sua delimitação semântica estabelecida casuisticamente de acordo com as particularidades de cada contexto fático, sempre realizando um juízo de ponderação entre cada um desses valores e princípios constitucionais aplicáveis e colidentes em cada caso.

Vê-se, pois, que a atividade judicial não pode estar dissociada das manifestações legislativas e das decisões políticas que dizem respeito ao tema posto a julgamento o que vincula a atuação do Judiciário, revelando uma contenção a sua atuação.

Nesse sentido, o caso em tela apresenta-se como paradigma para as decisões de dispensação de medicamentos no Brasil, haja vista eleger parâmetros que balizem a atuação dos intérpretes do direito. Nesse contexto, as decisões do judiciário acerca de dispensação de medicamentos de custo elevado deveriam ser orientadas pelos parâmetros estabelecidos na STA 175/CE. Contudo, muito embora esses *standards* tenham sido estabelecidos pelo STF, as decisões acerca do tema não vêm os observando, concedendo as pretensões de medicamentos aos particulares atropelando os parâmetros, o que revela um elevado grau de satisfação dos direitos à saúde por via judicial.

Em razão dessas decisões envolverem alocação de recursos, é imprescindível que exista, além dos parâmetros estabelecidos pelo julgado do STF, uma análise doutrinária dos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Desse modo, imperiosa é a cláusula da reserva do possível quando de um lado reconhece a impossibilidade de supremacia absoluta da concretização dos direitos sociais fundamentais sem parâmetros e, de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência

administrativa do Executivo no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais sociais (MÂNICA, 2007).

Nesse sentido, a reserva do possível, tal como em sua origem, atende a um anseio de razoabilidade entre a pretensão individual e o que, racionalmente, se pode esperar de uma sociedade, haja vista os direitos sociais serem direitos fundamentais intangíveis de natureza prestacional, o que implica considera-los e exigi-los em seu aspecto social – universalização, igualdade e garantia da liberdade e em seu aspecto unitário – respeito ao núcleo intangível (mínimo existencial e dignidade humana).

Contudo, não podemos esquecer que o mínimo existencial não deve servir de único balizamento para determinar a extensão da concretização dos direitos sociais, justamente por se tratar do “mínimo”, o limite de subsistência do indivíduo em relação ao direito perseguido. O fato é que deve-se sempre perseguir qual é a maior medida possível disponível ao Estado para garantir a concretização dos direitos sociais dentro daquilo que seja suficientemente necessário a garantir a dignidade da pessoa humana, de tal forma que o mínimo existencial e a reserva do possível nunca podem ser apreciados isoladamente, mas conjuntamente como face de uma mesma moeda que devem ser sempre interpretados sem desconsiderar toda a variedade de prestações e compromissos Estatais democraticamente estabelecidos pelo Estado e pela própria sociedade.

5 CONCLUSÃO

Frente à larga proteção Constitucional aos direitos sociais, em especial à saúde, surge a necessidade de avaliação do grau de efetividade que o Estado, através de suas políticas públicas, consegue proporcionar aos administrados, haja vista ocorrerem inúmeras situações em que os cidadãos, precisando do serviço público de saúde, não têm suas demandas atendidas, sob o argumento estatal de ausência de previsão orçamentária, impossibilidade econômica de satisfação absoluta e irrestrita do acesso à saúde, necessitando de conformação do grau de concretização desse direito aos conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Nesse contexto, o distanciamento entre a previsão Constitucional e a efetiva atuação do Estado na prestação do serviço à saúde tem feito com que os cidadãos recorram ao Poder Judiciário com a finalidade de obter decisões que reconheçam o dever Constitucional do Estado a uma atuação neste setor sem limitações, o que impulsiona a necessidade de uma investigação que objetive determinar se o acesso à saúde deve ser proporcionado pelo Estado de forma irrestrita ou com algum tipo de condicionamento, principalmente quando o direito em questão é um direito fundamental prestacional.

Em face da grande problemática que envolve a delimitação da concretização dos direitos sociais, sobretudo no que se refere ao direito à saúde, com a demanda ao Judiciário por decisões que concedam aos administrados o custeio de tratamentos que extrapolam os limites orçamentários do Estado, pondo em risco a efetividade destes mesmos direitos sociais em face dos demais cidadãos, o trabalho comparou duas escolas interpretativas do direito, quais sejam, Direito como Integridade e Pragmatismo Jurídico, para responder se, ante a reserva do possível, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e os conflitos de interesses entre direitos sociais, a justiciabilidade do direito à saúde deve ser alcançado em seu grau máximo.

Nesse sentido, o presente trabalho analisou o grau de justiciabilidade do Direito à saúde, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, à luz do Pragmatismo Jurídico e do Direito como Integridade.

A investigação proposta teve como ponto de partida a descrição dos Direitos Sociais como Direitos fundamentais de natureza principiológica. Ademais, realizou uma breve notícia histórica acerca do contexto dos direitos de segunda dimensão,

apresentando a importância desses direitos na fruição dos direitos individuais. Acrescente-se o destaque dado a natureza prestacional e a efetividade Constitucional que os direitos sociais atingiram nas últimas décadas, bem como a importância dos conceitos de reserva do possível e mínimo e a relação deles com princípio da dignidade da pessoa humana na exigibilidade dos direitos sociais por via judicial, em especial no conflito de interesses que, de um lado, estejam o direito à vida e a saúde de um indivíduo e, de outro, o direito à vida e a saúde de vários cidadãos. Para então destacar o direito à saúde como direito fundamental de natureza principiológica, e, portanto, indisponível, o que o faz essencial à condição de vida digna de um ser humano.

Diante da perspectiva – conflito de interesses entre direitos fundamentais e a exigibilidade deles em grau máximo, por via judicial - o trabalho propôs um estudo sobre o que é o Direito e de que forma ele, diante das demandas judiciais de casos difíceis, pretende resolver os conflitos de interesses.

Nesse sentido, destacou-se a importância da hermenêutica como instrumento da argumentação e a linguagem como o ponto de partida para os operadores do Direito, haja vista as normas serem fruto das construções de vários arranjos da interpretação sistemática de textos normativos. Para tanto, foram caracterizadas e confrontadas as concepções jurídicas do Pragmatismo Jurídico e do Direito como integridade, objetivando apontar qual delas oferece o método mais adequado em situações de conflito entre direitos fundamentais de natureza principiológica, de modo que a justiciabilidade desses direitos alcancem um grau de efetivação compatível e na maior medida possível disponível ao Estado, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Seguiu-se o estudo com a análise sobre a delimitação do grau de justiciabilidade do Direito à saúde, no Brasil, apontando a (in) existência de limites às prestações do Estado cotejando o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, foi apresentado um caso paradigmático do STF de dispensação de medicamentos de alto custo e quais os parâmetros exigíveis a essas questões. A discussão permeou vários cenários como a separação dos poderes, políticas públicas, legitimação do judiciário, reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, sendo sustentado que em uma decisão de casos difíceis, que exija parâmetros e avaliação de aspectos políticos e jurídicos, o modelo

do “tudo ou nada”, como defende o modelo do Positivismo, não é a melhor opção, haja vista se tratar de um modelo exegético, em que não cabe interpretação, conseqüentemente sopesamento entre princípios

Já o Pragmatismo jurídico, modelo consequencialista, em que o Direito é descoberto quando se encontra a decisão mais justa para o caso em questão, maximizando o melhor resultado para o futuro da comunidade, sem a preocupação com a coerência todo do Direito, também não oferece a melhor resolução para questões de casos difíceis, haja vista nessa metodologia o juiz transforma-se em um legislador, portanto, autorizado a criar um direito.

Os “hard cases” enfrentam questões mais difíceis do que a simples aplicação de textos normativos que defendem a segurança jurídica, em detrimento das transformações sociais, ou, a aplicação do Direito voltada para decisões que maximizem o melhor para o futuro da comunidade, sem que haja um compromisso entre a coerência do sistema jurídico e as decisões políticas passadas, o que transforma o Juiz em um legislador.

Desse modo, concluímos que o Direito como Integridade, proposto por Dworkin, oferece os melhores argumentos na solução de casos difíceis que envolve colisão entre princípios, uma vez que essa metodologia insiste que o contexto histórico de decisões políticas e a construção de sentido prévio acerca do conteúdo e do alcance dos princípios é fundamento inafastável da validade das decisões atuais, o que evidencia a coerência entre princípios.

Nesse sentido, entendemos que a justiciabilidade do direito à saúde, no contexto Brasileiro, deve alcançar um grau de efetivação compatível e na maior medida possível disponível ao Estado, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Logo, entendemos que a hipótese testada alcançou confirmação plena quando afirma que o Direito como Integridade sustenta que a justiciabilidade do direito à saúde não pode alcançar o seu grau máximo, sem restrições, haja vista aos conflitos entre direitos fundamentais sociais seja imprescindível o exame de ponderação e razoabilidade, apontando para uma necessidade de conformação das decisões judiciais com aspectos axiológicos e fáticos de uma sociedade, como a dignidade da pessoa humana, e aspectos do sistema jurídico e político como um todo, a exemplo da cláusula da reserva do possível, do mínimo existencial, da democracia e políticas públicas.

Não obstante a nossa conclusão, é importante reforçar o que fora dito no capítulo três que a pragmática do STF vem sendo no sentido de um amplo deferimento das prestações que envolvem dispensação de medicamentos e tratamento de saúde, a despeito de atropelarem os parâmetros fixados pelo próprio STF na STA 175/CE.

Vale destacar que a análise comparativa entre decisões judiciais acerca de dispensação de medicamentos de alto custo é uma boa sugestão para novos estudos, haja vista esta não tenha sido objeto do trabalho.

6 REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**; tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p.01-37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada nº175/ CE – Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2E%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z8qwmcl> PDF>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa Do Brasil e Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, de 5 de outubro de 1988 (CRFB/88). Diário Oficial da União (DOU), Brasília, DF, de 05 out 1988, ano CXXVI, nº 191- A, seção 1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo de Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CHAVES, Rodrigo de Moraes Pinheiro. A tópic na identificação dos limites Constitucionais ao poder de tributar. In: CLEVE, BRITO, Edvaldo Pereira. **Revista Tributária e de Finanças públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume 101.

COSTA, Judith Martins. OS direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: CLEVE, SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luís Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: CLEVE, SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível:** direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista brasileira de Direito público*, v. 18, 2007, p. 169-186.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: CLEVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional:** constituição financeira, econômica e social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume VI.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Anais da VIII Conferência Nacional de Saúde.** Distrito Federal; 1986.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais:** Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público. Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Santa Catarina, 2010.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito** – dos Gregos ao Pós-Modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do Direito.** *Revista CEJ*. A n°47, out/dez. 2009, p. 127-137.

PEDROSA FILHO, Maurício Barreto. **A dispensação judicial de medicamentos:** uma análise à luz da legislação e jurisprudência. Recife: Fasa, 2012.

PIOVESAN, Flavia Piovesan; VIEIRA Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos Direitos sociais e econômicos no Brasil:** desafios e perspectivas. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política e Humanidade*. n° 15, abril/2006, p.128-146.

POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. **Pragmatismo, Direito e Política.** *Revista Novos Estudos CEBRAP*. n° 62, mar/2002, p. 107-122.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: CLEVE, SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: CLEVE, NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 389-427.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Renovar, 2008.