

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DENISE TRAVASSOS GAMA

**POR UMA RELEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO À SAÚDE: DA
RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL A MEDICAMENTOS NAS
DECISÕES JUDICIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Brasília
2007

DENISE TRAVASSOS GAMA

**POR UMA RELEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO À SAÚDE: DA
RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL A MEDICAMENTOS NAS
DECISÕES JUDICIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Prof. Doutor Menelick de Carvalho Netto

Brasília
2007

Denise Travassos Gama

Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação - Mestrado – em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição
Brasília, 2007.

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA

PROFESSOR DOUTOR MENELICK DE CARVALHO NETTO
(ORIENTADOR)

PROFESSORA DOUTORA VERA KARAM DE CHUEIRI
(MEMBRO)

PROFESSOR DOUTOR GILMAR FERREIRA MENDES
(MEMBRO)

PROFESSOR DOUTOR CRISTIANO PAIXÃO ARAÚJO PINTO
(SUPLENTE)

Para o meu saudoso avô "*Bastião*", que com sua humilde sabedoria já percebera a importância do estudo e da busca pelo conhecimento, priorizando-os, sempre, a qualquer custo.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não poderia ter sido realizada sem o incentivo de algumas pessoas. Em primeiro lugar, e em especial a Jeane e Carlos, pais maravilhosos, que nunca pouparam esforços em prol da minha satisfação pessoal e profissional. É a eles que devo aquilo que sempre fui, sou e porventura venha a ser.

Ao meu orientador, Professor Menelick de Carvalho Netto, agradeço pela paciência nos momentos de insegurança, bem como pela constante disponibilidade, seriedade e, sobretudo, confiança em mim depositada. Foram dois anos de intenso aprendizado. Não terei como retribuir o crescimento intelectual que ele me proporcionou. Esse é, sem dúvida, um trabalho a quatro mãos.

Um especial agradecimento a Paulo Sávio, com quem compartilhei esses últimos dois anos, tanto na vida pessoal como na vida acadêmica. Com a ajuda dele enfrentei difíceis momentos da minha vida pessoal, e ele foi impecável, oferecendo-me todo o seu amor, companheirismo e amizade. A ele devo ainda as contribuições decorrentes de suas enriquecedoras críticas e sugestões.

Agradeço aos meus irmãos, Tomás, Gustavo e Caroline, e aos meus cunhados, Ludi, Márcia e Gustavo, pelo constante apoio nas horas difíceis. Agradeço-lhes os momentos de diálogo, de descontração e de reunião familiar na acolhedora “casa do araçagi”. Isso tornou, sem dúvida, essa trajetória menos difícil. Não posso deixar de agradecer, ainda, aos meus tios brasilienses, Lila Léa e Antônio, por terem me acolhido tão calorosamente em Brasília e me dado durante esses dois anos o conforto de um lar sempre que precisei.

O meu muito obrigada aos amigos Cristiane, Janaína, Eloíse, Annalisa e Alonso. As duas primeiras por terem compartilhado, como colegas de mestrado, das

dificuldades típicas desse processo. Os três últimos por, embora à distância, sempre terem torcido por mim e se colocado à minha disposição. Agradeço também o constante incentivo do amigo Alexandre Reis Freire, – aquele que fez despertar em mim o interesse pela vida acadêmica – com quem tanto aprendi. Devo a ele um agradecimento especial por ter me fornecido o acesso a muitos dos textos que foram aqui utilizados, bem como pela leitura de artigos, esboços, e projetos que resultaram no presente trabalho. Agradeço ainda aos colegas Paulo Blair, Damião Azevedo, Guilherme Scotti, Sílvia e Sueli pelas frutíferas discussões no Grupo de pesquisa Sociedade, Tempo e Direito, bem como nas reuniões de orientação. Agradeço também a Célia, Joelma, Elcy e Gilmar por sempre estarem dispostos a me auxiliar na busca de textos, cópias de documentos e artigos. Talvez eles não tenham noção do quanto me ajudaram nesse trabalho, o que neste momento gostaria de deixar claro.

Não poderia deixar de agradecer às servidoras Lia e Helena, da FD/UnB, bem como aos professores Gilmar Mendes, Marcus Faro, Alexandre Bernardino, Cristiano Paixão e Terrie Groth. Com eles pude muito aprender nas disciplinas que ministraram durante o mestrado e também nos diálogos nos corredores da faculdade. Levo comigo esse aprendizado para o resto de minha vida profissional. O meu muito obrigada também ao Professor Paulo Roberto Barbosa Ramos e aos Desembargadores do TJMA Cleones Carvalho Cunha, Jorge Rachid e Cleonice Freire, pessoas fundamentais em diversos momentos da minha formação profissional, o que certamente foi decisivo para hoje eu tenha chegado até aqui.

Enfim, inúmeras outras pessoas e amigos participaram desta pesquisa, e todas elas foram importantes, seja intelectualmente, seja afetivamente. A todas elas meu sincero agradecimento.

Esta pesquisa foi financiada pelo CNPq.

RESUMO

Na presente Dissertação, pretende-se investigar a eficácia do direito à saúde, erigido à categoria de direito fundamental no art. 196 da Constituição de 1988. A hipótese central do trabalho está relacionada à possibilidade de, a partir de uma leitura principiológica da Constituição, o Judiciário desempenhar um papel relevante na realização desse direito, aplicando-o individualmente, sem, no entanto, eliminar um princípio basilar do Estado Democrático de Direito: o da separação dos poderes. Decidiu-se delimitar a análise a partir do direito individual à concessão de medicamentos gratuitos pelo Estado. Através da análise de julgados e posições doutrinárias acerca do tema, buscou-se levantar o modo como tem sido compreendido no Brasil. Verifica-se que a discussão sobre o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais é permeada por três posições básicas: (i) uma convencionalista, que toma os direitos individuais como titularidades egoísticas anteriores à vida social e contra ela operantes, que ou nega a possibilidade de um direito à saúde como tal, ou que, paradoxalmente, ao alegar um pretense princípio da separação dos poderes, condiciona a garantia desse direito à detalhada e específica regulamentação legislativa; (ii) uma postura axiológica, que se preocupa em garantir o direito à saúde, porém desrespeita a separação de poderes e a própria noção de direitos fundamentais; e (iii) uma terceira posição que, de há algum tempo, vem obrigando o estado a prestações positivas em casos individuais garantindo, com base no direito fundamental à saúde, medicamentos ao cidadão, reconhecendo o direito individual e fortalecendo o direito coletivo à saúde, na medida em que remete para o executivo e o legislativo a formulação de uma política pública adequada. Para essa posição, ao judiciário compete assegurar individualmente o direito à vida e à saúde sobretudo na ausência de uma política pública consistente, o que termina por forçá-la. As teses sustentadas nas três posições são testadas a partir da teoria da integridade, de Ronald Dworkin, que possibilita uma leitura principiológica dos direitos fundamentais. Negam-se as duas primeiras premissas e acata-se a terceira. Esta última comprova a hipótese central do trabalho, na medida em que, a partir do caso da AIDS, constatou-se que decisões judiciais que garantiram individualmente o fornecimento gratuito de medicamentos a portadores de HIV, ainda que por via indireta, pressionaram os órgãos democraticamente legitimados à instituição de política pública consistente, resultando no advento da Lei n. 9313/96 e no conseqüente fortalecimento do direito coletivo à saúde.

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate the effectiveness of the right to health, erected to the category of a fundamental right in art. 196 of the Constitution of 1988. The work's central hypothesis is related to the possibility of, on a principle-based reading of the Constitution, the Judiciary play a relevant role in the accomplishment of this right, applying it to individual situations, without, however, eliminate a fundamental principle of Constitutional Democracy: the separation of powers. We decided to delimit the analysis to the individual right to medicine. Through the analysis of judicial precedents and doctrinal positions concerning the subject, we tried to show the way this right has been understood in Brazil. We verified that the discussion on the role of Judiciary in the realization of social rights is divided in three basic positions: (i) the conventionalist position, which conceives individual rights as egocentric titles previous to social life and against it, that or denies the possibility of a right to health as such, or that, paradoxically, alleging a pretense principle of separation of powers, conditions the guarantee of this right to the detailed and specific legislative regulation; (II) a value-based position, which is concerned in guaranteeing the right to health, however it disrespects the separation of powers and the proper notion of fundamental rights; e (III) one third position that, iin which judicial decisions have been compelling the state the positive installments in individual cases guaranteeing the basic right to the health, obligating the Public Power to provide medicines to citizens, recognizing the individual right and fortifying the collective right to health, as it pushes to executive and the legislative powers the duty to formulate consistent policies. For this position, it is the duty of judiciary power to guarantee individually the right to health in case of non-existent heath policies, what it finishes for forcing it. The teses supported in the three positions are tested on the basis of the theory of the integrity, of Ronald Dworkin, which makes possible a principle-based reading of the fundamental rights. The two first premises are refused and third one is accepted. This last one proves the central hypothesis of the work, as, in the AIDS case, it was evidenced that judicial decisions that recognized individually the right to gratuitous medicine supply for HIV patients had pressured, in a indirect and democratic way, the legislative power to the institution of consistent public politics, resulting in the Law N. 9313/96 and in the consequent recognition of the collective right to the health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O CONVENCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO OBSTÁCULOS	30
2 O RISCO DA APARENTE SUPERAÇÃO DO CONVENCIONALISMO E A NEUTRALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	69
3 A RELEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO INDIVIDUAL A MEDICAMENTOS SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	103
3.1 O caso da AIDS: uma experiência produtiva da relação entre direito individual a medicamentos e políticas públicas de saúde.....	115
3.2 Vislumbrando fragilidades: o problema das ações coletivas.....	128
CONCLUSÃO.....	132
BIBLIOGRAFIA.....	141

*"Quand la vérité n'est pas libre, la liberté n'est pas vraie."
(Jacques Prévert / 1900-1977 / Spectacles)*

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca analisar um problema de dimensões extremamente relevantes para a sociedade: a eficácia do direito à saúde. Como se sabe, a garantia dos direitos sociais tem enfrentado muitas dificuldades, sendo variados os argumentos para a sua negação.

O sistema brasileiro de Saúde Pública sofreu grandes alterações nas últimas décadas. A principal delas talvez consista na mudança de um modelo médico-assistencial privatista¹, em que só tinham acesso aos serviços de saúde aqueles que contribuíssem diretamente para a previdência social, para um modelo fundado na universalidade, isto é, que deve garantir a todos o acesso às ações de saúde. Esse modelo é consolidado principalmente a partir da Constituição de 1988², que, pela primeira vez na história brasileira, prevê expressamente a saúde como um direito fundamental³. Para a sua construção foi essencial a participação da sociedade, que, sobretudo a partir da década de 80, se reuniu em diversos fóruns para a discussão sobre as políticas públicas de saúde no Brasil⁴.

Um dos acontecimentos mais importantes para a reestruturação do sistema de saúde brasileiro foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada no

¹ MENDES, Eugênio Vilaça. "As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal". In: _____ (Org). **Distrito Sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde**. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1994. p. 29.

² Durante a assembléia nacional constituinte houve menção expressa ao fato de nunca, no decorrer da história constitucional brasileira, a saúde ter merecido uma atenção central, tal como ocorreu na constituinte de 1987 e, conseqüentemente, na constituição de 1988. Nesse sentido, conferir: BRASIL. **Diário da Assembléia nacional Constituinte (Suplemento)**. Ata das comissões. Ano I, suplemento ao n.96. Brasília, julho/1987. p.192.

³ O direito a saúde está previsto no Título "Dos direitos e Garantias Fundamentais", art. 6º, da Constituição Federal de 1988: "São Direitos Sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição". Ademais, a Constituição ainda dedica uma seção específica ao direito à saúde (arts. 196 a 200), afirmando o acesso universal às ações e serviços para a sua promoção.

⁴ Nesse sentido, cf. ESCOREL, Sarah, BLOCH, Renata Arruda de. "As Conferências Nacionais de Saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade et al (Org). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p.97.

ano de 1986, em Brasília. Esse foi o evento de maior envergadura que se tem notícia na história sanitária brasileira. Antes da conferência nacional em si, foram realizadas conferências regionais preparatórias em todos os estados e territórios brasileiros. A Conferência Nacional de Saúde reuniu cerca de 5.000 pessoas, entre profissionais da saúde, políticos, detentores de cargos públicos, intelectuais e interessados no tema⁵. Ademais, contou com a participação maciça da população usuária dos serviços de saúde.

Desse evento resultou a Comissão Nacional da Reforma Sanitária, um grupo de profissionais encarregados de redigir um documento onde seriam condensadas as principais idéias resultantes da Conferência Nacional de Saúde. Tal documento constituiu a base sobre a qual os constituintes, após inúmeros debates e audiências públicas com os mais diversos setores da sociedade⁶, elaboraram o capítulo dedicado à saúde na Constituição de 1988.

Nesse sentido, importante foi a mudança de um sistema de previdência social para um sistema de seguridade social. O primeiro, de caráter contratual, é bem mais restrito, uma vez que só têm direito à assistência e serviços de saúde aqueles que contribuem diretamente para a previdência social, isto é a classe trabalhadora. A seguridade social, por outro lado, é mais ampla, mais abrangente, e, ao contrário da primeira, oferece uma cobertura coletiva à população, universalizando, assim, a possibilidade de acesso às ações e serviços de saúde. O princípio da universalidade, portanto, como acima mencionado, transforma-se

⁵ Cf. BRASIL. **Diário da Assembléia nacional Constituinte (Suplemento)**. Atas das comissões. Ano I, suplemento ao n.96. Brasília, julho/1987. p.185-186.

⁶ Isso pode ser percebido a partir da análise das atas (e anexos) da comissão de saúde, seguridade e do meio ambiente. Nesse sentido, cf. sobretudo **Diário da Assembléia nacional Constituinte**. Atas das comissões. Ano I, suplementos aos ns.96, 97 e 98. Brasília, 1987.

no elemento principal do sistema de saúde brasileiro estabelecido na Constituição Federal de 1988. Se, por um lado, com um sistema fundado na universalidade aumentam as possibilidades de controle das ações do estado por toda a sociedade, por outro lado aumentam também as possibilidades de abuso. Essa transformação exige e revela, como se pode observar, uma verdadeira mudança de paradigma, onde o direito não é mais visto de uma forma egoística, privatista, mas passa a ser de toda a sociedade, com uma dimensão pública, portanto.

Os paradigmas⁷ correspondem à forma em que o mundo – e no nosso caso, o direito – é compreendido em cada momento histórico. Metaforicamente falando, consistem nas lentes através das quais as sociedades se enxergam e se compreendem a si próprias. Essas lentes, porém, nunca possuem um caráter definitivo. A qualquer momento, com a mudança das pessoas e de suas práticas pode-se operar uma transformação que resulta no surgimento de um novo paradigma. Ainda que, a princípio, uma divergência com relação a um determinado aspecto consolidado na sociedade possa parecer excêntrico aos olhos das pessoas em geral, presas a uma determinada visão de mundo, esse comportamento, inicialmente excêntrico, pode ocasionar o surgimento de um novo paradigma. Dworkin faz essa observação de maneira interessante:

Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário. Uma vez mais, porém, há uma importante diferença entre esses paradigmas de verdade interpretativa e os casos em que, como dizem os filósofos, um conceito se sustenta “por definição”, assim como o celibato se sustenta graças aos homens que não se casam. Os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma

⁷ Para uma melhor compreensão do conceito de paradigma na ciência, cf. Kuhn, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

nova interpretação que considere melhor outros paradigmas, e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco.⁸

Com o passar do tempo, e a mudança de comportamento das pessoas, transformam-se os costumes, as tradições, as formas de observar o mundo e de se relacionar com outras pessoas. Conseqüentemente, a compreensão do direito está intimamente relacionada ao paradigma vigente em um determinado momento da história.

A superação de um paradigma por outro se dá por circunstâncias históricas, quando se opera uma mudança de pensamento na sociedade, fazendo parecer que a compreensão de mundo que se tinha anteriormente não era adequada para lidar com os problemas sociais que se apresentavam naquele momento. Com isso, um novo paradigma, aos poucos, adquire uma posição que se consolida na medida em que oferece melhor solução para tais problemas⁹. Assim, o paradigma anterior perde o seu poder de persuasão aos olhos da sociedade, proporcionando o surgimento de um novo¹⁰. Isso não se dá, obviamente, de forma linear, mas a partir de um processo marcado por avanços e retrocessos.

Nesse sentido, incremento de complexidade decorrente da mudança de sistema de saúde pública a partir da Constituição Federal de 1988, como vimos, fez com que problemas de toda ordem relativos à implementação do direito de

⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.89.

⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995. p. 31.

¹⁰ KÜBLER apud HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.129.

acesso à saúde aflorassem e se tornassem visíveis passando a requerer tematização política e jurídica na arena pública.

A garantia do direito à saúde passa necessariamente pelo enfrentamento dessas questões. É de vida que se está a falar, da condição mais elementar para o exercício dos outros direitos fundamentais. Sabemos hoje que a saúde é um direito que depende de políticas públicas consistentes. Nesse sentido, a garantia do direito à saúde sempre dependerá da definição democrática da destinação de recursos escassos para a implementação das políticas públicas adotadas. É assim que o direito à saúde não pode convaler com a reserva da má vontade política e da corrupção; não pode esperar pela boa vontade paternalista dos responsáveis pela implementação de políticas públicas adequadas. Por todos estes motivos, a reivindicação dos potencialmente afetados e o Judiciário são fundamentais na sua garantia. E é o papel Judiciário na efetivação do direito de cada um à saúde que se quer examinar no decorrer deste trabalho.

A discussão sobre o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais é permeada por três posições básicas, que coincidem, não ocasionalmente, com os três paradigmas centrais que marcaram o Estado moderno, desde seu advento até os dias de hoje: os paradigmas do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de direito.

Logo, no que diz respeito à doutrina e à jurisprudência brasileiras, há, de início, duas posições extremas e antagônicas. Por um lado, aquela convencionalista, que toma os direitos individuais como titularidades egoísticas anteriores à vida social e contra ela operantes, que ou nega a possibilidade de um

direito à saúde como tal, ou que, paradoxalmente, ao alegar um pretense princípio da separação dos poderes, condiciona a garantia desse direito à detalhada e específica regulamentação legislativa, inviabilizando-o da mesma sorte. Do outro extremo, as posturas mais “ativistas”, típicas do estado Social, que reconhecem o direito coletivo à saúde e entendem que o Judiciário deve garanti-lo, em substituição inclusive ao legislativo, condicionando-o, no entanto, a uma suposta *reserva do possível*.

Nesse sentido, pode-se perceber que muitas decisões vêm sendo tomadas de acordo com argumentos típicos de paradigmas não mais vigentes, por terem perdido o seu poder persuasivo.

Com efeito, no que diz respeito às decisões judiciais, magistrados ora se alinham a uma postura condizente com o paradigma do Estado Liberal, reconhecendo sempre uma margem de atuação mínima do Estado, ora assumem uma postura típica do Estado de Bem Estar Social, preocupando-se em garantir o direito à saúde, porém substituindo, muitas vezes, os outros poderes ao realizar essa tarefa.

As decisões mais “ativistas” vêm tomam como base uma compreensão axiológica das normas jurídicas, que desrespeita a separação de poderes e a própria noção de direitos fundamentais, afigurando-se incompatível ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Essa postura¹¹, apesar de bem intencionada, por pretender, a qualquer custo, a materialização de direitos, acaba por pagar um preço demasiado elevado:

¹¹ Que no Brasil, como veremos, se identifica com a corrente do dirigismo constitucional, sobre fortes influências do constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho.

a ofensa ao princípio democrático, uma vez que o Judiciário, ao operar na lógica da ponderação de valores, elimina qualquer distinção entre as atividades de criação (justificação) e aplicação das normas jurídicas, atribuindo a um órgão especial (a corte constitucional) o papel de identificar a ordem concreta de valores a serem seguidos pela comunidade.

A corte constitucional, portanto, passa a operar na mesma lógica do legislativo, sem, no entanto, possuir legitimação para tanto. Isso acaba por sacrificar o caráter intersubjetivo e deliberativo necessário (em uma sociedade que já se sabe complexa e heterogênea) à produção das normas jurídicas¹².

É possível perceber, no entanto em meio ao repertório jurisprudencial brasileiro, uma terceira posição que, de há algum tempo, vem obrigando o estado a prestações positivas em casos individuais garantindo, com base no direito fundamental à saúde, tratamentos, internações e medicamentos ao cidadão, reconhecendo o direito individual e remetendo para o executivo e o legislativo a formulação de uma política pública adequada. Para essa posição, ao Judiciário compete assegurar individualmente o direito à vida e à saúde sobretudo na ausência de uma política pública consistente, o que termina por forçá-la.

Nessa tendência podemos identificar uma mudança paradigmática da compreensão do direito, uma vez que passa a compreender a saúde não mais como meramente uma questão política, mas também como um direito, exigível individualmente perante o Estado, rompendo com a visão anteriormente

¹² HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security and Solidarity**. *Constellations* v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p.522-523.

consolidada no repertório jurisprudencial brasileiro. Segundo Vera Karam de Chueiri:

Cada comunidade (lingüística) tem como parâmetro determinados paradigmas cujo esgotamento é inevitável tão logo eles não mais ofereçam respostas às questões insurgentes. No entanto, nos períodos normais, (como diria KUHN), vários fatores convergem para a manutenção do paradigma. Na prática jurídica incidem fatores de união que fazem com que as discordâncias existentes nas teorias interpretativas dos juízes não resulte em crise de paradigma, mas em obstáculos rotineiros que a ciência normal enfrenta. A força de um precedente é um fator de convergência para a manutenção dos paradigmas, através dos quais as teorias da interpretação oferecem respostas aos problemas surgidos na prática¹³.

Essa terceira posição, vamos encontrar na base de decisões que asseguraram a vida de aidéticos e que forçaram uma política pública extremamente consistente que existe hoje. A presente dissertação busca, reconstruir a nossa história institucional, a partir do papel que essas decisões exerceram na construção de uma política pública consistente. Elas são tomadas aqui como vivências com as quais podemos e devemos aprender, para podermos lidar de forma adequada com o problema da relação entre os direitos fundamentais e as políticas públicas sem cairmos nas aporias típicas do paradigma liberal e do paradigma do estado social.

É, pois, precisamente processo de aprendizado social subjacente a essa história dos distintos supostos óbvios que moldaram a nossa abordagem e compreensão do direito e da política nos últimos dois séculos que nos possibilita problematizar mais profunda e produtivamente a relação entre o direito e as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, dentre eles, em particular, o direito à saúde.

¹³ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995. p. 106-107.

Nesse sentido, Habermas, no debate com Denninger aborda teoricamente, ainda que de forma apenas indicativa, o problema de grandes repercussões práticas da relação entre direitos individuais e direitos coletivos. Denninger, em seu artigo “Security, Diversity and Solidarity” defende que não haveria qualquer motivo para que não abandonássemos as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade em favor das idéias de “segurança, diversidade e solidariedade”, pois aquelas, burguesas e anti-solidárias, sempre careceriam de princípios que as complementassem¹⁴.

Denninger deixa de apreender exatamente o sentido do processo social difuso de aprendizado decorrente da superação tendencial dos dois paradigmas iniciais do constitucionalismo. Do pano de fundo de compreensão que hoje compartilhamos faz parte o saber herdado de que o privado não pode ser reduzido ao egoísmo anti-social e o público não pode ser reduzido ao estatal. A esfera pública compreende hoje, inclusive em termos de direito constitucional positivo, a sociedade civil organizada, que pode controlar a tendência à privatização do Estado, centro dessa esfera, quando atua em nome de todos e não de uma determinada administração. Nesse sentido, liberdade e a igualdade que, enquanto princípios constitucionais reconhecemos a todos, abrange, já de início, toda uma plêiade de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos.

Nesse processo de aprendizado, a compreensão inicial, egoística e anti-solidária das idéias de liberdade e igualdade exaurem o seu poder público de convencimento com as graves crises sociais do final do Século XIX e início do

¹⁴ DENNINGER, Erhard. “‘Security, diversity and solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’”. **Constellations**. v.7, n.4. Oxford: Blackwell, 2000. p.509; _____. “State Tasks and Human Rights. **Ratio Juris**. v.12, n.1. Oxford: Blackwell, march/1999. p.4.

Século XX. A crença de que a liberdade requereria uma igualdade apenas formal levou à crise do paradigma liberal, uma vez que faz com que as Constituições do pós-guerra atribuam às idéias de igualdade e liberdade o conteúdo semântico oposto.

Ocorre, porém, que a simples substituição de direitos individuais por direitos coletivos não teve melhor sorte, como nos demonstrou a crise do Estado Social. Nessa ocasião, ficou bastante evidente que nenhum texto que preveja um cânone específico de valores, ou uma plêiade de direitos sociais, é capaz de substituir o processo democrático na luta pela realização de direitos. Esse processo inclui a reivindicação, pelos afetados, da garantia de seus direitos, seja através de movimentos sociais que pressionem o parlamento, órgão representativo da sociedade, seja através de pretensões individuais, mediante a reclamação ao poder judiciário de violações subjetivas de direitos. Nesse sentido, direitos sociais, que devem ser concretizados mediante a atuação estatal, só podem ser garantidos na medida em que são assegurados direitos individuais, que garanta a cada pessoa a possibilidade de reivindicar democraticamente suas pretensões legitimamente fundamentadas. A ausência de direitos individuais acaba gerando a privatização do público, o corporativismo do Estado. É nesse sentido que, com Habermas, e ao contrário da tese sustentada por Denninger, direitos individuais são pressupostos para a realização de direitos sociais.

Nesse sentido, no que diz respeito ao problema relacionado à efetivação do direito fundamental à saúde, é que se pode sustentar que a afirmação de direitos individuais à saúde pode garantir de forma democrática e plenamente constitucional o direito coletivo à saúde, na medida em que as

decisões judiciais nas situações individuais, ainda que por via indireta, pressionam os órgãos democraticamente legitimados à instituição de políticas públicas consistentes.

Por este motivo, será aqui defendida uma postura que preserve a saúde, bem como os direitos sociais em geral, como *direitos*, e não meros valores. Essa perspectiva admite, como se demonstrará, que o Judiciário garanta a saúde, mas como um órgão aplicador do direito, a partir de casos concretos, e não como um legislador concorrente¹⁵. Para isso, não se preocupará apenas com o resultado final da decisão, mas, também, com a sua fundamentação, como forma de preservar a separação dos poderes e, conseqüentemente, o princípio democrático que, de forma nenhuma, pode mais ser compreendido como simples “vontade da maioria”¹⁶. Ao contrário, hoje democracia só existe se levar em consideração a diferença de todos e cada um. Por isso, a proteção de minorias e o respeito a direitos fundamentais se afiguram primordiais. Assim, está intimamente

¹⁵ Oportuno esclarecer que não se está a reivindicar ao judiciário o papel, descrito nas palavras de Bercovici, de “salvador da República”. Pelo contrário. Exige-se tão somente que ele cumpra o seu papel em um estado democrático, ou seja, o papel de aplicar de direitos a casos concretos. Essa pretensão de tornar o judiciário o pai de uma sociedade órfã será encontrada, como se verá adiante, nas teses defendidas pelos comunitaristas, na medida em que propugnam por uma compreensão axiológica da constituição. Sobre a expressão acima mencionada, cf. BERCOVICI, Gilberto. “Teoria do estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, NUNES, Antônio José Avelãs. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.265.

¹⁶ SPITZ, Jean-Fabien. “La conception dworkienne de la démocratie et ses critiques”. **Archives de Philosophie du Droit**. n. 45. Paris: Dalloz, 2001. p. 288.

relacionada ao constitucionalismo¹⁷. Democracia e constitucionalismo são, nesse sentido, princípios eqüiprimordiais; contraditórios, porém complementares¹⁸.

É com base nessa linha de pensamento que se pretende uma releitura do papel do poder Judiciário na garantia do direito à saúde, pautando-a em uma teoria adequada para a sua solução. Isso será feito a partir da análise crítica da doutrina relacionada a essa temática e principalmente de decisões do Judiciário, levando-se em consideração tanto o seu sentido (deferimento / não deferimento do pedido), quanto os seus fundamentos. Pois é a partir da análise dos fundamentos dos julgados é que a academia, enquanto instância própria de controle do controlador, pode contribuir para um aprofundamento e busca de soluções mais adequadas porque melhor fundamentadas.

Se por um lado, é importante, para os fins do presente trabalho, analisar a importância de ações individuais e suas respectivas decisões para fortalecer o direito coletivo à saúde, não será possível, nesse espaço, analisar o impacto das ações coletivas nessa matéria. Há de se reconhecer que ações coletivas produzem efeitos diversos no que diz respeito à materialização de direitos sociais e, muitas vezes, esses efeitos podem ser catastróficos. Se há espaço em que o chamado princípio da reserva do possível pode assumir proporções relevantes, trata-se de situações que envolvam ações coletivas.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. "Direitos Fundamentais: a democracia e os direitos do homem". In: DARNTON, Robert, DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. São Paulo: Record, 2001. p. 162. Conferir ainda DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p.6-7.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. "O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?". In: _____. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 155 e 173. Cf. ainda HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.157; HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security and Solidarity**. Constellations v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p.523.

Analisar esse problema constitui etapa posterior desta pesquisa. Não obstante, já de início, pode-se vislumbrar um risco no processo de realização coletiva desses direitos, quando o Ministério Público arvora-se da condição não de representante, mas de substituto “simbólico” da sociedade, de ponta de lança dos movimentos sociais, menosprezando a importância do exercício da cidadania na luta por esses direitos.

Como se sabe, a heterogeneidade da sociedade moderna exige uma solução artificial, não mais naturalizada, para a convivência de formas de vida tão diversas. Isso só é possível por meio do direito, respeitando a idéia de autolegislação, a partir de um discurso público que permita a pessoas livres e iguais decidir a quais direitos devem estar espontaneamente vinculadas¹⁹. Nada pode substituir esse processo.

Essa diversidade cultural presente nas sociedades atuais leva, não raro, a pretensões, por parte de um determinado grupo, de impor sua visão de mundo a outras pessoas. Nesse sentido, Susan Sontag faz interessante constatação em um de seus escritos dedicados à forma como a sociedade vê as doenças. Segundo ela, ainda que muitas patologias tenham hoje claramente definidas as suas formas de contágio, a sociedade tem ainda o hábito de recorrer a fundamentos transcendentais para elas. A AIDS é um caso em que isso ocorre de maneira patente. Apesar de ainda não existir cura para a doença, sabe-se hoje exatamente como se dá o seu contágio. Mesmo assim, muitas pessoas insistem em rotulá-la como uma *praga*, decorrente da ira divina. A AIDS seria então um

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security and Solidarity**. *Constellations* v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p.523.

castigo por uma “vida de pecados”, especialmente no que diz respeito ao comportamento sexual²⁰. Como diz a própria autora, *AIDS is understood as a disease not only of sexual excess but of perversity*²¹.

A preservação da pluralidade de formas de vida na sociedade atual depende do exercício da cidadania por cada um de seus membros. Eles não podem ser substituídos por um “superego”, nem na figura de um Ministério Público como representante autocrático da sociedade, nem na de um Judiciário comprometido com uma ordem específica de valores éticos.

Ora, numa sociedade plural e complexa como a nossa, o mínimo que se pode ter para garantir o direito das minorias de igual consideração e respeito é um judiciário comprometido com a fundamentação das suas decisões.

Nesses termos, não é mais possível aceitar-se uma justificação transcendental para a racionalidade, e nem se pretender uma perspectiva totalizante. Não se pode deixar de levar em conta os erros anteriores. Deve-se aprender com eles. As diferentes concepções de vida devem ser preservadas, uma determinada postura ética não pode prevalecer sobre as demais, eliminando-as. Logo, decisão judicial deve estar de acordo com os princípios fundamentais que regem o estado democrático de direito, liberdade e igualdade, e para atingir essa igualdade é essencial que a fundamentação judicial respeite a abstração necessária para a convivência de formas de vida plurais e divergentes²².

²⁰ SONTAG, Susan. **Illnes as Metaphor and AIDS and its metaphors**. London: Peguin Books, 2002. p.110-113 e 130-131.

²¹ SONTAG, Susan. **Illnes as Metaphor and AIDS and its metaphors**. London: Peguin Books, 2002. p.111.

²² HABERMAS, Jürgen. “Apêndice a facticidade e validação – réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School.” In: _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. p.312.

Ademais, o princípio da separação dos poderes é re-significado, e não se confunde mais com as suas definições nos paradigmas anteriores (liberal e social). Justificação e aplicação devem ser discernidas e vistas como opostos que se complementam. O poder legislativo assume a forma de uma caixa de ressonância da razão comunicativa que se produz na sociedade, dando azo à positivação de direitos. O judiciário atua preponderantemente como instância contramajoritária que visa a garantir esses direitos contra maiorias eventuais. A garantia dos direitos depende dessa distinção. Daí a importância da fundamentação das decisões judiciais. É nela que se pode aferir se o judiciário age de acordo com suas funções de aplicação do direito ou visa agir como padrasto de uma sociedade órfã, que precisa de alguém para ditar o que é *bom* para ela²³.

Desta forma, a partir de uma compreensão *deontológica* alinhada ao estado democrático de direito problematizante da relação entre direito e política, buscar-se-á uma reconstrução do tema colocado. Para isso, será fundamental a teoria da integridade de Ronald Dworkin. A partir de decisões já tomadas pelo judiciário, busca-se uma leitura à sua melhor luz²⁴. Essa construção, ao nosso ver, é mais produtiva para a eficácia do direito à saúde, porque leva em conta o atual paradigma: ela é adequada a um estado democrático de direito. Não precisamos

²³ MAUS, Ingeborg. "O Judiciário como superego da sociedade: o papel jurisprudencial na 'sociedade órfã'". **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n.58, nov/2000. p. 185.

²⁴ Aliás, como bem observa Vera Karam de Chueiri, "a sofisticação de Dworkin está no fato de que a chave para a compreensão da sua proposta de uma filosofia liberal do direito está na compreensão da argumentação jurídica enquanto exercício de interpretação construtiva, no qual o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz dessas práticas o melhor possível". CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995. p.65.

ser escravos dos erros do passado, aprendemos com eles (a terceira posição comprova isso).

Em que pese essa proposta, não temos a pretensão de esgotar o tema, tampouco de oferecer soluções mágicas para problemas graves. Aliás, não é exorcizando os problemas que os resolvemos. Ao contrário, devemos enfrentá-los, ainda que sejamos conscientes de que todo saber só se sabe precário²⁵, e que numa sociedade complexa, instável e artificial como a nossa nunca será possível atingir a perfeição de um conto de fadas. O estado democrático de direito não é uma solução mágica, mas, ao contrário, simplesmente um paradigma reflexivo, ou seja, um paradigma que sabe dos paradigmas. Este é um – se não o maior – de seus méritos. A nossa visão de mundo não é mais meramente intuitiva²⁶, somos conscientes de que estamos inseridos num paradigma, e que, apesar de o julgarmos o melhor (o correto) para nos oferecer respostas nesse momento histórico específico, isso não o torna uma vara de condão. Ao contrário, se existe uma vantagem nele é que ele é reflexivo, e, portanto, se sabe precário, limitado, trazendo à tona outros problemas. E necessariamente será superado um dia por um outro mais adequado a situações futuras.

Logo, a pretensão deste trabalho é humilde (o que não a torna de modo algum supérflua): se houver, de alguma forma, alertado para a importância de se buscar a melhor leitura possível da prática de nossas instituições, e,

²⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. “Prefácio”. In: GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.10.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.125.

sobretudo do judiciário no tratamento dado ao direito à saúde, terá cumprido o seu intuito.

CAPÍTULO I:
O CONVENCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES
COMO OBSTÁCULOS

A discussão sobre a eficácia dos direitos sociais nos tribunais dos diversos estados brasileiros tem sido fecunda, sobretudo no que diz respeito à questão da saúde. Nesse sentido, os direitos de cunho prestacional têm suscitado algumas dificuldades no que diz respeito à sua efetivação. Tendo em vista que se trata de normas que determinam prestações positivas ao Estado, sua aplicação é, muitas vezes, difícil tarefa.

Em que pese não haver uma separação estanque entre os chamados direitos de defesa, isto é, direitos de cunho eminentemente negativo, e os direitos sociais, tendo em vista que ambos, ainda que em diversos graus, exigem prestações positivas do Estado²⁷, é certo que são os últimos que suscitam maiores dificuldades no que diz respeito à sua efetivação e aos limites do Judiciário na sua garantia, por estarem mais diretamente vinculados à distribuição de recursos existentes, e que são, por definição, escassos.

Logo, pela natureza e características dos direitos sociais prestacionais, eles possuem uma dimensão econômica – dimensão essa que, ainda que não exclusiva dos mesmos, é muito mais relevante neles do que em direitos de cunho predominantemente negativo. Tendo em vista essa característica, problema que sempre surge quando se trata da eficácia de tais direitos é o de saber se o Estado,

²⁷ Na esteira de Holmes e Sunstein, para quem todos os direitos requerem uma prestação positiva do Estado (HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999, p. 44), vários autores brasileiros se alinham – ainda que com nuances – a essa posição: SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 287; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.87. Em que pese nossa divergência teórica com os autores acima apontados, há de se reconhecer que, de fato, mesmo os direitos de defesa possuem uma dimensão positiva. Porém, os direitos fundamentais que realmente suscitam dificuldades quanto à sua garantia pelo Judiciário são, indubitavelmente, os direitos sociais prestacionais.

como destinatário da norma, dispõe de condições (recursos) para atender ao mandamento nela inscrito.

Por esse motivo, diversas são as posições adotadas quando o assunto é a judiciabilidade destes direitos, isto é, a exigência de sua efetivação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, podemos identificar algumas orientações seguidas pela doutrina e jurisprudência pátrias, na esteira do esboço traçado na introdução deste trabalho.

Para uma melhor análise do problema, resolveu-se optar pela análise de casos que envolvem o fornecimento de medicamentos pelo Estado, de forma gratuita, a pessoas desprovidas de recursos financeiros para o controle/tratamento de determinada doença. Não obstante, far-se-á menção também às orientações teóricas que vem sendo sustentadas, pois estas contribuem para a formação de posições que, cedo ou tarde, ecoam nos nossos tribunais.

Conforme mencionado, existem no Brasil três posições mais claramente identificáveis na discussão sobre o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais. Cumpre esclarecer que cada uma das posturas a serem abordadas no decorrer do presente trabalho nem sempre são facilmente identificáveis no corpo das decisões judiciais. Não é raro deparar-se com votos/sentenças que não seguem uma linha de raciocínio coerente, mas utilizam argumentos heterogêneos, que se encaixam, muitas vezes em mais de uma das três posições já mencionadas.

Isso, porém, não diminui a importância desses julgados para a análise do problema e constatação da hipótese propostas. Ao contrário. A melhor leitura desses julgados denota que, dentro de uma história institucional é possível

encontrar fragmentos de racionalidade capazes de ser reconstruídos à sua melhor luz, formando um arcabouço jurisprudencial capaz de contribuir na aplicação do direito em casos futuros. É claro que nem sempre *todas* as decisões poderão ser lidas a partir de um mesmo conjunto de princípios. Sempre haverá algumas em dissonância do restante da história institucional. Essas decisões, no entanto, não podem inviabilizar a melhor leitura possível do conjunto de precedentes judiciais. A história não está livre de retrocessos. É assim que, nesses casos, tais decisões devem ser abandonadas, na medida em que constituem erros.

Neste ponto, a concepção de Ronald Dworkin de integridade e de cadeia do direito (*the chain of law*) pode nos ser útil, na medida em que encerra, no âmbito jurisdicional, notadamente, uma postura interpretativa do Direito voltada à integração de cada decisão com o sistema do qual são originárias, de forma que se mantenha uma sintonia desta com as decisões outrora proferidas.

Isso, a princípio, pode parecer conservador, pois o juiz estaria adstrito a repetir decisões tomadas anteriormente, sem nenhuma possibilidade de reinterpretar as normas jurídicas de acordo com a realidade atual. Porém, há de se fazer uma ressalva. A coerência exigida pela integridade não se confunde com uma coerência *strictu sensu*, isto é, não se limita à mera repetição de decisões tomadas no passado. As decisões anteriores só são respeitadas na medida em que estão de acordo com o conjunto de princípios que regem a comunidade. Caso elas sejam incompatíveis com esse conjunto, podem ser vistas como decisões equivocadas, e, portanto, podem ser abandonadas.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos

práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado²⁸.

Desta forma, a integridade garante a liberdade necessária para que o magistrado desenvolva a tarefa interpretativa em cada caso concreto, preservando, no entanto, o respeito devido à história institucional do Poder Judiciário. Ademais, a integridade impede que argumentos práticos (econômicos, políticos e religiosos) possam interferir na tomada de decisão, uma vez que os princípios constitucionais é que constituem o parâmetro interpretativo. Eles são verdadeira barreira de fogo (firewall) contra esse tipo de argumento. Sobre a tarefa de Hercules ao fazer o uso da integridade, Gaffney faz interessante colocação:

Integrity understands its task to be, in a sense, both conventional and pragmatic. In this chapter we will study how a imaginary judge, “Hercules”, would weave his way through the complexity of adjudication, respecting both ideals. Hercules is pragmatic enough to justify his decisions according to that which shows the institution in the best light, even if this necessitates overruling some past decisions; he is conventional enough to realize that this evaluation must be shown to fit with the institutional history. Integrity strives not for simply consistency, but for what Dworkin calls “articulate consistency”²⁹.

Assim, é com base na integridade que o juiz deve atuar ao decidir as questões levadas ao seu conhecimento. Não deve contentar-se com um mero convencionalismo, resumindo a sua atividade ao esquema da subsunção de regras a um caso concreto³⁰. Nenhum procedimento mecânico pode levá-lo à

²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.274.

²⁹ GAFFNEY, Paul. **Ronald Dworkin on Law as Integrity: rights as principles of adjudication**. Mellen University Press: Lewiston/Queenston/Lampeter, 1996. p.125.

³⁰ Como bem afirma Menelick de Carvalho Netto, um dos equívocos em que se incorre recorrentemente consiste na crença de que “todos os problemas e virtudes de nossa vida jurídica dependeriam da qualidade literal de nossos textos legislativos. Esquece-se que os textos são o objeto da atividade de interpretação, e não o seu sujeito. (CARVALHO NETTO, Menelick de. “A

decisão correta em cada caso. Seu papel em uma verdadeira comunidade é bem mais relevante. Cada caso é um caso, e só sob a luz de suas idiossincrasias é possível chegar à sua solução.

Para esclarecer o papel desempenhado pelo juiz quando adota a concepção do direito como integridade, Dworkin faz alusão ao (hipotético) romance em cadeia: vários autores são chamados a participar de sua produção. Cada um tem a tarefa de escrever um capítulo, mas todos devem buscar construir o melhor romance possível, coerente e harmônico como se houvesse sido escrito por um único escritor. Assim, o autor que escreverá o segundo capítulo deverá interpretar o primeiro capítulo (já escrito por um outro autor) e dar continuidade ao romance da melhor forma possível, e assim por diante.

É de forma análoga que o juiz deve proceder ao analisar um caso concreto. Deve analisar as decisões anteriores como se fossem capítulos precedentes de um romance em cadeia que ele tem o dever de dar continuidade. Mas ele não está completamente livre para escrever a continuação desse romance como bem entender. Ele deve sempre interpretar os precedentes à luz do conjunto de princípios que regem a comunidade, isto é, deve fazer uso da integridade.

É claro que ao desempenhar essa tarefa ele não tem como assumir uma posição “neutra”. É inevitável o uso de suas convicções políticas para encontrar a melhor resposta possível, aquela que responde melhor ao caso e, ao mesmo tempo, adequa-se e justifica a história institucional. Mas isso não pode ser

confundido com decisionismo, pois está longe de sê-lo. Se por um lado o juiz não é neutro, por outro ele deve ser imparcial, isto é, conferir às partes igual consideração e respeito, colocando-se em ambas as posições para atingir a sua decisão. Em outras palavras:

Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma concepção aceitável – não poderá dizer de boa fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.³¹

Daí a importância do estudo dos precedentes judiciais. Só eles podem nos mostrar que, a partir de um processo de aprendizado, permeado por avanços e retrocessos – sim, pois estes últimos são possíveis – a garantia de direitos individuais pode reforçar – e não enfraquecer – direitos coletivos. Nesse sentido, a garantia individual, por via judicial, do direito de acesso à saúde não mitiga, mas fortalece o direito coletivo à saúde.

Nesse sentido, abordaremos convencionalismo, que está na base de decisões (i) que negam o direito ao fornecimento de medicamentos, por entender normas constitucionais que asseguram direitos sociais como programáticas, isto é, meras recomendações morais ao poder legislativo; (ii) ou que, na existência de lei infraconstitucional regulamentando à matéria, muitas vezes negam esse direito pelo fato de não haver uma descrição detalhada e explícita sobre ele no texto normativo.

³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.305-306.

O esgotamento do poder de convencimento dos argumentos típicos do convencionalismo poderão ser observados ainda em decisões que, apesar de assumir essa sorte de fundamentação, acabam por reconhecer o direito do requerente, manifestada através de uma intuição do magistrado, que como veremos, nada mais é do que a integridade dworkiniana.

Com efeito, a postura convencionalista é, atualmente, minoritária, pelo menos no que diz respeito ao direito de acesso aos serviços e ações de saúde. Para os defensores dessa posição, a Constituição tem como objetivo unicamente a limitação do poder³². Assim, não seria sua tarefa a garantia a direitos sociais, uma vez que esta matéria estaria condicionada à conformação legislativa. Ela não admite o Judiciário, em princípio, como instância competente para a reivindicação de direitos sociais. Segundo esse entendimento, não podem estes direitos ser exigidos judicialmente como o são os direitos individuais, visto que sua fruição se dá de forma distinta³³.

Esse posicionamento está, de certa forma, atrelado a um argumento desenvolvido no decorrer do paradigma liberal, ao sustentar a existência de um estado mínimo, que evite a todo custo interferir na autonomia privada das

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.70; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Idéias para a nova Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.109.

³³ Essa é a posição de LOPES, José Reinaldo de Lima. "Direito subjetivo e direitos individuais: o dilema do Judiciário no Estado Social Brasileiro". In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129. Há jurisprudência do TJ/SP nesse sentido: Agravo de Instrumento n. 42.530.5/4, 2ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Alves Bevilacqua, julgado em 11/11/1997; Agravo de Instrumento n. 48.608-5/4, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Cascaldi, julgado em 11/02/1998 .

peças³⁴. Assim, a exigência que se deve fazer ao estado é a de não intervenção, e não cabe pensar, portanto, em direito a prestações positivas.

A não-intervenção do estado, nesse sentido, está garantida através de: leis gerais e abstratas, que devem pautar a sua atuação; separação dos poderes, que, ao estabelecer uma divisão da atividade estatal em esferas distintas (legislação/jurisdição/administração) que se fiscalizam mutuamente, garante que não haja abuso de poder. Assume destaque, nesta postura, o poder legislativo³⁵, que, legitimado democraticamente, está destinado a produzir leis que limitem a atividade estatal. Nesse sentido, a atividade do juiz é a de “ser fiel à letra da lei”, não podendo, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, ir além daquilo que está expresso no texto normativo.

Nessa medida, essa postura se assemelha ao que Dworkin chama, em *Laws Empire*, de convencionalismo, uma corrente teórica que acredita na literalidade dos textos normativos como forma de garantir segurança jurídica, na medida em que limita a atividade dos juizes à mera aplicação de textos normativos que foram votados e aprovados por órgão de deliberação legislativa, democraticamente eleito para o exercício dessa função³⁶.

Ademais, sustentam os defensores dessa corrente que a simples previsão de direitos sociais na Constituição não tem o condão de torná-los direitos subjetivos, uma vez que dependem diretamente de políticas públicas do Estado.

³⁴ MOREIRA, Vital. “O futuro da Constituição”. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 314-315.

³⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.217.

³⁶ _____. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.114-118.

Essa compreensão acerca da não aplicabilidade direta dos direitos, apesar de encontrar-se enfraquecida na atualidade, já foi bastante referendada pelo judiciário brasileiro. Nesse sentido podemos mencionar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em 1997, através de sua 7ª Câmara de Direito Público decidiu da seguinte forma:

Tutela antecipada – Exigência de medicamento para conter processo inflamatório relativo à rejeição de órgão transplantado – Indeferimento. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. A questão de saúde, no texto constitucional, é essencialmente programática, a não ser na hipótese da existência de um regime jurídico peculiar que obriga o Estado ao exercício de tal atividade fruível aos cidadãos. Inexistindo normas jurídicas instituidoras de tal regime a todos os cidadãos, as normas dos arts. 196 e seguintes da Lei não têm efetividade. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 46.585-5. 7ª Câmara de Direito Público. São Paulo. Rel: Guerrieri Rezende. 01/09/1997 – V.U. 739/317)

Os defensores dessa concepção do direito entendem ainda que a previsão de tais direitos no texto constitucional, além de não contribuir para reforçar a força vinculante das normas constitucionais³⁷, é nociva à própria Constituição, uma vez que a tornaria mera folha de papel, letra morta, acabando por desmoralizá-la como texto normativo. Essa é a compreensão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao clamar pela *estabilidade e prudência*³⁸ da constituição:

Repita-se pela milésima vez: uma Constituição não é um programa. É instrumento de organização, para a limitação do Poder político, em favor da liberdade e dos direitos fundamentais do ser humano. Esta é a visão clássica da qual não se apartam as mais modernas das Constituições do Ocidente.

³⁷ MOREIRA, Vital. "Constituição e democracia na experiência portuguesa". In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 272.

³⁸ O autor critica, fundado em Oliveira Vianna, o "idealismo nas constituições", que só agrega a elas instabilidade e descrença. Segundo o autor, qualidade fundamental para os fatores de uma constituição é a *prudência*, para que tenham o *senso do possível* dada a realidade social. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Idéias para a nova Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.34-36.

É verdade que, seguindo o modelo definido em Weimar (Constituição Alemã de 1919), contêm elas lineamentos da Ordem Econômica e Social. Entretanto, se nisto se nisto se insinuam normas programáticas, não escapa esse capítulo com a preocupação com o arranjo e a limitação do Poder, no caso do poder econômico e do pluralismo de poderes sociais. Seu desiderato é criar as condições mínimas para a democracia, nunca o de estabelecer um plano de transformação da sociedade³⁹.

Ainda segundo o mesmo autor, o papel essencial da Constituição é garantir liberdade, e que, portanto, a Constituição brasileira de 1988 teria incorrido em erro grave ao preocupar-se com igualdade, distribuição de riquezas, ao invés de preocupar-se com a criação de riquezas⁴⁰. Assim, segundo o autor, a positivação de direitos sociais leva a uma crise de governabilidade, tal como, a seu ver, aconteceu com a Constituição de 1988:

[...] a Constituição há de organizar o Poder, deve limitá-lo e se, atendendo à moda, quiser programar a atuação governamental, não pode deixar de levar em conta que esse arranjo tem sua valia condicionada pela governabilidade. Do contrário, ficará letra morta, ou terá efeitos negativos. A governabilidade, que não passa da capacidade de o governo conduzir a máquina estatal, e, por meio dela, a sociedade, no sentido de objetivos definidos, num quadro histórico, determinado e concreto, é o limite último do aceitável em material constitucional. Por isso, toda constituição deve presumir uma *equação de governabilidade*⁴¹.

Com efeito, Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu levando em conta argumentos da ordem dos acima expostos, ao negar a uma portadora de doença mental, os remédios que eram necessários ao seu tratamento:

Medicamentos. Fornecimento gratuito. Tratamento específico de epilepsia de longa duração com crises convulsivas. Remédios não incluídos na relação padronizada pelo Ministério da saúde. Aquisição pelo Estado, reclamada com base no art. 196 da Constituição Federal. Ordem de segurança denegada.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.100-101.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.21.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.23.

Caso em que de resto, a compra não se insere na previsão dos arts. 14 e 15 da Lei n.8883/94”.
(TJMG – Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Processo n. 1.0000.00.173505-9/000 fl.58)

Segundo o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal, embora reconhecesse as dificuldades pelas quais vinha passando a paciente e a gravidade de sua doença, não poderia deferir o pedido que ela havia formulado, tendo em vista que ela não possuía direito líquido e certo àquela prestação. O argumento central para a denegação do pedido foi o de que não consta *expressamente* no texto constitucional que no dever do Estado também se incluía a assistência farmacêutica. Além disso – nos termos do acórdão do tribunal – existe norma infraconstitucional que prevê hipóteses específicas para o fornecimento de medicação, e que a medicação reclamada pela paciente não estaria incluída no rol de drogas a serem fornecidas pelo estado⁴².

Ao proceder dessa forma, o tribunal se nega a enfrentar o caso concreto, numa demonstração de crença na lei geral e abstrata como mecanismo capaz de, por si só, resolver o problema do direito.

Os argumentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais estão claramente atrelados a argumentos convencionalistas, na medida em que entende que o Estado – e, portanto, o juiz – só possa agir de acordo com um mínimo “de leis gerais e abstratas, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a conseqüências jurídicas claramente definidas”⁴³. Ou seja, a atividade judicial é resumida a um esquema de subsunção, onde a norma

⁴² TJMG – Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Processo n. 1.0000.00.173505-9/000, fl.63.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.173.

deve encaixar-se perfeitamente ao caso concreto. Não seria exagerado afirmar que, de acordo com essa compreensão, “interpretação judicial” é, em si, uma contradição em termos, uma vez que a atividade do juiz se resume ao mecânico cotejo entre letra da lei e caso concreto. Fazer mais do que isso seria ferir o princípio da separação dos poderes, invadindo a esfera de competência do poder legislativo, órgão democraticamente legitimado para dizer o que seria o direito.

O argumento sedutor de que uma sociedade baseada no convencionalismo⁴⁴ seria mais democrática do que outros modelos de sociedade cai por terra a partir do momento em que a democracia não tem mais como uma de suas características principais a homogeneidade, a vontade da maioria, mas a heterogeneidade, o pluralismo, e, sobretudo, o respeito à diferença, e conseqüentemente, às minorias⁴⁵. Sim, porque uma das grandes vantagens oferecidas por essa postura funda-se na premissa segundo a qual os juízes só podem julgar fundados nas decisões *explicitamente* tomadas pelas legislaturas, representantes do povo. Assim, os juízes estariam subordinados à vontade do povo ao tomar suas decisões. Porém, a partir da concepção moderna de democracia, seria plausível que o povo tivesse a última palavra (através de seus representantes) sobre o modo como os juízes exercem sua função adjudicante?

⁴⁴ É inspirado no convencionalismo que Dworkin concebe um dos três modelos hipotéticos de comunidade que desenvolve ao tratar do ideal da integridade: é o modelo das regras, isto é, uma comunidade em que os membros obedecem apenas a regras acordadas previamente como forma de administrar pontos de vista e interesses conflitantes. A associação não decorre de um compromisso com princípios comuns, mas de um mero “contrato” entre as partes. Assim, só devem obedecer ao que foi expressamente pactuado. Ao lado da comunidade de regras, há a comunidade como circunstância (mera questão de fato) e a comunidade de princípios, que é o modelo de comunidade defendido pelo autor. Nesse sentido, cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.252 e ss.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p.365-366.

Parece-nos que não. Isso pelo simples fato de que em uma sociedade plural, admitir-se que as decisões judiciais sejam pautadas na vontade da maioria é negar qualquer direito à diferença. Por isso, um judiciário independente, não comprometido nem mesmo com a vontade da maioria, é essencial para essa nova concepção de democracia que se instaura com a modernidade. Juízes independentes, livres ao exercer sua tarefa *interpretativa*, portanto, é uma premissa essencial em um Estado democrático de direito.

Nessa medida, a noção segundo a qual o direito à saúde só existe na medida em que haja regulamentação infraconstitucional detalhada está vinculada a uma concepção positivista (e um tanto ultrapassada) de que direitos só existem se houver um texto normativo que os preveja expressamente.

Ora, sabemos que os argumentos acima relatados perderam, há muito, seu poder de convencimento. A noção de que a Constituição tem apenas a função de limitar poderes e de que a atividade judicial se resume à subsunção silogística da lei ao caso concreto surgiram em um contexto histórico que não mais persiste na atualidade.

Essa compreensão convencionalista do direito resultou, inicialmente, do surgimento do Estado Liberal, a partir da ruptura com o paradigma pré-moderno. A passagem para a modernidade foi marcada por uma artificialização da sociedade. Isso se dá em razão de que, com o iluminismo, e a descentralização da racionalidade surge a noção de indivíduo. Assim, enquanto a experiência medieval era caracterizada pela organização da comunidade em torno de costumes e tradições, de um *ethos* próprio, que era ditado a partir de um centro de referência – sobretudo a Igreja –, a modernidade funda um modelo de sociedade contraposto

a essa concepção. Com a reforma protestante, e o questionamento da autoridade exclusiva da igreja católica para a interpretação da escritura sagrada⁴⁶, esta – a igreja católica – perde a força como centro de referencial para a comunidade.

Com o fim desse centralismo característico da idade média, entre os séculos XV e XVI, as pessoas deixam de ter uma entidade específica a ditar sua forma de pensar e de se comportar. É assim que surgem os primeiros elementos para o florescimento da noção de indivíduo, pois cada um passa a buscar em si mesmo a orientação para suas ações, como coloca de forma clara Marcelo Galuppo:

“Desde a antiguidade até a idade média, a vida comunitária está orientada pela presença de um centro que fornecia, com absoluta segurança, toda orientação necessária ao agir humano. Este centro era, no caso grego, a *polis*, e no caso medieval, a Igreja Católica Romana. Ambas eram vistas como naturais em dois sentidos: inicialmente, porque prevalecia a convicção aristotélica da continuidade entre natureza e comunidade, ou, dito de outra forma, da unidade necessária entre natureza e sociedade. Além disso, estas comunidades eram vistas como naturais porque era o nascimento que determinava a pertinência a esta ou aquela *polis*, a esta ou aquela religião [...]. Ambas comunidades se estruturavam antes pela unidade que pela diversidade, a ponto daqueles que não professavam a fé defendida pelo Catolicismo Romano, ou que divergiam do *ethos* da *polis*, terem sido excluídos da comunidade (respectivamente a idéia de *excomunhão* e *ostracismo*). No entanto, em um dado momento, mais precisamente do século XV ao século XVI, ocorre um *descentramento radical*, que leva ao surgimento de uma figura inexistente na Antiguidade e na idade média: o Indivíduo. [...] Se antes era fácil decidir como agir, bastando imitar, mimetizar os comportamentos prescritos pelo centro, na modernidade não há mais um centro a ser imitado”⁴⁷.

A modernidade rompe, portanto, com essa idéia de verdade transcendental, fundada num *ethos* ou numa tradição, ditada de forma autoritária

⁴⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.81-89; BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa, edições 70, p.25.

⁴⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. “Hermenêutica constitucional e pluralismo”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49-50.

por um centro referencial⁴⁸. Ao contrário, com a noção de individualidade, passa a existir a possibilidade de inúmeros projetos de vida, abrindo espaço para o florescimento de uma sociedade fundada na diversidade, no pluralismo⁴⁹. E essas características só poderão ser preservadas a partir da limitação de instituições que pretendessem impor, forçosamente, uma determinada concepção do bem para todos.

Assim, a preocupação central que levou à configuração do Estado Liberal consistiu na limitação do poder do rei. Em um estado de configuração absolutista, o soberano tudo podia, insuscetível de qualquer responsabilização perante os seus súditos, pelo fato de ter sua legitimidade fundada no poder divino. Com o questionamento dessa legitimidade, o paradigma pré-moderno enfraqueceu-se substancialmente⁵⁰, até ruir, dando origem ao Estado de Direito, ou Estado Liberal. A noção de separação dos poderes é essencial nesse contexto, como forma de limitar os poderes do soberano.

Nesse sentido, o paradigma do Estado Liberal é marcado pela laicização e pela racionalização (no sentido do racionalismo jusnaturalista) do direito⁵¹. Não se busca mais um fundamento na tradição, nos costumes ou na religião. A influência do iluminismo e do racionalismo que dominavam a época

⁴⁸ ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 14.

⁴⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. "Hermenêutica constitucional e pluralismo". In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 51.

⁵⁰ Como bem assevera McIlwain, "[...] the fundamental weakness of all medieval constitutionalism lay in its failure to enforce penalty, except the threat or the exercise of revolutionary force, against a prince who actually trampled under foot those rights of his subjects [...]". (McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947. p.93.

⁵¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.33-34.

acaba por introduzir uma nova forma de compreensão do Direito. A necessidade de se limitar os poderes do rei exige direitos contra sua ação tirânica, para garantir a liberdade, a autonomia privada de seus súditos. O direito passa por um processo de formalização, onde normas são positivadas em cartas de direitos e agora são gerais e abstratas, perante elas todos são iguais (igualdade formal). Não existem mais as castas, e a noção de indivíduo floresce. Por este motivo, dá-se uma importância vital aos direitos fundamentais *contra* Estado, direitos que exigem um comportamento negativo, não intervencionista, de modo a preservar o máximo de liberdade e igualdade (formal) possíveis a cada indivíduo.

Assim, um conjunto mínimo de regras gerais e abstratas é estabelecido para reger as relações interpessoais, e o que não tiver sido regulado por essas regras não poderá ser imposto a ninguém. A constituição, aqui, é um mero instrumento de governo. A autonomia privada dos indivíduos deveria ser preservada ao máximo das intromissões do Estado, uma vez que a este caberia apenas manter as condições mínimas para o convívio da sociedade. Havia um fosso entre sociedade civil e sociedade política⁵², uma primazia da autonomia privada sobre a autonomia pública. De acordo com Habermas:

Segundo este modelo [do Estado Liberal], uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado. Essa “sociedade de direito privado” era talhada conforme a autonomia dos sujeitos de direito, os quais, enquanto participantes do mercado, tentam encontrar a sua felicidade através da busca possivelmente racional de interesses próprios⁵³.

⁵² CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.33.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 138.

Nesse contexto, em que o Estado só age mediante a determinação de um conjunto mínimo “de leis gerais e abstratas, que traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados e os associa a conseqüências jurídicas claramente definidas”⁵⁴, a interpretação jurídica é banida. A aplicação reduz-se a um esquema mecânico, aplicando-se a regra ao caso concreto a partir de uma subsunção. O juiz é “*la bouche de la loi*” e deve limitar-se a essa atividade; caso contrário estará invadindo esfera de competência do Poder Legislativo, e, portanto, infringindo o princípio da separação dos poderes⁵⁵. Aqui podemos perceber claramente as semelhanças entre os argumentos do acórdão acima mencionado e a compreensão do direito subjacente ao Estado Liberal. Não se concedeu o medicamento porque não estava expressamente previsto na relação de medicamentos fornecidos pelo estado. É a crença de que a lei (aqui em sentido amplo) geral e abstrata resolva o problema do direito, quando, na verdade, como aprendemos com a vivência histórica, ela apenas o inaugura.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.173.

⁵⁵ Vera Karam de Chueiri, ao discorrer sobre a visão kelseniana do direito e da atividade judicial, faz observação extremamente pertinente quanto à postura adotada pelos juízes na situação em análise: “It seems that for Kelsen the meaning of legal statement is fixed and all hermeneutic difficulties were discussed and solved in the process of legislative enactment. Thus, the judge has to be concerned with the objectivity of the law’s command putting aside any subjective moral consideration such as the justice or injustice of his decision. Despite wearing a black robe, that is, being an officer of the system, the judge acts as an external observer whose task is merely explanatory and paradoxically not judgemental. In other words, for Kelsen the judge’s responsibility (his answer or decision) in enforcing the law is formally an attitude of an insider to the system but substantially he acts as an outsider, that is, as someone who knows the law and from this cognitive standpoint applies it. [...] A kelsenian judge applies the law as if he was before and not within it”. CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience) (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida)**. Ann Arbor: UMI, 2005. p. 169-170.

Assim, no paradigma liberal, o poder que assume maior relevância é o legislativo⁵⁶, pois ele que será o responsável pela limitação dos poderes do monarca. O judiciário é sempre declarado nas cartas como órgão independente, até para não continuar cometendo as mesmas injustiças do período do absolutismo monárquico, quando apenas homologava as vontades do rei. Agora, ele é independente, mas ao mesmo tempo não passa de boca da lei. De certa forma, torna-se um apêndice do legislativo, e a atividade judicante continua sendo, de certa forma, secundária.

É claro que nesse contexto histórico não há – ainda – como se pensar em direitos coletivos, e tampouco num direito coletivo à saúde, uma vez que a ruptura com o paradigma pré-moderno se dá, dentre outros motivos, pelo fato de a sociedade não aceitar mais ser vista como uma massa homogênea, que deve sempre agir de acordo com uma determinada tradição. Trata-se do momento da conquista de direitos individuais, e nessa medida, a preocupação central é a de não intervenção pelo estado na autonomia privada.

Porém, a tentativa de se preservar ao máximo a autonomia privada (liberdade e igualdade) traz conseqüências desastrosas. A sociedade, que deveria ser igualitária, a partir da preservação da liberdade de todos os indivíduos, torna-se extremamente desigual. O desenvolvimento industrial e das técnicas agrícolas, por exemplo, provoca a expulsão de pequenos agricultores do campo, que buscam novos empregos nas zonas urbanas. Porém, a incapacidade do mercado em absorver tanta mão de obra disponível só resulta na miséria e na exploração⁵⁷.

⁵⁶ CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.56.

⁵⁷ SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 211.

Os argumentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem como da corrente doutrinária que defende o convencionalismo são insustentáveis na atualidade. A experiência do Estado Liberal e de sua crise nos permite ver hoje que a atividade do juiz não se resume à mera “bouche de la loi”, e que normas gerais e abstratas não resolvem o problema do direito, apenas o inauguram. O direito só pode ser visto a partir das lentes de um caso concreto, e a atividade do juiz é justamente o processo interpretativo da norma jurídica a partir das peculiaridades de cada situação fática. A história provou de que a mera positivação de direitos negativos, como liberdade e igualdade formal não são suficientes para assegurar esses direitos aos indivíduos. Foi a duras penas que aprendemos que direitos individuais não podem ser, de forma alguma, direitos ao egoísmo. Segundo Habermas:

O que parece ser uma limitação constitui apenas a outra face da implantação de liberdades de ação subjetivas *iguais* para todos; pois a autonomia privada, no sentido desse direito universal à liberdade, implica um direito universal à igualdade, ou seja, mais precisamente, o direito de tratamento igual conforme as normas que garantem a igualdade do conteúdo do direito. Se uma das partes sofrer, de fato, restrições com relação ao *status quo ante*, não se trata de restrições normativas derivadas do princípio da liberdade jurídica, e sim da eliminação dos privilégios incompatíveis com a distribuição igual de liberdades subjetivas, exigida por esse princípio⁵⁸.

Assim, afigura-se essencial a intervenção do estado para que as pessoas possam efetivamente desfrutar de liberdade e igualdade. É justamente esse tipo de aprendizado que mina os supostos teóricos constitutivos do pano de fundo partilhado no Estado Liberal, levando, gradualmente, ao surgimento do Estado Social, e, portanto, dos direitos sociais como direitos fundamentais.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.138.

É claro que a intervenção do Estado para a garantia desses direitos, no atual paradigma, não pode ser realizada diretamente pelo judiciário. Essas são atribuições do legislativo e do executivo, órgãos responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas capazes de assegurar as condições necessárias para o exercício de direitos, e conseqüentemente, da cidadania.

Embora legislativo e executivo sejam protagonistas na efetivação dos direitos sociais, ao judiciário também está reservado um papel importante: o papel de aplicação do direito no caso concreto. Assim, se a constituição assegura direitos fundamentais, ainda que alguns destes só sejam realizáveis através de políticas públicas a serem realizadas pelos poderes executivo e legislativo, o judiciário não deixa de ser seu órgão aplicador. Continua obrigado a reconhecer os direitos das pessoas na situação concreta. E para isso, é essencial uma postura interpretativa, capaz de levar em consideração a singularidade de cada caso.

Há ainda um outro caso em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desta vez através de seu Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, denegou mandando de segurança que objetivava a concessão de medicamento para tratamento de doença grave:

Se o Estado fornece medicamento eficaz, não compete ao Poder Judiciário perquirir a respeito de qualidades especiais de produtos, optando por outro. Segurança denegada. (TJMG. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Desa. Maria Elza – Voto vencido – Rel. acórdão Des. Ernane Fidélis. Processo n. 1.0000.00.314455/000-1 Julgado em 21/05/2003).

Nesse acórdão, foi vencida a relatora, que decidira pela concessão da ordem. Segundo seu voto, provas documentais foram acostadas ao processo

atestando que a impetrante já houvera sido submetida a tratamento com o medicamento fornecido pela Secretaria de Saúde, e que, no entanto, o mesmo não foi eficaz no combate à sua doença. Por esta razão foi-lhe prescrito outro medicamento, este não constante da lista de medicamentos fornecidos pelo Estado.

Por este argumento da relatora do processo podemos claramente observar que a denegação da segurança no acórdão mencionado não levou em conta as especificidades do caso concreto. Será que realmente não compete ao judiciário “perquirir a respeito de qualidades especiais do produto”? Sem dúvida, não há como fazê-lo a partir de critérios médico-farmacêuticos, dado que os magistrados não possuem formação científica para tanto. Mas, por outro lado, é obrigação do juiz reconhecer o direito da parte. E se a parte tem um direito constitucional subjetivo à saúde, o juiz não pode, de forma alguma, negá-lo. É sua obrigação colocar-se na postura do afetado, e levar em consideração todas as especificidades do caso concreto.

Se o medicamento fornecido pelo estado não é eficaz ao tratamento da doença da paciente, é óbvio que seu direito individual à saúde não está sendo assegurado. E a decisão judicial não pode ser outra senão, a de determinar o fornecimento do medicamento adequado ao tratamento da doença. Apesar da argumentação de dois dos desembargadores do órgão colegiado mencionado, no sentido de assegurar o direito constitucional da impetrante, o tribunal decidiu, por maioria, denegar a segurança.

Nesse sentido, o fato de a Constituição não prever expressamente em seu texto a assistência farmacêutica como dever do Estado não afasta a

obrigatoriedade da concessão de medicamentos por este. Assim, afirmar que não existe direito líquido e certo a um tratamento de saúde é dizer que os arts. 6º e 196 da Constituição Federal são desprovidos de qualquer força normativa. É não levar a sério o direito à saúde.

O convencionalismo cai em contradição ao afirmar – ou, mesmo sem afirmar, ao deixar subtendido em seu argumento – que a constituição é instrumento de governabilidade. Sim, porque justamente por ser ela uma norma de limitação de poderes, não pode, em hipótese alguma, ser limitada pela *governabilidade*. Ora, se a idéia de constituição moderna surge como forma de controlar os abusos do Estado (monarca), como se pode afirmar que ela deve estar subordinada às conveniências de um poder executivo?

O movimento reacionário do liberalismo conservador ao Estado social baseado na crítica aos textos constitucionais influenciados por esse paradigma não atentam para um argumento básico, muitas vezes utilizado por eles próprios: textos não são capazes de, por si sós, transformar a realidade. Para isso, é essencial uma atitude interpretativa. Assim, em vão é a preocupação exagerada com os riscos da previsão, em textos constitucionais, de direitos sociais, ou como eles diriam, com a planificação de um programa de transformação da realidade na constituição. Ademais, a constituição é fruto de experiências históricas, e a positivação de normas desse tipo tem uma função importante: serve justamente para que não se esqueça dos erros cometidos no passado. Segundo Habermas,

Constitutionally codified policy goals that can be systematically grounded in the legal order itself are guidelines for the political legislator – that is to say, they provide legislative guidance when they have constitutional status and to this extent are withdrawn from the day-to-day political strife between the government and opposition. Basic social and cultural rights (for example, the

right to work, housing, or the protection of minorities) can take the form of constitutionally endorsed goals because they refer to factual presuppositions for the equal use of existing liberties and rights of participation which can only be granted in accordance with that which is economically possible and politically feasible. Such constitutional goals reflect historical experiences of painful injustice and failed recognition. Social injustice and discrimination are answered by the state's obligations to provide protection and entitlements that can be directly derived as objective legal implications of the constitutionally guaranteed basic rights to equal subjective freedom and political participation⁵⁹.

Logo, sabemos que as normas de direito social surgiram num momento em que entrou em crise a compreensão segundo a qual haveria uma separação entre Estado e sociedade, uma vez que ele deveria preservar ao máximo a autonomia privada das pessoas. Essa primazia da autonomia privada acabou por levar a conseqüências catastróficas, de forma que aprendemos que direitos individuais não podem significar de forma alguma titularidades egoísticas anteriores a qualquer vida social. A reação natural a essa compreensão levou ao advento do Estado social e à previsão constitucional de inúmeros direitos que dependessem da atuação Estatal.

A positivação de direitos sociais na constituição não implica necessariamente na imposição de um plano de governo. Ao contrário a garantia de saúde, educação e moradia, dentre outros, são dever do estado. Tais direitos sociais não são mais do que uma releitura dos chamados direitos liberais-clássicos. O direito à liberdade só existe na medida em que são asseguradas condições básicas de saúde, educação, alimentação, moradia. A própria crise do estado liberal nos mostrou que a garantia de direitos de liberdade de modo algum libertou, mas escravizou boa parte dos indivíduos.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security and Solidarity**. *Constellations* v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p. 526-527.

A compreensão da constituição como um programa de governo, como um projeto de sociedade totalizante sem levar em conta o pluralismo depende da interpretação que se dá a esse texto. Esse tipo de interpretação, como vimos, aconteceu no Estado Social, que também fracassou justamente por não observar, da mesma forma que o paradigma liberal, a relação de complementaridade entre direitos individuais e direitos sociais⁶⁰, elemento central no paradigma do Estado Democrático de Direito.

O grau de esgotamento dos argumentos liberais pode ser percebido até mesmo em decisões que, apesar de se aproximarem do convencionalismo no curso de sua argumentação, acabam por entender que o direito à saúde é dever do Estado:

MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. DEVER DO ESTADO. Embora de natureza programática, o art. 196 da CF não pode merecer interpretação que – esvaziando seu conteúdo e não lhe conferindo o mínimo de efetividade – afaste o dever do Estado de garantir assistência médica, incluindo o fornecimento de medicamentos a pessoa portadora de doença grave, carente de recursos financeiros. (TJDF. Apelação Cível. Sexta Turma Cível. Rel. Des. Jair Soares. Processo n. 2005.01.1.047507-0 Julgado em 20/09/2006).

No caso acima, o relator afirma entender que a norma que se refere à saúde na Constituição Federal de 1988 é de caráter meramente programático, isto é, constitui simples recomendação ao legislador. Assim, não teria o condão de garantir um direito subjetivo. Não obstante, o próprio relator reconhece que não se pode deixar de assegurar o fornecimento de medicamentos a portadores de doença grave. Ora, como se vê, a argumentação está em plena contradição com a

⁶⁰ Para uma interessante argumentação sobre a relação de complementaridade entre liberdade e igualdade, conferir DWORKIN, Ronald. "Do liberty and equality conflict?". In: BARKER, Paul. **Living as Equals**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p.53 e 56-57.

decisão. Isto só torna mais claro que esse tipo de fundamento perdeu qualquer poder de convencimento, na medida em que seus próprios defensores não mais agem de acordo com ela.

A história institucional do Judiciário e as experiências vividas nos últimos dois séculos nos ensinaram que a garantia de direitos individuais clássicos não foi suficiente para garantir os princípios basilares da liberdade e da igualdade. Da mesma forma, direitos sociais não podem existir sem direitos individuais. São mutuamente necessários. E a garantia do direito individual à saúde só fortalece o direito coletivo à saúde.

Ademais, um dos grandes receios para os juristas alinhados a esse paradigma (liberal) – sobretudo os juspositivistas – era de reconhecer qualquer relação entre direito e moral. Assim, eles acreditavam que através de leis gerais e abstratas, e da atividade judicial como aplicação mecânica dos direitos reconhecidos pelo legislativo, o direito estaria livre de questões de ordem moral, e ofereceria segurança, uma vez que a sociedade contaria com uma aplicação “neutra” do direito⁶¹.

Não nos parece consistente esse argumento segundo o qual o fato de limitar os direitos àqueles explicitamente declarados nos textos de lei traria uma maior segurança jurídica, na medida em que evitaria que as pessoas fossem surpreendidas no momento de aplicação do direito. Acontece que a surpresa e a “insegurança” permanecem, pois quando não há “direito explícito”, o juiz precisa decidir de alguma forma, e, conseqüentemente, acaba por se utilizar do que o

⁶¹ CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience) (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida)**. Ann Arbor: UMI, 2005. p.15.

positivismo jurídico denomina de poder discricionário⁶², e tomar qualquer decisão, de acordo com o que ele considerar mais apropriado. O juiz não pode se eximir de julgar o caso concreto. Dworkin observa que, se o maior objetivo do direito fosse evitar surpresas, haveria maneiras mais eficazes do que o convencionalismo para torná-lo possível:

O argumento político em favor do convencionalismo que apresentei a pouco pressupõe que esse tipo de situação [insegurança decorrente da ausência de regra explícita] é inevitável, e que nenhuma teoria da jurisdição pode evitá-lo. A defesa do convencionalismo aqui é que ele protege as pessoas da surpresa de todas as maneiras possíveis. Contudo, se esse fosse o único objetivo que tivéssemos em mente, escolheríamos uma outra teoria da jurisdição, que poderíamos chamar de “convencionalismo unilateral” ou apenas “unilateralismo”. *Grosso modo*, o unilateralismo determina que o pleiteante deve ganhar se tiver o direito de ganhar estabelecido na extensão explícita de alguma convenção jurídica, mas que do contrário, quem deve ganhar é o réu⁶³.

Acontece que esse tipo de convencionalismo unilateral seria inaceitável em nossa prática jurídica. Isso porque os juízes (e as pessoas de um modo geral) não acreditam que a função da atividade judicante seja evitar surpresas, mas de garantir os direitos das pessoas. E esse direito, inevitavelmente, só pode ser descoberto em um caso concreto, quando o juiz poderá analisar a situação fática e formar sua convicção acerca de qual das partes possui um direito a ser protegido.

⁶² Aliás, não é a toa que, quando o positivismo jurídico, através de alguns autores, tenta salvar os seus argumentos, transformando a sua concepção numa espécie mais branda de convencionalismo, termina por cair em uma compreensão do direito que o próprio Dworkin chama de “arremedo”, uma vez que trata-se de uma forma subdesenvolvida do *direito como integridade*. Nesse sentido, CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995. p. 114. Ainda de acordo com a autora, “[...] although Hart is a representative of legal positivism, his philosophy approaches law with an openness [the open texture of legal norms] that disrupts the “security” of positivism [...] As a matter of fact Hart himself leads us to have non-positivist reading of his legal positivism”. CHUEIRI, Vera Karam. **Before the law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience) (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida)**. Ann Arbor: UMI, 2005. p.174.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.173.

Ora, isso nos leva a uma conclusão que, de certa forma, joga por terra as convicções convencionalistas: a de que não há como estabelecer uma separação *absoluta* entre direito e moral. Estes possuem pontos de contato, e é impossível que o juiz seja “moralmente neutro” ao decidir. O que ele pode (e deve) ser é imparcial.

Assim, como se pode ver, o convencionalismo (nos termos acima expostos) não oferece uma resposta satisfatória ao direito à saúde, vez que atrelada a uma concepção ultrapassada de constituição, e por não enxergar que o papel do juiz não se resume à simples atividade silogística de subsunção da regra geral ao caso concreto.

Dworkin apreende a tarefa do juiz no atual paradigma de forma precisa. Em *Taking Rights Seriously*, sua tese central está relacionada à possibilidade – negada tanto pelo positivismo como pelo utilitarismo – da existência de direitos jurídicos (*legal rights*) que não estejam necessariamente expressos no texto legal. Para ele, o direito não se resume ao chamado direito positivo, isto é, aquele expresso em leis ou quaisquer outras espécies normativas. Direitos não se confundem com regras. São mais do que isso. Podem não estar escritos em um texto normativo. Alerta, no entanto, desde o início, que esses direitos não possuem a forma de “entidades fantasmagóricas”, fundam-se em bases muito semelhantes àquela da própria teoria dominante, isto é, a noção segundo a qual a comunidade persegue um objetivo comum, um ideal.

Nesse sentido, o direito é cognitivamente aberto à moral, conteúdos morais informam desde o início (desde o processo legislativo) a prática jurídica de uma comunidade de princípios. Uma postura que reduza o direito a regras

expressas é incapaz de perceber a força irradiante dos princípios. Princípios para Dworkin são direito positivo e, no mais das vezes, encontram-se implícitos⁶⁴.

Logo, princípios servem como limites, como barreiras, trunfos de que dispõe indivíduo contra a imposição, por outrem, de uma limitação, em nome de um objetivo coletivo⁶⁵. Esses direitos não são dotados de qualquer característica metafísica especial, peculiaridade que distingue a tese dworkiniana das demais anteriormente fundadas nessa hipótese acima descrita⁶⁶.

Essa construção passa por uma releitura do significado de princípios na teoria do direito. Ao contrário do sustentado pelo positivismo jurídico, princípios são, para Dworkin, parte integrante do direito, e não meros critérios que podem ser utilizados arbitrariamente pelo juiz nas decisões de casos concretos. O direito constitui um sistema de princípios e regras. A ausência de regra explícita não implica na inexistência de direito. Direitos podem estar contidos nos princípios, que não possuem aquela característica típica das regras – descrição de um fato/atribuição de uma consequência jurídica. Ao contrário, os princípios se assemelham mais a vetores, que apontam em uma determinada direção. Eles são inúmeros e, não raro, competem entre si. Porém, isso não traz prejuízo à ordem jurídica, uma vez que o princípio aplicável só pode ser *descoberto* no momento de sua aplicação ao caso concreto. Nesse momento é que será possível saber, através de um processo argumentativo, porque é esse, e não aquele, o princípio adequado ao caso. E o fato de o princípio A, e não o B, ser aplicável naquele

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. "Unenumerated Rights: whether who and how *Roe* should be overruled". **University of Chicago Law Review**, n.59, 1992. p. 392-394.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. "Rights as trumps". In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995. p. 158.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. xii

momento, não resulta na invalidade de B, mas tão somente na sua inadequabilidade para aquele caso. Pois o princípio A é, nesse caso, preferível, e dá suporte à melhor decisão, à resposta correta a que faz alusão Dworkin⁶⁷.

Nesse sentido, a ausência de regra infraconstitucional explícita regulamentando o direito à saúde não tem o condão de inviabilizar a garantia desse direito. Se é um direito fundamental, deve ser garantido. E o Poder encarregado de aplicar direitos a casos concretos é o Judiciário. Logo, na medida em que os princípios são reconhecidos como normas integrantes do ordenamento jurídico, nova postura é exigida dos magistrados, uma vez que sua tarefa não pode mais, como visto, resumir-se à aplicação silogística de enunciados normativos.

Para dar conta da complexidade desse ordenamento jurídico que é composto não mais só por regras, mas também por princípios, Dworkin recorre à figura de Hércules, um “juiz filósofo” com habilidades extraordinárias, sobre-humanas, dotado de um conhecimento impecável dos princípios e regras contidos no ordenamento jurídico e do conjunto de precedentes da história institucional dos tribunais norte-americanos⁶⁸, capaz de descobrir a única resposta correta em cada caso concreto. Hércules deve, a partir de cada caso concreto, reconstruir a teoria do direito que justifica, de forma mais consistente, o sistema jurídico existente, identificando, desta forma, o(s) princípio(s) que rege(m) aquela situação fática⁶⁹.

⁶⁷ CHUEIRI, Vera Karam. “Considerações em torno da teoria da coerência narrativa de Ronald Dworkin”. **Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis, n.23, dez/1991. p. 74-75.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Harvard University Press, 1978. p.105 e ss.

⁶⁹ GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo estudios de teoría y metateoría del derecho**. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. Cap. VI, “Reencuentro con Dworkin”, p. 280-281.

Assim, ele busca demonstrar que juízes, quando se utilizam de princípios para fundamentar suas decisões, não atuam como legisladores (criadores do direito), mas como aplicadores do direito.⁷⁰ O fato de tomarem decisões além daquelas explicitamente tomadas anteriormente pelos legisladores e de discordarem sobre qual é a melhor interpretação de um princípio não quer dizer que eles (os juízes) estejam legislando⁷¹. A fundamentação por princípios não se confunde com a fundamentação por “*policies*” (argumentos de política). Os primeiros constituem o direito e podem (devem) ser utilizados por juízes na atividade de aplicação do direito. Já os segundos, não. Estão circunscritos à atividade de justificação do direito, isto é, à deliberação legislativa⁷². Assim, nas palavras do autor:

In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislating, is misleading. It misses the importance of a fundamental distinction within political theory [...]. Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. [...] Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right [...]. I propose [...] the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases [...] characteristically are and should be generated by principle not policy⁷³.

Argumento central que o autor utiliza em favor de sua tese diz respeito ao papel da história institucional nas decisões tomadas pelos juízes⁷⁴. Ao contrário

⁷⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995. p.76.

⁷¹ DWORIN, Ronald. “Constitutionalism and Democracy”. **European Journal of Philosophy**. v.3, n.1. Oxford: Blackwell, April/1995. p. 8.

⁷² Isso não quer dizer que a atuação legislativa seja permeada exclusivamente por argumentos de política. Ao contrário. Argumentos de princípios também estão presentes nas tomadas de decisão do legislativo.

⁷³ DWORIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 82-84.

dos positivistas, Dworkin não defende a tese de que a história institucional (e aqui, no nosso caso, estamos falando sobretudo de constituição, leis e, em algumas medidas, de precedentes judiciais) serve como limite ao uso do “juízo político” dos juízes. Ou seja: não faz sentido a alegação positivista, segundo a qual a discricionariedade do juiz estaria limitada àquela imposta pela moralidade institucional, isto é, aquela decorrente das decisões tomadas anteriormente pelas instituições encarregadas da criação e aplicação do direito . Para ele (Dworkin) não há como se separar, de forma estanque, uma “moralidade institucional” de uma “moralidade pessoal”. Não há como se dizer que o juiz, ao decidir um caso, primeiro atenta para a moralidade inscrita no repertório legislativo e jurisprudencial para, somente depois, utilizar-se eventualmente de sua “moralidade pessoal”. Por isso, a história institucional é, na verdade, um componente desse juízo político, que não se confunde com a discricionariedade positivista. A noção de juízo político está relacionada, de certa forma, a uma coerência⁷⁵ que deve ser obedecida pelos juízes quando tomam suas decisões. A teoria política que o juiz utiliza para

⁷⁴ Para explicitar o sentido em que a história institucional deve ser levada em consideração, tornar mais clara a compreensão do direito como uma cadeia (chain of law), Dworkin faz alusão ao romance em cadeia (chain novel). DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 228 e ss. Nesse sentido, nas palavras de Vera Karam de Chueiri, “os juízes deveriam encarar a sua decisão (o ato de criação) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros, e, portanto, levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer da sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995. p.98.

⁷⁵ A expressão coerência é utilizada por Dworkin diversas vezes na obra *Taking rights seriously*, e mais tarde, em sua obra posterior, *Law's empire*, será chamada de integridade. Porém, integridade não significa apenas coerência no sentido de repetir sempre as decisões do passado. Ao contrário, a integridade exige que, em determinadas situações fáticas, o juiz não julgue de acordo com um determinado precedente da corte pelo fato de, naquele caso, os princípios jurídicos que se aplicam àquela situação exigirem decisão em sentido diverso. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.204-205.

fundamentar uma decisão deve ser a mesma que ele usa para todas as outras decisões⁷⁶.

Essa exigência de coerência, ou melhor, de integridade, só existe porque decisões judiciais são tomadas com base em princípios, e não em *policies*. Se os juízes não estivessem vinculados a um conjunto de princípios, não haveria uma exigência de consistência de suas decisões com esses princípios, tampouco com a história institucional. Estariam autorizados a decidir de acordo com conveniências políticas. Mas não é o que acontece. Ou pelo menos não é o que se espera que aconteça.

Nesse sentido, os precedentes assumem fundamental importância. Eles exercem, de algum modo, uma *força gravitacional* nas decisões dos juízes. Essa influência das decisões passadas não se confunde, porém, com aquela exercida pela lei. A jurisprudência, ao contrário da prática legislativa, não resulta em dispositivos a serem seguidos pelo juiz na tarefa de aplicação do direito. A razão fundamental para se levar em consideração os precedentes está relacionada a uma questão de imparcialidade (*fairness*): tratar casos semelhantes da mesma maneira⁷⁷. Tendo em vista a história institucional e seu conjunto de decisões passadas, o juiz será capaz de identificar um conjunto de argumentos de princípio que fundamentaram tais decisões, permitindo que estes sejam levados em consideração em decisões futuras.

⁷⁶ Nas palavras do autor: "It condemns the practice of making decisions that seem right in isolation, but cannot be brought within some comprehensive theory of general principles and policies that is consistent with other decisions also thought right". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p.87.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 113.

É claro que essa força gravitacional das decisões passadas não é ilimitada. Como já ressaltado, as decisões judiciais, ao contrário das leis, só podem ser fundamentadas por princípios, nunca por políticas. Logo, decisões que eventualmente tenham sido tomadas com base em políticas são decisões *erradas*, pois desrespeitam uma diferença fundamental entre a atividade judicial e a legislativa. Políticas não são direitos. Podem eventualmente ser transformadas em direitos, mas isso só pode ser decidido no âmbito do poder legislativo, que é a instância democraticamente competente para discutir quais políticas são prioritárias e de que forma concretizá-las. A atividade judicial se limita à aplicação do direito, e por isso só pode ser fundada em normas jurídicas, sejam regras, sejam princípios. Assim, o limite da força gravitacional dos precedentes é ditada, sobretudo, pela extensão dos argumentos de princípio que justificam tais decisões⁷⁸. E a exigência de integridade não chega ao ponto de requerer que *todas* as decisões do tribunal sejam justificadas pelo mesmo conjunto de princípios, pois:

Hercules must also face a different and greater problem. If the history of his court is at all complex, he will find, in practice, that the requirement of total consistency he has accepted will prove too strong, unless he develops it further to include the idea that he may, in applying this requirement, disregard some part of institutional history as a mistake. For he will be unable, even with his superb imagination, to find any set of principles that reconciles all standing statutes and precedents⁷⁹.

A tese central de Dworkin coloca, de certa forma, uma pedra sobre a querela acerca da legitimidade dos juízes para controlar a constitucionalidade das

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 113.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 119.

leis. Sim, porque se princípios fazem parte do direito e, portanto, o juiz não faz uso do poder discricionário tal como descrito pelo positivismo jurídico, a atividade judicial não se confunde com a legislativa. Juiz não cria direitos, mas os aplica. Logo, não há que se falar em ofensa ao princípio democrático. Michel Troper expõe essa idéia de forma interessante:

Ansi, par exemple, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois pose un problème considerable aux théories dominantes: d'un cotê, il est difficile de soutenir que la Cour Supreme se borne à appliquer la Constitution écrite, c'est-à-dire un droit posé par les autres ; de l'autre, si l'ont admet qu'elle exerce un pouvoir discrétionnaire de création du droit, on ne peut plus justifier l'existence de ce pouvoir au regard de la théorie démocratique. Dworkin pense avoir démontré, d'une part, que la Cour ne fait qu'appliquer un droit pré-existant, mais d'autre part que ce droit ne se réduit pas à l'expression de la volonté du législateur ou du constituant. Puisque la Cour n'as pas le pouvoir de creer le droit, son rôle est conforme à la theorie démocratique⁸⁰.

Ainda corroborando com a teoria do direito de Dworkin, Frydman consegue apreender em algumas linhas o projeto do autor, de trazer de volta a confiança no direito, sem para isso, ser necessário voltar a uma concepção conservadora:

On mesure bien desormais l'enjeu et lês difficultés de la tâche assumée par Dworkin. Il s'agit rien moins que de restaurer la confiance dans la justice et l'Etat de Droit en rendant compte du caractère rationnel et légitime des processus de décision judiciaire. Contre les sceptiques, Dworkin entend montrer que la décision du juge n'est pas nécessairement le fruit de l'arbitraire ou du hasard, mais idéalement le produit de la recherche d'une « bonne réponse » (*right answer*), qui s'impose à lui. Cette bonne reponse [...] le juge ne va pas la trouver dans la pesée dès intérêts en conflit, mais bien dans une

⁸⁰ TROPER, Michel. "Présentation – Dossier Dworkin (1ere. Partie)". **Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n.1. Paris: LGDJ, 1985. p. 31. "Desta forma, por exemplo, a existência de um controle de constitucionalidade das leis coloca um problema considerável às teorias dominantes: por um lado, é difícil sustentar que a Corte Suprema se limite a aplicar a Constituição escrita, isto é, um direito posto por outrem; por outro lado, caso admita-se que ela exerce um poder discricionário de criação do direito, não será mais possível justificar a existência desse poder com base na teoria democrática. Dworkin pensa ter demonstrado, de uma parte, que a Corte apenas aplica um direito pré-existente, mas de outra parte que esse direito não se reduz à expressão da vontade do legislador ou do constituinte. Uma vez que a Corte não tem o poder de criar o direito, seu papel está conforme à teoria democrática". (Tradução livre).

interpretation de la Constitution, de la loi et des précédents. Cependant, la théorie de l'interprétation que propose Dworkin, et qui est au centre de sa conception du droit et de la raison juridique, rompt décidément avec la méthode conservatrice, basée sur l'intention de l'auteur historique. Selon Dworkin, l'interprétation de la Constitution ou de la loi en vue de la décision d'un cas difficile (*hard case*) n'est ni un acte de soumission pure à la lettre du texte et à la volonté de son auteur, ni un acte arbitraire par laquelle le juge fait prévaloir librement ses propres préférences ou son intuition. L'interprétation du droit est une activité créative certes, mais une création encadrée, soumise à des « contraintes créatives », telles celles que Georges Perec aimait à se donner au point de départ d'un exercice littéraire⁸¹.

Essa teoria foi alvo de muitas críticas, dentre as quais destacam-se:

que os juízes não necessariamente decidem com base em princípios, mas também em políticas⁸²; que não existe uma resposta correta sobre as questões de direito⁸³; que a sua teoria não passa de uma versão do jusnaturalismo⁸⁴, dando ênfase exagerada à moral na solução de questões jurídicas; que é impossível a qualquer juiz comum que desempenhe o papel de um Hércules, elaborando uma teoria do direito para aplicá-la ao caso concreto.

⁸¹ FRYDMAN, Benoît. "Pourquoi Dworkin intéresse les philosophes?". **Revue Internationale de Philosophie – Dworkin (avec ses réponses)**. n.3-jul/2005 Bruxelles: Presses Universitaires de France, 2005. p. 295-296.

⁸² GREENAWALT, Kent. "Policy, rights and judicial decision". In: COHEN, Marshall (Org.) **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Duckworth, 1984. p.89-118. Para este autor, Dworkin não oferece razões suficientes para que os juízes não levem questões de política (bem estar geral) em consideração quando estiverem decidindo casos concretos. (p.109). Também no sentido que juízes se utilizam de poder discricionário, tendo em vista a "incompletude" do direito, GUASTINI, Riccardo. "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin". **Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n. 2. Paris : LGDJ, 1986. p.19 e 23.

⁸³ Stephen Guest, um dos mais respeitados comentaristas da obra de Dworkin, adverte que a crítica com relação à objetividade do direito diz respeito, muitas vezes, a uma compreensão equivocada da tese dworkiniana, que acaba por levá-los a acreditar que esse pressuposto da objetividade defendido por Dworkin consiste em uma desculpa para inserir suas idéias subjetivas no direito. Nesse sentido, cf. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. (Col. Jurists: profiles in legal theory). Stanford: Stanford University Press, 1991. p.132.

⁸⁴ WOOLEY, A. D. "No right Answer". In: COHEN, Marshall (Org.) **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Duckworth, 1984. p.174.

Ao que parece, a crítica à única resposta correta está relacionada ao fato de juízes, na prática, divergirem quanto a questões de direito⁸⁵. Os críticos acreditam que, como dificilmente há consenso relativo a questões de direito, principalmente quando não é clara a regra aplicável ao caso concreto, não se pode falar em uma única resposta correta. Porém, eles negligenciam o fato de que Dworkin, em momento algum, nega que divergências possam existir no momento da aplicação do direito⁸⁶. A resposta correta não é um dado, mas algo construído criticamente, num processo argumentativo⁸⁷. Na verdade, o que Dworkin quer dizer é que, da perspectiva *interna*, não há como se negar que há uma resposta correta, tanto que os juízes costumam acreditar que aquela decisão que estão tomando é a melhor para aquele caso. O fato de saberem que pode haver divergências quanto à sua interpretação não quer dizer que eles não acreditem no que estão fazendo. A constatação, do ponto de vista do *observador* (externo), de que as normas jurídicas permitem inúmeras interpretações corretas não se confunde com a crença, do ponto de vista do *participante* (interno) de que aquela decisão que ele está tomando é a melhor possível. Sobre essa questão, interessante observação é feita por Michel Troper:

Or, cette thèse repose sur une conception de la vérité très différente de celle qui fonde non seulement l'attitude positiviste, mais toute l'attitude scientifique. On entend en général par vérité une propriété objective des propositions qui interdit à tout homme raisonnable de les nier de bonne foi. Les propositions de droit selon Dworkin ne peuvent jamais être vraies en ce sens, mais sont au contraire sujettes à controverse. Il y a plus : de l'aveu de Dworkin, les propositions de droit a vraies « son celles qui constituent la meilleure

⁸⁵ WOOZLEY, A. D. "No right Answer". In: COHEN, Marshall (Org.) **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Duckworth, 1984. p. 176 e segs.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.177.

⁸⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995. p.68.

justification ou qui rendent le mieux compte d'une pratique ou d'un ensemble de règles existantes »⁸⁸.

Acreditar que não há uma resposta correta para casos difíceis é reconhecer que as partes não têm direito a uma determinada decisão, o que é até contraditório com a própria razão de existir do direito. Quanto a essa questão, Dworkin oferece uma excelente resposta aos céticos:

No sistema atual, aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio. Isto não pode ser completamente realizado, pois todos nós achamos que os juízes, às vezes, e talvez com frequência, apresentam argumentos de princípio equivocados. Mas saímos ganhando mesmo com a tentativa. Os cidadãos são encorajados a supor que todos têm direitos e deveres perante os outros cidadãos e perante o governo, mesmo que tais direitos e deveres não estejam claramente estabelecidos. Por conseguinte, são encorajados a elaborar hipóteses sobre o que são tais direitos, a se relacionar e a exigir que sejam tratados pelo estado segundo o pressuposto benéfico e unificador de que a justiça é sempre importante para suas reivindicações mesmo quando não esteja claro o que a justiça requer. Os tribunais participam desses processos dando, às vezes, a oportunidade de se discutirem tais questões controversas que envolvem a justiça, oferecendo uma liderança cujo poder é, de direito, qualificado pela força do argumento que pode impor⁸⁹.

Da mesma forma, não há sentido na crítica ao juiz Hércules, tendo em vista que Dworkin nunca pretendeu que os juízes fossem dotados de características sobre-humanas. Ao contrário. Hércules não passa de uma figura de linguagem, e isso Dworkin deixa muito claro⁹⁰. Na verdade, o que ele espera dos juízes é uma atitude interpretativa, uma atitude que permita que eles lidem com a complexidade do ordenamento jurídico, que segundo ele não é composto só por

⁸⁸ TROPER, Michel. "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin". **Droit et Société: Revue Internationale de théorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n. 2. Paris : LGDJ, 1986. p.64. Isso fica muito claro no prefácio da obra seguinte de Dworkin, quando ele afirma que os seus críticos não conseguiram entender o que ele quis dizer com a afirmação de que existem repostas certas para um caso difícil. Nesse sentido, cf. DWORIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.XIII.

⁸⁹ DWORIN, Ronald. "Resposta aos Críticos". In: _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 518.

⁹⁰ DWORIN, Ronald. "Resposta aos Críticos". In: _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.549-550.

regras, mas também por princípios. Cabe ao juiz levar em consideração a coerência a que Dworkin faz menção, que mais tarde, como veremos, será desenvolvida em outra obra e se transformará no ideal de integridade⁹¹. Como bem observa Vera Karam de Chueiri:

A concepção do direito como integridade se estrutura sobre uma conexão (hermenêutico-crítica) entre o direito e a moral. Ela não joga para fora do sistema as questões relativas ao dever ser, à maneira como os juízes deveriam julgar (e julgam) as questões que lhe são colocadas. As proposições jurídicas não são, em essência, meramente descritivas, mas interpretativas. [...] Desde uma concepção do direito como interpretação, este não revelaria uma estrutura argumentativa neutra, na qual a resolução dos conflitos se daria pela aplicação da regra jurídica – pela remissão *ad infinitum* a metalinguagens – em atenção a sua verdade semântica, mas sim, revelaria uma estrutura comprometida com a justificação moral do uso da força⁹².

Logo, a visão dworkiniana do direito oferece uma compreensão do fenômeno jurídico muito mais interessante do que a oferecida por essa postura acima descrita, uma vez que, ao pressupor uma compreensão principiológica do direito, confere ao judiciário uma tarefa muito mais próxima daquilo que justifica o que tem feito na prática. E essa se constitui em tarefa essencialmente interpretativa.

⁹¹ É nesse sentido que Eisgruber argumenta que juízes não precisam ser filósofos para compreenderem, assim como Dworkin, o direito como integridade. EISGRUBER, Christopher. "Should Constitutional Judges be Philosophers?" In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006. p.22.

⁹² CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995. p. 108-109.

CAPÍTULO II

O RISCO DA APARENTE SUPERAÇÃO DO CONVENCIONALISMO E A NEUTRALIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O direito constitucional brasileiro tem sido marcado, nos últimos anos, por uma forte influência do constitucionalismo alemão. Isso tem acontecido de forma direta ou indireta, seja através da influência de Paulo Bonavides e J.J. Gomes Canotilho⁹³ entre boa parte dos estudiosos e operadores do direito constitucional, seja através do forte interesse pela produção doutrinária e jurisprudencial germânicas⁹⁴.

Com efeito, é claramente visível, através da obra dos dois autores acima mencionados, um esforço no sentido de conferir um papel mais efetivo ao Judiciário na implementação dos direitos sociais, no que se aproxima muito do paradigma do estado social. Na base desta concepção está uma compreensão substantiva da constituição, que é vista como uma ordem concreta de valores⁹⁵. Assim, há o risco de a interpretação constitucional consistir na imposição de uma determinada forma de vida concreta atribuída à sociedade como um todo, alegando-se a necessidade da compatibilização dos valores constitucionais com a

⁹³ Nesse sentido, conferir o prefácio elaborado por Neviton Guedes ao livro “Canotilho e a Constituição dirigente” (essa obra, por sua vez, consiste em transcrição de um debate realizado no paraná, em 2001, entre constitucionalistas brasileiros e Canotilho, sobre o dirigismo constitucional e sua obra “Constituição Dirigente e Vincula do Legislador”). COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. **Canotilho e a Constitui Dirigente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.7.

⁹⁴ é assim que procedem as críticas de Virgílio Afonso da Silva: “Não  difícil perceber que a doutrina recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura jurídica germnica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis” (grifos do autor) (SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In:_____ (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.116.

⁹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 2.ed. Lumen Júris, 2000. p.16.

realidade de uma determinada comunidade⁹⁶ realizada através de critérios de ponderação⁹⁷.

Essa visão do direito é consequência do processo social de aprendizado vivido no decorrer do Estado Liberal, com sua compreensão egoística dos direitos individuais. Se antes estes tinham importância vital tomados como afirmação de um suposto direito ao egoísmo individual anterior a qualquer vida social, o que se verifica no Estado Social é, em total contraposição, uma completa primazia dos direitos coletivos e sociais sobre os direitos individuais. A igualdade só pode ser atingida mediante a materialização do direito, mediante a garantia de direitos sociais, a serem efetivados através da atuação estatal. Essa postura axiológica tende, pela descrição da fundamentação adotada em suas decisões, no entanto, a neutralizar precisamente a lição da vivência decorrente dos excessos do Estado Social (a incondicionalidade da cidadania, do direito de ter direitos – continua a considerar possível a desqualificação da massa de eleitores que somente poderiam adquirir verdadeira cidadania quando passassem a gozar de uma igualdade material mínima decorrente da própria atuação da burocracia técnica estatal, tutora dessa massa, por definição, carente de consciência uma vez que material e intelectualmente necessitada dos serviços públicos (direitos sociais) que lhes garantiriam algum dia, no futuro, a cidadania plena). Aprendemos, a duras penas, que a cidadania não admite condicionantes, que o Estado Social só produz clientela, nunca cidadania. Para que o Estado, no centro da esfera pública,

⁹⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 2.ed. Lumen Júris, 2000. p.23.

⁹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 2.ed. Lumen Júris, 2000. p.46.

não seja privatizado pela própria burocracia técnica encarregada de promover a cidadania, é preciso uma sociedade civil cidadã, viva e participante. Por esse doloroso processo social de aprendizado geracionalmente difuso sabe-se que público requer o privado.

Na experiência histórica vivida durante do Estado Social, a atividade judicial assumiu relevância muito maior. O juiz não era mais um autômato, detinha liberdade para compatibilizar a norma com a realidade. Muitas vezes, porém, isso era feito às custas da separação dos poderes. Nessa linha tem atuado parte da jurisprudência brasileira ainda nos dias de hoje, apesar de, uma vez esvaziada a capacidade persuasiva dos argumentos típicos do Estado Social, nos encontrarmos inseridos em um outro paradigma, o do Estado Democrático de Direito. Assim, através de decisões atreladas a essa concepção do direito (postura axiológica) pode-se perceber como o interesse coletivo é sempre levado em consideração, a despeito dos direitos individuais:

Tutela antecipada. Delegado de polícia que pleiteia o fornecimento pela Fazenda do Estado de medicamento. Prevalência do interesse coletivo face ao individual. Indeferimento. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJSP. Agravo de Instrumento n.130.817-5/0. Primeira Câmara de direito público. Rel. Des. Carlos de Carvalho. Julgado em 21/03/2000).

Apesar de termos uma decisão que, a exemplo das primeiras mencionadas no segundo capítulo, nega a concessão de medicamentos pelo estado, aqui podemos perceber argumentos de sorte completamente diferente.

Não se trata mais de falar que o direito à saúde previsto no art.196 é norma de natureza programática, ou que o medicamento solicitado não está contemplado na lista de medicamentos a serem fornecidos pelo Ministério da

Saúde. Agora, o argumento para a negação desse direito está na relevância do “coletivo”, em face da “insignificância” do individual. No decorrer da fundamentação da decisão acima transcrita, argumenta o desembargador relator:

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O princípio aí inserido diz com oportunidade igualitária e universal, sendo oportuna a observação da Fazenda do Estado, no sentido de que, percebendo o agravante salário superior a R\$ 3.000 reais por mês e não tendo comprovado ter outros encargos financeiros, pode ser considerado, em face da realidade social brasileira, cidadão não menos afortunado que os demais, em situação realmente precária.

Tendo em conta que as verbas públicas têm destinação previamente marcada, há de se entender que o interesse da coletividade deve prevalecer sobre o individual, no tocante aos serviços de saúde da população em geral.

Essa linha de raciocínio está perfeitamente alinhada a orientações que tomam em consideração o paradigma do Estado Social, que não se limitam mais à simples não intervenção na autonomia privada das pessoas, mas preocupam-se em materializar direitos capazes de garantir uma igualdade de fato.

Na experiência do Estado Social acreditava-se que essa igualdade só poderia ser atingida com a garantia de direitos coletivos e sociais, pelo Estado. Agora, o Estado passa de vilão a herói. Os direitos não são mais contra ele, mas através dele. O Estado precisaria interferir na autonomia privada para a realização dos direitos fundamentais⁹⁸. Apenas com o seu intermédio, através de políticas públicas inclusivas, poderiam ser realizadas a igualdade e a liberdade, e consequentemente a cidadania. É assim que o estado social afirma direitos sociais como condição da igualdade e da liberdade, e desqualifica como cidadão aquele

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 133.

que simplesmente vota. O estado seria, portanto, o responsável por conferir cidadania à massa de desvalidos⁹⁹. Assim, ganham dimensão os chamados direitos sociais, tais como os direitos trabalhistas, direito à educação e direito à saúde.

Nessa onda de materialização do direito, transforma-se a atividade judicial. A tarefa do juiz não se resume mais à simples “aplicação automática” da regra geral ao caso, até mesmo porque a lei deixa de ter apenas aquele caráter determinado de associação de fatos típicos determinados a conseqüências jurídicas claramente definidas. Tendo em vista a considerável maximização da administração pública, o conceito liberal de lei não mais é compatível a essa nova configuração. Agora, como bem ressalta Habermas:

[...] o leque das formas do direito foi ampliado através de leis relativas a medidas, leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação, prognóstico inseguro; e a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados na linguagem do legislador, desencadeou a discussão sobre a “indeterminação do direito”, a qual é motivo de inquietação para a jurisprudência americana e alemã¹⁰⁰.

Diante de um leque de normas tão abrangente e repleto de conceitos jurídicos indeterminados, e da própria consciência, aprendida a partir das experiências vividas no Estado Liberal, de que textos não são capazes de, por si sós, controlar a conduta humana, não há mais como imaginar que o juiz seja capaz de aplicar a regra automaticamente ao caso concreto. Assim, nos dizeres de Marcelo Cattoni:

⁹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.149.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 174.

O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional alemã), bem como programa de fins, realizáveis no “limite do possível”¹⁰¹.

Esse comprometimento do judiciário com a realidade e com a materialização dos *valores* da comunidade¹⁰² a qualquer custo é presente ainda em decisões judiciais tomadas nos dias atuais. Como pudemos observar na decisão do caso do delegado de polícia que pleiteava fornecimento de medicamentos vitais para si, o argumento do relator não está de nenhuma forma relacionado a um argumento de “self-restraint”, ou à idéia de “bouche de la loi”, a exemplo das decisões que analisamos no capítulo anterior. Na verdade, a corte, através de seu órgão parcial, entendeu que um único indivíduo não poderia exigir do estado o fornecimento de medicamento caro sob pena de prejudicar a coletividade.

O argumento segundo o qual deve prevalecer o interesse coletivo sobre o privado é em si contraditório, pois sabemos que não há como se conceber direitos coletivos sem direitos individuais. Ao assumir uma postura de “proteção do direito da coletividade” para negar prestações individuais, o Judiciário acaba por negar qualquer direito a essa mesma coletividade, uma vez que ela é composta por indivíduos, e a cada vez que uma pessoa pleiteia medida assecuratória do seu direito legítimo e encontra uma resposta negativa, do órgão competente, é a coletividade como um todo que está sendo atingida. É nesse sentido que não se pode afirmar que existe um direito coletivo à saúde se não há um direito individual

¹⁰¹ CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.59.

¹⁰² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.221.

à saúde. Ao contrário. A garantia individual do direito à saúde, em cada caso, é que garante a plausibilidade da afirmação de um direito coletivo à saúde.

A fundamentação da decisão acima mencionada, apesar de à primeira vista levar em conta as situações fáticas trazidas pelo caso concreto, acaba por fazer justamente o contrário. A imparcialidade no processo judicial depende justamente de uma postura reflexiva do magistrado, que deve se colocar na posição *dos afetados* para a resolução da situação concreta. Para isso, deve-se prender ao caso concreto, e não buscar argumentos que estão para além do mesmo. Se a situação que ele tem em mãos está relacionada à concessão de medicamentos dos quais dependem a vida de um paciente, não há que se falar em ofensa ao direito da coletividade, mas sim do direito subjetivo à saúde daquele indivíduo, naquela situação específica. No caso em análise, o juiz acabou por desviar o curso de sua argumentação da questão jurídica levantada pelo impetrante para discorrer sobre questões econômicas e políticas, relacionadas a toda a coletividade. Ocorre, porém, que esse tipo de matéria diz respeito exclusivamente ao órgão de deliberação política, qual seja, o parlamento. Nessa medida, a postura axiológica assemelha-se, em alguma medida, ao que Dworkin chama de pragmatismo:

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o

futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência¹⁰³.

Assim, o pragmatismo não é uma teoria positiva, como a aquela que Dworkin chama de convencionalismo, que afirma que as pessoas tenham direitos. Ao contrário, não há compromisso com decisões passadas. O pragmatismo sustenta que uma pessoa não pode ter um direito, ainda que baseado em decisões políticas tomadas anteriormente, se disso resulta um prejuízo à comunidade.

Logo, se, por um lado, o convencionalismo descrito por Dworkin – e abordado, em certa medida, no primeiro capítulo – deposita todas as suas fichas na crença de um conjunto de leis heróicas, capazes de produzir segurança jurídica até onde for possível, e só a partir de então permitir discricionariedade judicial, o pragmatismo, por outro lado, aposta na supremacia da função judicante. Sim, pois não há pretensões juridicamente tuteladas. Os direitos só existem na forma “como se”, isto é, são estratégicos, e só avalizados pelos juízes na medida em que servem à melhoria da comunidade. É o juiz quem diz o que é essa melhoria, e para isso ele pode, inclusive, ignorar a legislação. Não há, como no convencionalismo, nenhum compromisso de coerência com as decisões políticas passadas, sejam aquelas decorrentes de leis, sejam aquelas decorrentes de decisões judiciais com base no “poder discricionário” dos juízes em casos não expressamente regulamentados por lei. Seu compromisso é apenas com um futuro melhor para a comunidade de um modo geral. Nem que para isso seja preciso sacrificar princípios. O direito funciona como mero instrumento para atingir

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.185.

uma sociedade melhor. Na medida em que ele for útil, poderá ser obedecido. Quando não fomentar esse objetivo (na concepção do juiz que julga o caso concreto), poderá ser simplesmente ignorado. A arquitetura do pragmatismo é construída em torno de uma questão de eficiência.

Dworkin reconhece que, em certa medida, o pragmatismo representa um avanço com relação ao convencionalismo, pois nele floresce uma atitude bastante diferente tanto por parte dos juízes como por parte da comunidade de um modo geral. Segundo essa concepção, é possível que os juízes tenham diferentes concepções do que seja o direito, e a discordância entre eles não se resume a uma simples questão de fato. Trata-se de uma questão teórica. Para definir o que é melhor para a sociedade o juiz deve, inevitavelmente, lançar mãos de suas convicções morais.

A própria comunidade assume uma postura diferente, na medida em que passa a ter a necessidade de prever (isto é, de analisar criticamente as leis e precedentes!) de que forma os juízes decidiriam, de que forma interpretariam as situações fáticas que precisassem analisar, e como se utilizariam do repertório legal e jurisprudencial¹⁰⁴.

Acontece que o pragmatismo falha, da mesma forma do convencionalismo, como descrição das práticas judiciais. Se os juízes não possuem qualquer compromisso com a legislação e com o repertório jurisprudencial, porque ficariam preocupados – como usualmente ficam – em buscar a intenção do legislador ou em encontrar, no caso dos precedentes,

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.191.

princípios que possam reger duas situações fáticas (a contida no precedente e a que está sendo analisada) que, apesar de não serem idênticas, possuem alguns traços em comum? Parece que o pragmatismo não se ajusta a esse comportamento que se constata diariamente no desenrolar das atividades do Judiciário. Ademais, nem as pessoas da comunidade acreditam que os juízes devam agir como defende o pragmatismo. Elas acreditam que tenham direitos e que o Judiciário tenha obrigação de protegê-los, e não atuar como um legislador. Quando um juiz atua dessa forma, são criticados por abusar dos poderes em que foi investido¹⁰⁵.

As fragilidades dessa postura axiológica ficam patentes se voltamos os olhares à experiência do Estado social. O processo de aprendizado vivido naquele momento histórico nos fez perceber que a forma como foram compreendidos os direitos fundamentais colocava em risco o conceito de povo como fluxo comunicativo, ao desprezar a necessidade de discussão pública, do processo legislativo e do princípio da separação dos poderes.

Sabemos hoje que o Judiciário, como órgão aplicador do direito, deve estar preocupado com a adequação da norma ao caso concreto. Não pode, em hipótese alguma, substituir-se ao legislativo para decidir coletivamente, para formular lei geral e abstrata. Não possui legitimidade democrática para tanto. Nesse ponto, fundamental é a distinção entre justificação e aplicação de normas jurídicas, como garantia da preservação desse princípio que é basilar na configuração atual do Estado.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.196.

A partir dessa análise, e do caso concreto exposto, observa-se que os juízes alinhados à postura típica do estado social acabam por sentirem-se livres não só para interpretar as normas jurídicas (que é um avanço atingido no Estado Social em relação ao paradigma liberal), mas também acreditam estar autorizados a, quando julgarem apropriado, decidir *contra-legem*, sob o argumento de estarem levando em conta o economicamente possível.

Podemos ainda observar esse comportamento no curso da argumentação de diversos julgados, tal como caso abaixo decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA DA NECESSIDADE. AUSÊNCIA. REFORMA DA SENTENÇA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. 1. Na via estreita do mandado de segurança, a ordem judicial para que o Estado forneça o medicamento encontra-se condicionada à presença de dois requisitos, que devem ser comprovados de plano: a necessidade do procedimento médico ou do medicamento e a inexistência de condições econômico financeiras para adquiri-los. 2. Não se pode invocar o dever do Estado de proporcionar assistência médica a fim de fazer todo tipo de determinações, a serem cumpridas de pronto e com recursos advindos sabe-se lá de onde, muitas vezes sob ameaça de prisão ou pesada multa, ou ao menos processo por desobediência, estando ausente prova real da necessidade do requerente. 3. Rejeitar a preliminar e reformar a sentença, denegada a segurança. (TJMG. Remessa Necessária n. 1.0408.04.005145-5/001-1. Rel. Des. Célio César Paduani. Julgado em 13/10/2005).

Neste caso, a exemplo do acontecido no anterior, o Tribunal entende que o direito à saúde só pode ser entendido como direito na medida em que é condizente com o orçamento do Estado. Razões de ordem financeira são capazes de obstaculizar o pleito da realização do direito à saúde, no caso, consubstanciado na concessão de medicamento ao requerente.

Desta forma, a materialização de direitos, típica do Estado Social, deve, para os defensores dessa postura, ser obtida a qualquer custo, inclusive à custa da mitigação do princípio da separação dos poderes, que parece ser relegado a um plano secundário. Aliás, Cattoni observa que a re-significação do princípio da separação dos poderes nesse paradigma leva a uma redução a ponto de não se falar mais em separação dos poderes, mas em funções do Estado, uma vez que não há mais propriamente uma distribuição de competências específicas entre os poderes, mas o exercício de funções pelos diversos órgãos do estado, que agem de forma cooperativa em prol da unidade da soberania estatal¹⁰⁶.

Esse tipo de argumentação, como ressaltado logo no início do presente capítulo, parece ter ganhado corpo tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, algo que pode ser percebido não apenas nos acórdãos acima transcritos, mas também em posições consolidadas na doutrina e na mais alta corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Levando em consideração a compreensão de direito subjacente ao paradigma do Estado Social, trabalho de muito prestígio entre os constitucionalistas brasileiros é “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, tese de doutoramento de J.J.Gomes Canotilho. O problema central do livro está voltado à possibilidade de uma lei fundamental tornar-se um programa normativo a ser seguido pelos órgãos políticos (sobretudo o legislativo), de forma

¹⁰⁶ CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.60.

que nela – na constituição – possam ser previstas normas de conteúdo econômico-social, exigindo prestações positivas por parte do Estado¹⁰⁷.

Com efeito, na esteira de Canotilho, normas constitucionais não consubstanciam meros programas sujeitos ao arbítrio do legislador. Independentemente de serem normas que exigem abstenções ou prestações positivas por parte do Estado, elas vinculam a produção legislativa e a atividade administrativa.

Assim, caso estes poderes, legitimados democraticamente, não implementem as políticas públicas necessárias à efetivação do direito mencionado, o judiciário – através de um tribunal constitucional – está autorizado a garanti-lo, inclusive em substituição ao legislativo, observando, porém, a *reserva do possível*.

Para Canotilho, a Constituição estabelece uma ordem de valores que representa o fundamento ético de uma sociedade, a ser preservada por um tribunal constitucional. Segundo o autor, Esse órgão, encarregado da guarda da constituição, deve ter por base, em suas decisões, o critério da proporcionalidade, método através do qual se poderá atingir uma decisão sobre a constitucionalidade ou não de um ato normativo. Canotilho deixa clara a sua visão segundo a qual normas consubstanciam valores na seguinte passagem:

“A estarem certas as considerações anteriores [...], a tradicional dogmática ancorada na bipartição radical entre actos normativos constitucionais e inconstitucionais (entre a licitude e a ilicitude não há meio termo) carece revisão”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p.166.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 206.

Nesse sentido, na compreensão do autor, a noção de constituição não pode ser vista como um conjunto de normas negativas, de não intervenção. Ela constitui um plano de mudança social, e por isso não cabe na simples bipartição constitucionalidade/inconstitucionalidade. Há de haver espaço para uma reserva do possível. Constitutivas de um conjunto de valores a serem seguidos pela sociedade, suas normas comportam um esquema gradual de calibragem, para atender às demandas de impulso e incentivo da direção correta do processo de mudança social¹⁰⁹. Segundo o autor português:

Quer as imposições constitucionais sejam 'derivadas' de directivas de socialidade e de normas de competência, ou estejam integradas em preceitos consagradores de direitos subjectivos, económicos, sociais e culturais, sempre o problema da sua efectivação legislativa terá de confrontar-se com o que hoje se designa, em teoria da constituição, como *reserva do possível* (sobretudo de desenvolvimento económico). É que independentemente das 'teorias dos direitos fundamentais' e das 'teorias da constituição', a efectivação dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjectivos insuscetíveis de serem derivados normativamente da constituição como direitos imediatamente realizáveis [...]¹¹⁰.

Nesse sentido que se desenvolveu, no Brasil, uma corrente majoritária, simpática ao dirigismo constitucional, compreendendo a constituição como uma ordem de valores e lançando mão de expedientes como o princípio da proporcionalidade no âmbito do judiciário¹¹¹ para resolver problemas relacionados à eficácia dos direitos sociais.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p.49.

¹¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p.172.

¹¹¹ Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio da proporcionalidade e teoria do direito". In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269; FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.115. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178-181; MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo

Dentre os defensores dessa postura, Andreas Krell entende que os direitos sociais são direitos subjetivos públicos. Para ele, o Judiciário tem a obrigação de agir onde os outros poderes não o fizerem, ao menos no que diz respeito às normas constitucionais, pois, tendo em vista os problemas sociais de um país “periférico” como o Brasil, o princípio tradicional da Separação dos Poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das nações “centrais”¹¹². Nesse ponto Krell é seguido por Lenio Streck, que propugna por uma compreensão substancialista da Constituição¹¹³. Curiosa é uma das passagens de Krell no que diz respeito ao tema:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a saber, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do *vetusto dogma da Separação dos Poderes* em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram *incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais*.¹¹⁴ (Grifos nossos)

Ricardo Lobo Torres, que também se dedica ao tema, defende a tese que os direitos sociais são exigíveis judicialmente na medida em que asseguram um *mínimo existencial* - ao que ele chama de direitos sociais *strictu sensu* -, isto

Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 49-51, 84-85; STRECK, Lenio Luiz. “A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, NUNES, Antônio José Avelãs. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.328.

¹¹² KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 109.

¹¹³ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.161. Não obstante, Streck reconhece que, por vezes, as questões relacionadas à implementação de direitos sociais podem encontrar sérios obstáculos nas possibilidades financeiras do Estado.

¹¹⁴ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p.22.

é, na medida em que são essenciais para viabilizar os pressupostos materiais ao exercício da liberdade¹¹⁵. Os demais direitos sociais, aos quais o autor denomina “direitos sociais singelos”, porém, estariam limitados à reserva do orçamento. Ainda assim, a garantia do mínimo existencial no âmbito judicial está condicionada a uma ponderação de princípios e à análise da razoabilidade, pois, no seu entendimento, só esses critérios podem definir o que é mínimo existencial, distinguindo-os dos demais direitos sociais¹¹⁶. Essa mesma linha é seguida por Ingo Sarlet¹¹⁷.

Há ainda autores que afirmam que só existe direito social à prestação – e, conseqüentemente, exigibilidade dos mesmos por via judicial – na medida em que o Estado dispõe de recursos para implementá-lo, isto é, ele está condicionado a uma “reserva do possível”¹¹⁸. Assim, os referidos direitos estariam limitados tanto às “possibilidades fáticas” de sua efetivação – disposição efetiva de recursos – quanto às “possibilidades jurídicas” de disposição, ou seja, a capacidade jurídica do Estado para dispor da prestação reclamada, o que guarda relação com o sistema de distribuição de competências no Estado Federal e a repartição de receitas tributárias e sua afetação e aplicação¹¹⁹. Ademais, a decisão sobre a

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.5 e 15.

¹¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.29-30 e 34.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 347.

¹¹⁸ Nesse sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

¹¹⁹ Em que pese essa ser originariamente uma construção da Corte Constitucional alemã (BVerfGE 33, 303 e BVerfGE 43, 291), a reserva do possível parece ter-se fortalecido no Brasil em grande parte devido à influência de J.J. Gomes Canotilho entre boa parcela dos constitucionalistas brasileiros. Segundo ele, “consistindo alguns dos direitos sociais em prestações pecuniárias, ou

forma de alocar tais recursos estaria submetida à discricionariedade dos poderes executivo e legislativo, por ocasião da afetação de verbas na lei orçamentária.

Pode-se observar, portanto, que existe um esforço empreendido pela corrente majoritária no sentido de conferir um papel mais efetivo ao Judiciário na implementação dos direitos sociais. O problema dessa posição, no entanto, são os argumentos utilizados por ela, que podem acabar por legitimar decisões judiciais de toda sorte, seja garantir a efetividade de um direito individual à prestação, seja para negar-lhe, sob o argumento que estaria protegendo “a coletividade”.

A postura axiológica no Brasil recebe decisiva influência de Robert Alexy, a partir da incorporação dos parâmetros oferecidos pelo filósofo do direito alemão (a partir da observação da prática jurisprudencial da Corte Constitucional alemã) um método “seguro” para uma *resposta geral*¹²⁰ sobre o que são direitos fundamentais e – especificamente no que tange aos direitos sociais – um padrão mínimo de garantia¹²¹.

Alexy busca, em sua formulação teórica resolver, através de um método racional, o problema da aplicação dos princípios que consubstanciam direitos fundamentais (inclusive dos direitos sociais). Assim, através de mecanismos de

implicando em maior ou menor medida despesas de diverso tipo, a elevação do nível de realização está sempre condicionada pelo *volume de recursos* susceptível de ser mobilizado para esse efeito, pelo que sua realização está sempre sob reserva das disponibilidades da colectividade”. (Grifos do autor) Nesse sentido, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, VITAL. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.130. Para maiores detalhes sobre as decisões da Corte Constitucional alemã, cf. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad. Marcela A. Gil. Bonn: Konrad Adenauer, 2003. p. 261-268.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 495.

¹²¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.496.

ponderação acredita ser possível repelir o decisionismo jurídico¹²². A lei de ponderação, portanto, segundo Alexy consiste em que quanto maior foi o grau de afetação da não satisfação de um direito, maior deve ser a importância de satisfação do outro¹²³. Nesse sentido, os direitos sociais, da mesma maneira, devem ser submetidos à lei de ponderação. Segundo o autor, os direitos sociais exigíveis por cada um podem ser identificados nos seguintes termos:

Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refiere a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.¹²⁴

Desta forma, direitos fundamentais *poderiam* ter mais peso do que razões de política financeira. São mandados de otimização, a serem realizados na medida do possível, de acordo com a lei de ponderação.

Interessante notar que, se por um lado, a postura axiológica se aproxima de argumentos típicos do estado social, ao considerar que a constituição como uma ordem concreta de valores submetidos a critérios de ponderação, levando, inclusive à negação de direitos individuais em prol da coletividade; por outro lado, ela acaba por aproximar-se também do convencionalismo – e aqui faz-se referência sobretudo a Alexy e a compreensão do Tribunal Constitucional alemão – ao acreditar que um conjunto de regras de proporcionalidade são

¹²² GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista da informação legislativa**. a36, n.143, jul/set 1999. Senado Federal: Brasília, 1999. p.194.

¹²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 161.

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.494

capazes de conduzir os juízes a uma resposta racional, objetiva, acerca de qual “bem jurídico” deve prevalecer. Nessa medida, servem-lhe as mesmas críticas já dirigidas no primeiro capítulo ao convencionalismo.

O Judiciário brasileiro, como já pudemos observar nas análises das decisões acima mencionadas adotou, em certa medida, essa concepção axiológica do direito, compreendendo a constituição como ordem de valores a serem ponderados e realizados na medida do possível em casos concretos. O Supremo Tribunal Federal utiliza-se do método da proporcionalidade em inúmeros de seus julgados. O ministro Celso de Mello, na argüição de descumprimento de preceito fundamental n.45, através de *obter dictum*, já afirmou inclusive que o Judiciário é instância competente para a realização de políticas públicas:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito pela própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte [...].

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF. Despacho do Rel. Min. Celso de Mello. Argüição de Descumprimento de Direito Fundamental n.45-DF. DJ 04/05/2004).

Mais adiante, em seu voto, faz ainda o Ministro Celso de Mello menção expressa à reserva do possível como postulado orientador das decisões a serem tomadas pelo Judiciário em sede de direitos sociais, que deve levar em consideração questões relativas ao orçamento estatal. Não obstante, segundo o ministro, esse postulado só pode ser considerado óbice à realização do direito quando ocorrido “*justo motivo objetivamente aferível*”. Nesse sentido, o juiz que se encontra diante de um caso que envolva direitos sociais deveria levar em consideração a *razoabilidade* do pedido do requerente e a *disponibilidade financeira do Estado*.

Pelo exposto, fica clara a afinidade dos argumentos do Min. Celso de Mello com aqueles dos defensores de uma compreensão axiológica da Constituição, alinhada a uma orientação paradigmática típica do Estado Social.

Nesse sentido, a preocupação em conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais é patente tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais, como sugerimos até aqui. Em que pese o engajamento dessa corrente, não podemos nos furtar de apontar os riscos relacionados à essa compreensão dos direitos fundamentais como valores, mandamentos de otimização.

Curioso observar que Alexy, embora trate os princípios como sendo ponderáveis, passíveis de ser realizados em alguma medida, reconhece que há diferenças entre princípios e valores. Segundo ele, princípios são conceitos deontológicos, que tem como característica a explicitação de uma obrigação ou de

uma proibição, isto é, de um dever ser. Por outro lado, valores são conceitos axiológicos, não pautados pelo dever ser, mas sim pela noção do “bem”¹²⁵.

Porém, a partir do momento em Alexy vê como possível a ponderação dos princípios constitucionais, entra em contradição, uma vez que estes deixam de operar na lógica binária característica dos mandados de dever-ser (devido/não devido), abrindo margem para que estes se reduzam à condição de valores, realizados em menor ou maior grau, de acordo com o critério da preferibilidade (bem), do que é melhor para a sociedade. Nesse sentido, vale observar a colocação de Marcelo Galuppo sobre o tema:

Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios). Alexy esvazia os princípios jurídicos de sua função prescritiva quando fala em uma precedência (mesmo que condicionada) de um princípio normativo sobre outro, em razão do seu peso, pois, seguindo a definição de Lalande, os valores indicam muito mais o registro de uma preferibilidade em um grupo social do que um dever para esse mesmo grupo, o que implica a possibilidade de concebê-los de forma hierarquizada¹²⁶.

Uma vez assumida essa postura axiologizante do direito, este deixa de ser pautado pela correção, passando a ser compreendido numa lógica de adequação de meios a fins (racionalidade instrumental)¹²⁷. A partir daí, o papel do poder judiciário deixa de ser o de garantir direitos pré-estabelecidos pela

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.140-141.

¹²⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista da informação legislativa**. a36, n.143, jul/set 1999. Senado Federal: Brasília, 1999. p.196.

¹²⁷ Nesse aspecto, acaba por aproximar-se das correntes pragmáticas e utilitaristas, buscando objetivos políticos tais como o bem estar econômico (o financeiramente possível). Conferir HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.249.

comunidade e passa a ser o de aplicá-los na medida em que realizem um *bem* à sociedade. Ocorre porém que, diante da pluralidade das formas de vida típicas do Estado moderno, não se pode mais falar em uma concepção homogênea da noção do que é bom, do que é melhor para nós. Isso só pode ser definido pela própria comunidade, a partir de um processo de justificação normativa que assegure a oportunidade de participação de todos os afetados. A adoção da postura axiológica abre, portanto, uma possibilidade de que o Judiciário arrogue para si a competência para o tratamento de matérias próprias ao Poder Legislativo¹²⁸, jogando por terra um dos princípios basilares do estado democrático de direito: a separação dos poderes¹²⁹.

Acreditamos que essa postura, apesar de ter trazido contribuições para a aplicação de vários direitos sociais, na medida em que permitiu aos juízes uma postura mais “ativista” no que diz respeito à realização desses direitos, não responde de forma satisfatória à complexidade da comunidade em que atualmente vivemos, uma vez que, *ao utilizar-se de argumentos típicos do paradigma do Estado Social*, coloca em risco toda uma conquista resultante do processo de aprendizado vivido no último século, colocando em cheque a compreensão de

¹²⁸ Halmilton, Madison e Jay, influenciados por Montesquieu, já alertavam, em seus artigos, os riscos de um juiz acumular simultaneamente poderes jurisdicionais e legislativos. Nesse sentido, cf. HALMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Artigo 47. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p.300.

¹²⁹ Apesar de falar mais precisamente dos adeptos ao movimento *Critical Legal Studies*, Vera Karam de Chueiri faz importante observação, pertinente à postura axiológica, sobre a compreensão do direito que se sucedeu, em grande medida, à visão tipicamente convencionalista do Estado Liberal: “In this sense judges act as future-oriented politicians what would put in risk the consistence of their decisions and the legal certainty that supports the legal system. For, judges deploy a selection of arguments of policy than normative arguments for justifying their decisions, which are not taken on the basis of the established law, but mainly on the basis of their discretion”. CHUEIRI, Vera Karam. **Before the law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience) (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida)**. Ann Arbor: UMI, 2005. p. 177-178.

povo como fluxo comunicativo, ao pretender substituir o órgão deliberação política por decisões judiciais tomadas por um tribunal sem legitimidade democrática. Dessa forma, tal postura desconsidera a importância do processo legislativo e a discussão pública de temas de relevância central para os indivíduos que compõem essa comunidade.

É curioso observar que o próprio Canotilho, em seu prefácio à segunda edição do livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” foi capaz de reconhecer que após a experiência vivida no Estado Social, não há mais como acreditar em um dirigismo constitucional, que deposite todas as suas crenças na força transformadora das normas constitucionais¹³⁰. O problema inerente ao direito não é simplesmente uma questão semântica, uma questão de texto. Trata-se também de postura dos cidadãos, que devem entender-se como participantes de uma comunidade fraterna, que se submetem voluntariamente aos princípios jurídicos que reconheceram e reconhecem, através de um constante processo de discussão pública, como normas que regem essa comunidade.

Ademais, a redução dos princípios a valores realizáveis em qualquer grau, de acordo com seu *peso*, esvazia completamente a estrutura deontológica inerente às normas jurídicas. Estas deixam de ter sua estrutura binária, permitindo assim que argumentos alheios ao direito (argumentos políticos, morais, religiosos e econômicos, por exemplo) – que não deveriam ter primazia – a ela (a norma) possam se sobrepor.

¹³⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. V-XXXII.

É nesse contexto que Habermas afirma que “na medida em que um Tribunal Constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”¹³¹.

Desta forma, pode-se dizer, com base em Ronald Dworkin, que entender princípios como mandamentos de otimização e, conseqüentemente, compactuar com a possibilidade de “cumprir apenas em alguma medida” um direito fundamental em detrimento de outro tendo em vista uma ponderação dos valores a eles subjacentes é não levar os direitos a sério, permitindo que se negocie com eles – o que se afigura impossível para Dworkin, em se tratando de uma questão de princípio¹³² –, como se mercadorias fossem, eliminando o seu caráter de trunfos frente a decisões políticas¹³³. Isso mina definitivamente a comunidade de princípios a que Dworkin se refere, lastreada pelo ideal de integridade. Não existe mais respeito a um sistema coerente de princípios. Estes foram transformados em meros *topoi*, podendo sucumbir a quaisquer argumentos de outra ordem.

Os princípios são normas, e, portanto, dotados de conteúdo deontológico. Ainda que muitas vezes materializem valores, isso não lhes retira o caráter de normas. O direito tem um código binário, e não admite que determinadas normas só se realizem “na máxima medida possível”. Isso só é

¹³¹ HABERMAS, Jurgem. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. V.1. 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 321-322.

¹³² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.217.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.

possível para os valores¹³⁴. Normas operam na medida do devido; valores, na medida do “bem”. Nesse contexto, oportuna é a lição de HABERMAS:

Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. [...] Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis de tensões.¹³⁵

Ao que se vê, a perspectiva em análise, ao menos no ponto em que vê na Constituição uma ordem concreta de valores, é por demais arriscada. Quem diz quais são e quanto importam esses valores? Por mais que a proposta de ponderação alexyana tenha a pretensão de ser um método racional e objetivo de solução de colisão entre princípios e de controle das decisões (para Alexy o irracionalismo constitui, de fato, subjetivismo, decisionismo) fica claro, a partir das críticas direcionadas à sua teoria, sobretudo por Habermas, a que ponto pode chegar o excesso de racionalismo. Por paradoxal que possa parecer, ele – o excesso de racionalismo – leva ao extremo oposto: à irracionalidade. Com efeito, essa concepção pode acabar por desviar o parâmetro para a solução dos casos concretos da Constituição para os pontos de vista do aplicador, tendo por base seu juízo de ponderação.

¹³⁴ Günther observa que, ao admitir que a solução para a “colisão” entre princípios é a ponderação, está-se os equiparando a valores ou bens, pois só estes podem ser objeto de ponderação. (GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica”. **Revista Doxa**, n. 17/18, 1995. p.290-291. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml> Data de Acesso: 21/04/2005.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. V.1. 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 317.

Pelo exposto, podem-se observar os perigos inerentes a essa proposta, ameaçadora, a nosso ver, ao Estado Democrático de Direito, fundado essencialmente no respeito à divisão de poderes e na defesa intransigente da efetividade dos direitos fundamentais.

O Judiciário tem papel de extrema importância no Estado Democrático de Direito: aplicar normas a casos concretos. Mas não pode, em hipótese alguma, ter a pretensão de substituir-se ao legislativo. Se não há política pública consistente para a saúde, é dever da sociedade, como um todo, pressionar os órgãos competentes para que a concretize. Ninguém pode substituir esse papel. Nenhum magistrado pode ter a pretensão de ser tutor da sociedade, substituindo-a, “doando-lhe cidadania”, uma vez que esta só pode ser conquistada a partir de seu exercício. A constituição não pode, através dos direitos sociais, substituir a política. A grande contribuição que um órgão aplicador do direito pode dar nesse tipo de situação é reconhecer os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. E se há um direito coletivo à saúde, inevitavelmente há um direito subjetivo à saúde, a ser reconhecido e garantido caso a caso. É garantindo o direito à saúde individualmente que o judiciário acaba por forçar a atuação do legislativo e do executivo para a elaboração das políticas sociais adequadas.

Isso deixa claro que o poder de convencimento típico do Estado Social também restou fragilizado. Ao contrário do que se pensava na época, ele não deveria implicar na simples substituição do paradigma anterior (Estado Liberal). Como bem assevera Habermas, com a crise do Estado Social percebe-se que os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não podem ser mutuamente excludentes:

Durante a controvérsia do Estatuto e do valor posicional da cláusula relativa ao Estado social na arquitetura da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, desencadeada no início dos anos 50 entre especialistas em direito do Estado, um lado simplesmente negava o que o outro defendia insistentemente. Tratava-se de escolher entre dois paradigmas concorrentes. E a premissa tácita, segundo a qual esses dois paradigmas são mutuamente excludentes, passou a ser questionada a partir do momento em que o Estado social, estabelecido com sucesso, deixou transparecer efeitos colaterais disfuncionais. Do ponto de vista jurídico, um dos aspectos particularmente inquietantes da “crise do Estado social” residia na “insensibilidade” das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à “cegueira social” do direito formal burguês.¹³⁶

Cabe ressaltar aqui que, se por um lado, os direitos consagrados nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social não são mutuamente excludentes, por outro, sua relação não é de simples justaposição. Ou seja: os direitos garantidos pelo paradigma do Estado Social não constituem uma segunda fase meramente justaposta à primeira. Na verdade, a cada mudança paradigmática o que se opera é uma releitura, uma reinterpretação dos mesmos direitos fundamentais, quais sejam, liberdade e igualdade. Todos os direitos chamados sociais, assim como os chamados individuais, decorrem desses dois princípios basilares, que são constantemente ressignificados.

A fragilidade argumentativa deste tipo de visão substancial do direito, e, portanto, da Constituição, pode ser percebida no curso da própria jurisprudência, que muitas vezes, embora utilize argumentos típicos do estado social, acaba por reconhecer o direito no caso concreto, ao invés de, como vimos acima, negá-lo com base em critérios de ponderação:

Mandado de Segurança. Assistência Médica. Impetrante portador de transtorno bipolar. Dever do Estado de Minas Gerais, como gestor do SUS, de

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 125.

prestar a assistência necessitada pela impetrante. Problema médico que demanda recursos e providências razoáveis e passíveis de serem fornecidos pelo Estado. (TJMG. Mandado de Segurança n. 1.0000.06.438568-5/000-1. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Jarbas Ladeira. Julgado em 04/10/2006).

Em sua fundamentação, o relator do acórdão ressalta que tem se posicionado no sentido de deferir o pleito do impetrante quando as providências exigidas no mandado de segurança forem razoáveis, passíveis de serem tomadas pelo Poder Público sem excessiva oneração do SUS. Para ele, a garantia do direito à saúde só pode existir em termos, pelo fato de o Estado não gozar dos recursos financeiros necessários a garantir a saúde a todos. É nesse sentido que ele afirma que “a teoria constitucional é louvável, mas a prática administrativa e constitucional já provou que várias das normas contidas na constituição federal são de exercício absolutamente inviável”.

Apesar da linha de raciocínio acima exposta, o tribunal, através do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, nos termos do voto proferido pelo relator, acaba por deferir a concessão de medicamento exigida pelo impetrante. Ou seja: não obstante a menção à limitação dos recursos estatais e ao caráter muitas vezes “simbólico” das normas constitucionais, os juízes acabam por deferir o pedido do impetrante. E o fazem porque, ao se depararem com o caso concreto, vêem que a saúde, ou melhor, a vida do requerente depende da ação estatal no sentido de conferir-lhe os medicamentos necessários.

A decisão, portanto, é fundada num argumento de princípio, num direito. Esse argumento é tão forte, que não cede diante de todas as questões que

envolvem as finanças do estado. Ainda que de forma não deliberada, os juízes foram contaminados pela integridade, na medida em que percebem que direitos são barreiras, são trunfos contra argumentos econômicos e argumentos da política.

Outros dois casos que envolvem a mesma discussão foram decididos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REDE PÚBLICA DE SAÚDE. POPULAÇÃO CARENTE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 196, INC. VII, E 23 INC.II) E PELA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL (ARTS. 204 E 207). RESERVA DO POSSÍVEL.

I – A saúde é direito de todos e dever do Estado, constitucionalmente assegurado e disciplinado, que implica na garantia, em especial à população carente, de acesso gratuito a medicamentos. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

II – Sendo público e notório que a deficiência do serviço deve-se à desídia da Administração Pública, resulta inaplicável o princípio da reserva do possível.

III – Recurso improvido.

(TJDF. Apelação Cível n. 2005.01.1.031524-3. Primeira Turma Cível. Rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves. Julgado em 08/11/2006).

Nesse caso, o requerente (e apelado) é portador do vírus HIV e pleiteia o fornecimento gratuito, pelo Distrito Federal, de medicamentos específicos para o controle da doença. O pedido foi deferido em primeiro grau de jurisdição, dando ensejo ao apelo por parte do Distrito Federal. Este, Federal, em suas contrarrazões, argumentou que o fornecimento do medicamento exigido pelo requerente dependeria de políticas públicas a serem definidas pelos poderes legislativo e executivo, de acordo com as possibilidades financeiras do Poder Público, e que, portanto, o Judiciário não seria competente para deferir o pedido pleiteado, sob pena de invadir, de forma ilegítima, a esfera de competência dos outros poderes do Estado.

Na discussão do caso, a decisão da primeira turma foi permeada por argumentos de sorte diferente. O Desembargador Natanael Caetano defendeu a importância de, em casos como o trazido pelos autos, ponderar os bens colocados em conflito. Nesse sentido, os magistrados deveriam levar em consideração a gravidade da moléstia em questão, o alto custo do medicamento e a indisponibilidade de recursos por parte do apelado.

Em que pese ter mencionado elementos tais como o custo dos medicamentos e as possibilidades financeiras do Distrito Federal, o desembargador mencionado acabou por entender que no caso em análise não seria possível que o direito à saúde fosse transposto por esses argumentos. Aqui, mais uma vez, podemos perceber a força dos princípios constitucionais diante de argumentos alheios ao direito. Em que pese haver, na linha argumentativa do desembargador, uma equiparação de direitos a valores, ponderáveis e passíveis de serem preteridos em relação a argumentos financeiros, por exemplo, o que acaba por prevalecer é o direito à saúde. Daí podemos observar que, pelo menos no tocante a casos que envolvem o direito individual à saúde, o princípio da reserva do possível não é argumento forte o suficiente a ponto de inviabilizar a garantia de tal direito.

O relator do acórdão, em seu voto, reconheceu ser direito incontestado do cidadão receber gratuitamente o medicamento necessário ao tratamento de sua moléstia. Com base no art. 196 e no repertório jurisprudencial sobre o tema, o magistrado afastou a aplicação do princípio da reserva do possível, mostrando, de forma clara, a fragilidade que esse argumento ostenta atualmente:

Anote-se, por fim, que a escusa de que vem encontrando dificuldades em face dos limites orçamentários e das políticas públicas, sustentada pelo Distrito Federal para justificar sua desídia, não se presta ao fim colimado, na medida em que denúncias de má gestão do dinheiro público nesse setor são corriqueiras, seja por desvio das verbas destinadas à saúde ou mesmo pela deterioração de medicamentos e equipamentos sob a guarda do Poder Público.

Também por essa razão não cabe aqui invocar a aplicação do princípio da reserva do possível, muito menos argüir que a procedência do pedido, na espécie, configuraria usurpação das funções precípua da Administração Pública pelo Poder Judiciário, em ofensa à separação dos poderes, porquanto é direito magno do cidadão recorrer à tutela jurisdicional para ver garantido o atendimento de necessidade tão primária, mas vital, que lhe é assegurada pela Constituição Cidadã, cumprindo à justiça desempenhar com esmero o papel de solucionar democraticamente os conflitos.

O fundamento do relator para obrigar o Estado ao fornecimento de medicamento a portador do vírus HIV levanta um ponto central na discussão sobre a eficácia dos direitos sociais: em que pesem se tratar de direitos que requerem políticas públicas consistentes para torná-los efetivos, isso não lhes retira o caráter de direitos fundamentais. Estes, como determina o art. 5º, §1º da Constituição Federal, são imediatamente aplicáveis. E o órgão competente para a aplicação do direito ao caso concreto é o Judiciário.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios teve a oportunidade de avaliar ainda um outro caso em que, apesar de se falar em reserva do possível, acabou-se por reconhecer o direito subjetivo à saúde:

AÇÃO COMINATÓRIA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO DISTRITO FEDERAL. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFETIVIDADE E DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. EFICÁCIA IMEDIATA. ARTIGO 5º, §1º, CF/88.

1 – As normas definidoras de direitos fundamentais, como se qualificam o direito à vida e à saúde, gozam de eficácia imediata e não demandam como pressuposto de aplicação a atuação do legislador infraconstitucional, consoante o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, em nome da máxima efetividade e da força normativa da Constituição. Precedentes específicos do Supremo Tribunal Federal.

2 – Apelação e remessa improvidas.

3 – Sentença mantida.

(TJDF. Apelação Cível e Remessa de Ofício n. 2005.01.1.134186-8. Primeira Turma Cível. Rel. Des. Cruz Macedo. Julgado em 27/09/2006).

Nesse caso, assim como no primeiro, apesar de o relator ter feito menção expressa ao princípio da reserva do possível, e à necessidade de se levar em consideração as possibilidades financeiras do Estado, o pedido do portador de HIV acabou sendo acolhido, para obrigar o Distrito Federal ao fornecimento de medicamentos. Assim, de acordo com a argumentação do desembargador relator Cruz Macedo:

É certo que se deve tomar em consideração, na tarefa de concretização dos programas normativos, as reservas do financeiramente possível, dentro dos limites que o orçamento enseja. Contudo, nenhuma demonstração inequívoca se apresenta nos autos de que a concessão da ordem venha a provocar danos à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública.

Embora adote uma postura axiológica nessa passagem do voto, logo adiante o relator utiliza-se de um argumento condizente ao Estado democrático de direito:

Também não há que se falar que a sentença recorrida viole o princípio da separação dos poderes, uma vez que o administrador público não goza de liberdade para negar cumprimento aos direitos fundamentais, pois acima do princípio da legalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal está o princípio da constitucionalidade, que, no caso, impõe a imperiosa observância e a efetividade dos direitos à vida e à saúde.

O relator faz ainda interessante colocação ao enfrentar os argumentos segundo os quais fornecer os medicamentos na situação individual incorreria em ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que estaria privilegiando uma única pessoa em detrimento de todas as outras que são usuárias do Sistema Único de Saúde:

Nesse caso, não há que se falar em ofensa à isonomia e à impessoalidade, notadamente porque, se existem terceiros na mesma situação, deve-se-lhes assegurar o mesmo tratamento dispensado pela sentença, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

Diante do exposto – sobretudo da última decisão mencionada –, é possível perceber que houve uma mudança na compreensão de direito subjacente à fundamentação dada pelos juízes em sua fundamentação. Neste último caso, como pudemos observar, o juiz não entende mais que o judiciário deve substituir-se ao legislativo para realizar políticas públicas em seu lugar, dada a sua negligência com relação ao direito à saúde. Ao contrário, o juiz argumenta que não se pode confundir a função jurisdicional, de aplicação do direito, com a função legislativa, de justificação das normas jurídicas.

CAPÍTULO III

**A RELEITURA PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO INDIVIDUAL A
MEDICAMENTOS SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL**

Essa fundamentação, a nosso ver, aponta para o reconhecimento de um outro paradigma vigente, que não o do estado social. Esgotado o poder de convencimento de argumentos típicos dessa postura axiológica, outros argumentos surgem, para tentar oferecer respostas satisfatórias a diversas questões – e no nosso caso específico, ao direito à saúde.

Nesse paradigma, – o do Estado Democrático de Direito – ao contrário do que acontece nos anteriores, não há mais um duelo entre autonomia privada e pública, como bem observa Habermas:

[...] o paradigma procedimental do direito resulta de uma controvérsia acerca de paradigmas, partindo da premissa, segundo a qual o modelo jurídico liberal e o do Estado social interpretam a realização do direito de um modo *demasiado concretista, ocultando* a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretada caso a caso¹³⁷.

Aqui não existe mais uma identificação entre o público e o estatal. O primeiro passa a ser muito maior do que o segundo, incluindo associações de defesa de direitos, entidades de proteção ao meio ambiente, entre outros. Nessa relação entre público e privado, a marca essencial é que não há contradição ou primazia de um sobre o outro. Autonomia pública e autonomia privada são eqüiprimordiais, complementares.

Ademais, a interpretação do direito assume conotações muito diferentes. Como observa Menelick de Carvalho Netto:

Os denominados direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que se reconhecem como livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.183.

direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista¹³⁸.

Aqui o juiz não está mais adstrito a critérios “objetivos” de interpretação, a fórmulas mecânicas que o levem a uma decisão específica. Com o giro hermenêutico e o giro pragmático, o homem toma consciência da precariedade de seu saber, e da impossibilidade de transformar as chamadas ciências do Espírito em ciências matemáticas. O sistema jurídico não é mais composto apenas de regras, mas de regras e princípios. O juiz deve tomar esses princípios como normas jurídicas, e levá-las em consideração na sua decisão. Assim, sua atividade não se resume mais a uma simples subsunção. Por outro lado, não é, tampouco, a substituição dos demais poderes. Sua atividade é muito mais complexa. Ele tem de identificar o conjunto de princípios que rege essa comunidade na qual ele se insere, e a partir disso construir a sua decisão. A definição da norma aplicável só pode ser feita no caso concreto. É a partir de cada caso que o juiz reconstrói o conjunto de princípios que regem a comunidade. A história institucional também assume grande relevo.

Dado esse incremento na compreensão do direito, nova leitura se faz do princípio da separação dos poderes. Se por um lado, o juiz não é mais a boca da lei, ou não possui mais métodos objetivos que o levem a um resultado específico, por outro, ele deve ser consciente de que sua atividade não se confunde com a do legislador. Ele aplica direitos, e não os cria. Ele não possui um

¹³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.37.

“poder discricionário”, como queriam os positivistas. Há uma única resposta correta para cada caso concreto. Ele está vinculado ao direito e aos princípios que o regem. Daí a importância da distinção entre justificação, que é o momento da produção da norma jurídica através de processos deliberativos institucionalizados, e aplicação, que é a tarefa do juiz quando se encontra diante de um caso concreto. Princípios não se confundem com argumentos econômicos, argumentos de política ou de outra sorte. Princípios são direitos. A teoria do direito de Ronald Dworkin, nessa medida, é fundamental para uma melhor compreensão desse paradigma, por afigurar-se a ele compatível. Ela possibilita, a nosso entender, uma visão bastante proveitosa do direito, compatível com o paradigma do estado Democrático de Direito, que pode contribuir para respostas positivas na efetivação de direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, objeto central desta pesquisa.

Ao contrário de Alexy, Dworkin não pretende construir um procedimento heurístico que mecanicamente conduza por si só a resultados infalíveis. Ao contrário, até admite que juízes possam frequentemente discordar sobre questões de direito¹³⁹.

Como já alertado, a tese da única resposta correta dworkiniana não se confunde, de forma alguma, com a busca de verdades objetivas no sentido positivista, como se fosse possível testar empiricamente a linguagem de modo a encontrar, no texto legislativo, a leitura verdadeira.

Ao contrário. Dworkin está ciente das transformações ocorridas no seio da sociedade com o advento da modernidade e, sobretudo, com o giro lingüístico-

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.127.

pragmático. Antes as ciências sociais estavam sempre atreladas às ciências exatas (rígidas), procurando, com base sobretudo no pensamento iluminista, uma forma de a elas se equiparar. E uma das tentativas de atingir esse objetivo foi através do controle da linguagem, isto é, através de retirar da comunicação, dos textos, toda a ambigüidade, obscuridade, tornando-a – a linguagem – completamente clara e objetiva.

Acontece, porém, que esse projeto nasceu fadado ao insucesso, Isso simplesmente pelo fato de que a linguagem é incontrolável. A cada vez que se tentou controlar a linguagem ela só se mostrou cada vez mais arredia. De modo que hoje, sobretudo após o giro hermenêutico, as ciências sociais têm consciência disso, e sabem que ciência é um saber que se sabe precário, e que nós não somos capazes de controlar a linguagem, até porque nós somos linguagem, e é ela que pode nos controlar.

A tentativa do Estado Liberal, como pudemos observar no primeiro capítulo foi claramente uma tentativa de controlar a linguagem, de forma a produzir textos legislativos perfeitos, que trouxessem total segurança à sociedade, na medida em que os juízes só se limitariam a aplicar – através de um processo de subsunção – aquilo contido nas regras estabelecidas de antemão. Assim não haveria surpresas.

Porém, como vimos, é ilusão imaginar que não há surpresas ainda que se utilize esse tipo de método. Sim, porque a solução de casos concretos através desse método incorre sempre num decisionismo, uma vez que textos não dão conta de regular nada por si sós. Se assim fosse, hoje já não existiriam juízes, mas apenas máquinas em seu lugar. Contudo, não é assim. E não é assim porque a

atividade do juiz é essencial. É ele quem tem de interpretar a norma. E o desejo de segurança jurídica também não pode nos remeter à ilusão de buscar uma pretensa intenção do autor, como propugnam os autores chamados “originalistas”.

A atividade do juiz é a de interpretar. Interpretar textos de lei aprovados por um legislativo democraticamente legitimado; interpretar a constituição, onde está erigido o conjunto de princípios que constituem uma verdadeira comunidade, a nossa comunidade. Essa tarefa não é simples. Como já observado, cabe ao juiz, analisando as peculiaridades do caso, e sempre tendo em vista os princípios jurídicos, buscar a melhor solução possível naquela situação.

Assim, a resolução dos casos analisados no decorrer deste trabalho não pode ser definida pela mera subsunção de uma regra jurídica a um caso concreto, e nem ao estabelecimento uma ponderação entre o direito à saúde e interesses econômicos. A aplicação do direito à saúde deve decorrer, ao contrário, como resultado da melhor teoria de *todos* os princípios aplicáveis¹⁴⁰. E esse resultado só pode ser atingido através do processo interpretativo.

Há de se levar em consideração que em uma comunidade fundada em princípios que, em tese, podem ser contraditórios, todos podem levantar suas pretensões apoiando-se em um deles. Porém, uma decisão não pode ser tomada como correta pelo simples fato de estar apoiada em princípios válidos, mas porque estes princípios, dadas as circunstâncias específicas do caso concreto, foram

¹⁴⁰ GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”. **Revista Doxa**, n. 17/18, 1995. p.291. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml> . Data de Acesso: 21/04/2005.

aplicados *adequadamente*¹⁴¹. Vale mencionar contribuição de Günther nesse ponto:

Los participantes en un discurso de aplicación se respetan mutuamente como personas que comparten *unos com otros* principios válidos y normas. Este respeto tan solo se expresa cuando cada cual considera los principios que colisionan entre sí en una situación en la búsqueda común de una teoría uniforme.¹⁴² (Grifos do autor)

Há decisões, no repertório jurisprudencial brasileiro, que estão em perfeita consonância com essa concepção principiológica do direito¹⁴³. Nelas, o direito à saúde não é visto apenas a partir da literalidade do texto constitucional, mas é considerado um princípio jurídico, integrado a um conjunto de outros princípios que regem a comunidade. Vale conferir, nessa linha, a fundamentação do acórdão prolatado pela primeira turma do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n. 325337/RJ, pelo Ministro relator, José Delgado. Trata-se de caso em que se pleiteava o fornecimento gratuito de medicamento a portador do vírus HIV:

“A *quaestio* é posta ao pregão dos dispositivos constitucionais que se consubstanciam nos arts. 5 e 196 da Carta Política (o direito ao sopro da preservação da vida).

[...]

Portanto, é dever do Estado, imposto constitucionalmente, garantir o direito à saúde de todos os cidadãos. Tal norma não é simplesmente programática, mas também definidora de direito fundamental e tem aplicação imediata. A saúde é um direito assegurado constitucionalmente às pessoas, dado que inerente à vida, e o direito à vida é assegurado pela Lei Fundamental (art. 5º

¹⁴¹ GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”. **Revista Doxa**, n. 17/18, 1995. p. 277. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Data de Acesso: 21/04/2005.

¹⁴² GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”. **Revista Doxa**, n. 17/18, 1995. p. 292. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>. Data de Acesso: 21/04/2005.

¹⁴³ Conferir: STJ – ROMS 17903/MG, Relator Min, Castro Meira – Julgado em 10/08/2004 (DJ 20/09/2004 p.215); TJMG – MS 1.0699.04.037062-8/001(1) – Relator Des. Antônio Hélio da Silva – Julgado em 08/09/2005 (DJ 22/09/2005); TJDF – APC/RMO 2003.01.1.060038-3 – Relator Des. Sérgio Rocha – Julgado em 14/11/2005.

da CF), de aplicabilidade imediata ao teor do disposto pelo parág. 1º do art. 5º da Constituição Federal.

A carta Estadual, recepcionando a diretriz da Lei Maior (art.284 da CF), respalda, de forma expressa, a pretensão dos autores, ao dispor que: “A assistência farmacêutica faz parte da assistência global à saúde, e as ações a ela correspondentes devem ser integradas ao Sistema Único de Saúde, garantindo-se o direito de toda a população a medicamentos básicos”. (art.296, C.E.)

[...]

Não há que se falar em ausência de previsão orçamentária, mero quadro organizatório, e de valor constitucional de somenos densidade em comparação com o direito à saúde, no dizer do ilustre magistrado e professor Nagib Slaibi Filho, e tampouco em voilação ao princípio da independência dos poderes, posto no dever que tem a autoridade judiciária de reparar uma lesão de direito (art. 5º, XXXVI da C.F.).

[...]

Não vejo como possível limitar o fornecimento dos medicamentos ao rol constante da Portaria Ministerial, posto que cada paciente é avaliado individualmente e, conforme seu estado clínico, é medicado de acordo com essa medicação, ou seja, com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Se a combinação de medicamentos, pela autoridade da chancela médica que a prescreve, é o melhor para o tratamento de determinado paciente, não pode o fornecimento desses medicamentos ficar limitado ao convencionado pelo Ministério da Saúde”.

Ao contrário do sustentado nos acórdãos que adotam a postura axiológica, a decisão acima não trata o direito à saúde como um bem ponderável, suscetível de ceder a argumentos não jurídicos, tais como o princípio da reserva do financeiramente possível. Ao contrário, o que acontece nesse caso é o reconhecimento do direito fundamental à saúde como um princípio, que funciona como barreira contra pretensões de ordem político-econômica, tal como Dworkin os compreende. Ao mesmo tempo que o relator rejeita o argumento de que o coletivo deve necessariamente sobrepor-se ao individual, reconhece que direitos não se confundem com o exposto no texto normativo. São fruto de um processo interpretativo, e exigem um caso concreto que possibilite enxergar se, naquele caso, o princípio é adequado. Nessa medida, há uma preservação da separação dos poderes, uma vez que matérias de deliberação legislativa (a discussão sobre

qual política econômica ou financeira o Estado deve adotar) não são invadidas pelo judiciário. Ao mesmo tempo, o juiz recusa-se expressamente a adotar uma postura convencionalista, utilizando-se do argumento de que existem direitos implícitos, não necessariamente expressos na literalidade do dispositivo constitucional.

Essa postura está em conformidade com a teoria do direito como integridade dworkiniana, pois leva em consideração as decisões tomadas no passado (pelos constituintes, pelo legislador, e até mesmo pelos juízes que decidiram anteriormente sobre o caso), e ao mesmo tempo, porém, mantém-se fiel a uma leitura principiológica da constituição, compreendendo-a como um sistema aberto, capaz de dialogar com a realidade, e se adequar a cada situação vivida concretamente.

A integridade no direito exige, sobretudo, que não se trate desigualmente pessoas sem uma razão específica para isso, ainda que em cada situação se aplique um princípio que, em si, seja coerente. As soluções conciliatórias – típicas de uma postura axiológica – fazem justamente o que a integridade condena.

Segundo Dworkin,

Se é preciso chegar a um meio termo porque as pessoas estão divididas sobre a justiça, o acordo deve ser externo, e não interno; é preciso chegar a um acordo sobre o sistema de justiça a ser adotado, em vez de um sistema de justiça fundado em concessões ¹⁴⁴.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.218.

Assim, as conciliações internas são incompatíveis com um Estado que aceita a integridade como um de seus ideais, pois este deve endossar um conjunto de princípios para justificar *todos* os seus atos.

Além de evitar as soluções conciliatórias, a sociedade regida pela integridade, e fundada, portanto, numa comunidade de princípios coerentes, possibilita que as pessoas não se limitem a seguir regras explícitas estabelecidas pelo legislativo, mas também todas as regras que decorrem dos princípios em que se funda esse Estado.

Percebe-se, ainda, como pode ser interessante esse ideal na justificativa do monopólio da força coercitiva¹⁴⁵. Isso pode ser explicado da seguinte forma: tendo por base um conjunto coerente de princípios, a integridade torna mais fácil a satisfação do ideal de autolegislação, uma vez que os cidadãos estão mais livres para a interpretação dos princípios e identificação das regras neles consubstanciadas. É nesse sentido a lição de Dworkin:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. [...] uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria¹⁴⁶.

O direito é um conceito interpretativo¹⁴⁷. Logo, a atitude interpretativa é fundamental. Eles – os cidadãos – deixam de ter o mero papel de obedecer a um

¹⁴⁵ CASTRO, Marcus Faro de. **Política e relações internacionais**. Brasília: UnB, 2005. p. 9 e 19.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.229.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p.11-12.

conjunto de decisões tomadas pela comunidade e passam a ter o dever de identificar o sistema de princípios que regem a comunidade e ser fiel a ele, seja participando ativamente da tarefa de justificação das normas, seja criticando as decisões públicas¹⁴⁸. Essa é, na visão de Dworkin, uma verdadeira comunidade, distinguindo-se das comunidades básicas, que se limita a satisfazer condições genéticas, geográficas ou históricas:

Assim, devemos ser cuidadosos ao distinguir entre uma comunidade “básica”, uma comunidade que satisfaz as condições genéticas, geográficas ou históricas identificadas pela prática social como capazes de constituir uma comunidade fraternal, e uma verdadeira comunidade [...]. As responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse. Estas não são condições psicológicas. Ainda que um grupo raramente as satisfaça ou sustente por muito tempo, a menos que seus membros realmente se sintam unidos por algum laço emocional, as condições em si não o exigem. O interesse que exigem é uma propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades [...], e não uma propriedade psicológica de algum número fixo dos verdadeiros membros. Assim, contrariamente ao pressuposto que parecia não admitir assimilação das obrigações políticas às obrigações associativas podem ser maiores e mais anônimas do que poderiam ser se houvesse a condição necessária de que cada membro ame todos os outros, ou mesmo que os conheça ou saiba quem são¹⁴⁹.

A verdadeira comunidade é, portanto, a comunidade de princípios, isto é, a que se deixa guiar pelo ideal da integridade, lastreado por um conjunto de princípios que os indivíduos se comprometem a respeitar:

O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, qual concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na

¹⁴⁸ CALSAMIGLIA, Albert. “El concepto de integridad en Dworkin”. **Revista Doxa**, n.12, 1992. p. 168.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 243-244.

qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam¹⁵⁰.

Assim, na compreensão do direito como integridade, a segurança jurídica e a objetividade assumem significados bem diferentes daqueles presentes no convencionalismo. Isso é bem observado por Paul Gaffney:

For now it is sufficient to note that for Dworkin, both conventionalism and integrity – in very different ways – provide for objectively correct legal answers and duties that bind the legal officials charges with the responsibility of upholding the law¹⁵¹.

Objetividade não se confunde mais com a existência de regras explícitas, matemática, que possibilitem a exata aplicação da lei com uma simples subsunção. A objetividade consiste no fato de que, como existe um conjunto de princípios que regem a comunidade, estes devem sempre servir de parâmetro para encontrar a resposta correta no caso concreto, e o indivíduo pode exigir do magistrado essa busca pela melhor resposta. E a segurança jurídica, conseqüentemente, consiste justamente na consciência de que a integridade sempre será respeitada para a resolução de conflitos de direitos.

A percepção de que estamos inseridos em contexto cujo pano de fundo permite uma nova compreensão acerca do direito, diferente daquelas desenvolvidas no decorrer do Estado Liberal e do Estado Social, é claramente aferível a partir de inúmeros julgados que adotam argumentos semelhantes ao do último caso analisado. Isso fica mais claro ainda, na medida em que, decisões que

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.254-255.

¹⁵¹ GAFFNEY, Paul. **Ronald Dworkin on Law as Integrity: rights as principles of adjudication**. Mellen University Press: Lewiston/Queenston/Lampeter, 1996. p. 120.

tomam por base fundamentos cujo poder de convencimento foi esgotado em momentos pretéritos, mostram-se extremamente inconsistentes, e acabam, na maioria das vezes, sendo reformadas por tribunais *ad quem*¹⁵². Isso atesta que a leitura principiológica da constituição já está incorporada, em grande medida, à compreensão do fenômeno jurídico pelo judiciário brasileiro. E poderemos observar, no próximo capítulo, a partir da análise dos casos que envolvem o fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores de HIV, como essa leitura oferece resposta mais satisfatória e convincente ao problema da efetivação do direito à saúde, sem, no entanto, transformar o poder Judiciário em um legislador concorrente.

3.1 O caso da AIDS: uma experiência produtiva da relação entre direito individual e políticas públicas

Nos capítulos precedentes pudemos observar que a visão de direitos fundamentais oferecida pelas posturas liberal-clássica e axiológica não oferecem respostas satisfatórias ao problema da eficácia do direito fundamental à saúde, tendo em vista que não levam em conta o processo de aprendizado vivido durante os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social. Da mesma forma, vimos que, em que pese os juízes/tribunais adotarem explicitamente argumentos típicos do Estado Liberal e do Estado Social, acabaram, ainda que intuitivamente,

¹⁵² Nesse sentido, conferir: No STJ: ROMS n.13.452-MG (2001/0089015-2) – Relator Min. Garcia Vieira – Julgado em 13/08/2002; REsp n.430.526-SP (2002/044799-6) – Relator Min. Luiz Fux – Julgado em 01/10/2002.

deferindo os pedidos de fornecimento gratuito de medicamento. Isso indica que, embora por vezes, ainda haja resistência, no âmbito da jurisprudência, em reconhecê-lo expressamente, vivemos sob a égide de um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito. Embora não seja definitivo, nem ofereça respostas a todos os problemas que enfrentamos na atualidade, é aquele que tem condições de explicar de forma mais satisfatória, na atualidade, questões não resolvidas pelos paradigmas anteriores.

O grande mérito desse paradigma consiste no fato de ser reflexivo, isto é, saber da existência de outros paradigmas e possibilitar-nos aprender com os erros do passado. Nesse sentido, a história, sobretudo nas crises do fim do século XIX e do século XX, nos mostrou que liberdade e igualdade não podem, de maneira alguma, ser compreendidas de forma egoística e anti-solidária. Por outro lado, a experiência advinda do Estado Social nos ensinou que direitos coletivos não podem simplesmente substituir direitos individuais. Pelo contrário, autonomia pública e privada possuem uma relação de complementaridade. O Estado por si só não é capaz de transformar a massa em cidadãos, mas tão somente clientes. A cidadania só é conquistada a partir do seu próprio exercício.

Nessa medida, o grande desafio da atualidade consiste em compatibilizar autonomia privada e autonomia pública, direitos fundamentais e democracia, direitos individuais e coletivos. Ao judiciário resta uma tarefa essencial: aplicar direitos, mas sem substituir o processo legislativo. Deve, ao mesmo tempo, respeitar as decisões pretéritas (constituição, leis, jurisprudência), mas com a abertura suficiente para a adequação do texto normativo ao contexto, à situação concreta. É nesse sentido que Habermas coloca que:

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente¹⁵³.

Assim,

O problema da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação do direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*¹⁵⁴. (Grifos do autor).

A solução desse impasse, a nosso ver, depende de uma leitura principiológica do direito. Nessa medida, a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin pode-nos ser bastante útil, pois ela possibilita uma visão extremamente proveitosa da relação entre direito e política, compatível com o paradigma do estado Democrático de Direito, que pode contribuir para respostas positivas na efetivação de direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, objeto central desta pesquisa.

Como já mencionado anteriormente, com a consideração dos princípios como normas jurídicas fundamentais, dotadas de força irradiadora e condicionante de todas as demais normas, a função do juiz deixa de ser meramente a de subsumir a regra ao caso concreto, e quando não existir regra clara, a de utilizar-se de um poder discricionário. A partir de agora, nos casos difíceis o juiz deve

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.246.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.247

buscar, a partir do conjunto de princípios que regem o ordenamento jurídico, a melhor resposta para cada caso. E ele faz isso aplicando direitos. O juiz tem o compromisso de levar em consideração esse conjunto de princípios sempre que tiver diante de si um caso concreto.

É nessa esteira que surge o ideal de integridade. Segundo Dworkin, paralelamente aos ideais de justiça (justice) e de imparcialidade (fairness), que constantemente são objeto de preocupação de filósofos do direito, há um outro ideal que rege a comunidade. É o ideal da integridade:

A política corrente acrescenta a esses conhecidos ideais um outro ideal que não ocupa um lugar específico na teoria axiomática utópica. Isso é às vezes descrito no clichê de que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida. Exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente, e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns. [...].

Essa exigência específica de moralidade política não se encontra, de fato, bem descrita no clichê de que devemos tratar os casos semelhantes da mesma maneira. Dou-lhe um título mais grandioso: é a virtude da integridade política¹⁵⁵.

A noção de integridade desenvolvida por Dworkin baseia-se em um suposto elementar, segundo o qual a comunidade possui uma feição personificada, isto é, existe como uma entidade distinta dos indivíduos que a compõem, podendo, portanto, assumir responsabilidades independentemente de cada um de seus cidadãos. Assim, ela é regida por seus próprios princípios, que não se confundem com os princípios morais seguidos por qualquer dos seus membros ou mesmo com os princípios morais da maioria. A integridade dessa comunidade depende do respeito aos princípios que a regem.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.201-202.

Pelo fato de não vivermos em uma sociedade ideal, não temos pessoas nem instituições completamente justas ou completamente imparciais¹⁵⁶. Desse modo, não raro, os ideais que inspiram as nossas práticas políticas (*justice* e *fairness*) entrarão em conflito. Nem sempre decisões imparciais serão justas, e tampouco se pode assegurar que decisões justas serão sempre obtidas de modo imparcial. Os conflitos entre esses dois ideais não podem simplesmente ser decididos com base na maioria, pois esse tipo de solução poderia trazer sérios problemas aos direitos individuais.

Logo, segundo Dworkin, tendo em vista que não vivemos nessa comunidade perfeita, há um outro ideal independente da justiça e da imparcialidade que permeia as nossas práticas. Trata-se da integridade, que muitas vezes nos exigirá que tomemos partido de uma lei que não seria necessária em uma sociedade perfeita. Esse ideal, que é essencial em nossa realidade, por vezes exigirá que sacrifiquemos um dos ideais em conflito acima mencionados (justiça ou imparcialidade)¹⁵⁷.

A integridade, justamente pelo fato de pressupor a personificação do estado como um agente distinto de seus indivíduos, condena, sobretudo, as decisões fundadas em soluções conciliatórias. E só esse ideal pode condená-las, pois não são reprováveis do ponto de vista da imparcialidade ou da justiça.

As soluções conciliatórias são imparciais, pelo fato de conferirem a todos o mesmo direito de decisão sobre uma determinada questão. Podem,

¹⁵⁶ Imparcialidade aqui tem o significado de jogo limpo, de respeito às regras do jogo pré-estabelecidas, garantindo igual respeito e consideração a todos no momento da tomada de decisões políticas (igualdade de influência política).

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.215

também, em certa medida, ser consideradas justas. Porém, ainda assim, não somos capazes de concordar com decisões desse tipo, pois acreditamos que elas contrariam princípios importantes. Não concordamos com essas decisões porque nos vemos inseridos em uma comunidade de princípios, fundada no ideal da integridade. E se é assim, nos parece absurdo buscar princípios diferentes para fundamentar decisões em casos semelhantes, sem que haja uma justificativa plausível para tratá-los de modo diferente.

Aliás, é nas decisões judiciais que iremos encontrar a comprovação do que o autor defende¹⁵⁸, isto é, uma compreensão de direitos fundada não em convenções (regras)¹⁵⁹ ou objetivos coletivos (políticas)¹⁶⁰ e soluções conciliatórias, mas em princípios jurídicos. O repertório jurisprudencial brasileiro está repleto de decisões que levam em conta uma leitura principiológica do direito.

Dentre elas, pudemos observar que as decisões utilizadas ao final do primeiro e segundo capítulos, apesar de fazerem menções expressas de posturas típicas do estado liberal e do estado social, acabam, intuitivamente, por seguir uma leitura principiológica da constituição, lastreada no princípio dworkiniano da integridade, resultando no deferimento de pedidos de concessão gratuita de medicamentos pelo Estado.

Esse capítulo dará especial atenção às decisões judiciais que envolvem a concessão de medicamentos a pacientes portadores do vírus HIV. A partir da experiência vivida nesses casos, podemos observar claramente como o poder

¹⁵⁸ Como o próprio Dworkin afirma, sua teoria é ao mesmo tempo descritiva e prescritiva.

¹⁵⁹ Essa é a tentativa do convencionalismo, como pudemos observar no primeiro capítulo, que se identifica, em grande parte, com o positivismo jurídico.

¹⁶⁰ Essa é a postura mais pragmática (ativista) defendida pelos adeptos da leitura axiológica do direito, que em muito se aproxima dos postulados do paradigma do Estado Social, conforme vimos no segundo capítulo.

judiciário possui uma função essencial ao assegurar, respeitando o princípio democrático, o fornecimento estatal de medicamentos a portadores do vírus HIV.

Para melhor aproveitamento, analisaremos a questão à luz de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que acabou tornando-se referência para o próprio tribunal no tratamento da questão do fornecimento de medicamentos a portadores de HIV. Trata-se de decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS¹⁶¹, posteriormente referendada de forma unânime pela Segunda Turma¹⁶², interposto pelo Município de Porto Alegre e pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de Diná Rosa Vieira. O relator do processo foi o ministro Celso de Mello.

Diná Rosa Vieira, portadora do vírus HIV, requereu ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que o Município de Porto Alegre e o Estado do Rio Grande do Sul fossem obrigados a fornecer-lhe os medicamentos necessários para o controle da doença, tendo em vista não dispor dos recursos financeiros necessários para arcar com tais despesas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sua decisão, acolheu o pedido da requerente, com fundamento no art. 196 da Constituição Federal e na Lei nº 9.313/96, atribuindo responsabilidade solidária ao Município de Porto Alegre, juntamente com o Estado do Rio Grande do Sul, no fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS. Insatisfeitos com a decisão, os requeridos recorreram ao Supremo Tribunal Federal, sustentando ofensa ao princípio da legalidade.

¹⁶¹ O inteiro teor está disponível em www.stf.gov.br. Data de acesso: 02/11/2005.

¹⁶² AGRRE 271286-8/RS. O acórdão resultou de agravo interposto pelo município de Porto Alegre da decisão monocrática. Disponível em www.stf.gov.br. Data de acesso: 02/11/2005.

Em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello não conheceu do recurso extraordinário, alegando ausência de um dos pressupostos recursais, qual seja, ofensa direta a norma constitucional. Embora o argumento para não conhecimento do recurso tenha sido processual, o ministro, em sua decisão, sustentou que, ainda que se entrasse no mérito do recurso, este não mereceria acolhida, pois

[...] o cumprimento do dever político constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento dos pleitos recursais ora deduzidos na presente causa. Tal como pude enfatizar [em decisão anterior], [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República [...], ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...] ¹⁶³.

Argumentou ainda o ministro que o caráter programático do art. 196 da Constituição Federal não poderia converter-se em promessa constitucional inconstitucional, estando o Poder Público obrigado a efetivar as prestações de saúde através das medidas e políticas públicas necessárias.

Por último, ressaltou a importância do papel do Judiciário e do Ministério Público na garantia de efetivação do Direito à Saúde, nas hipóteses em que o Estado não cumpra com os dispositivos constitucionais relacionados à saúde pública.

¹⁶³ RE 271286 / RS, julgado em 02/08/2000.

O município de Porto Alegre agravou dessa decisão, e o STF, em manifestação colegiada, reiterou os argumentos proferidos pelo Ministro Celso de Mello.

No caso em análise¹⁶⁴, tanto o Estado do Rio Grande do Sul quanto a portadora do vírus HIV levantaram pretensões fundadas em princípios válidos, quais sejam o direito à saúde e o princípio orçamentário.

Há de se ter em conta, porém, que o orçamento está submetido aos mandamentos constitucionais, e deve observar as prioridades estabelecidas pela Lei Fundamental na consecução das finalidades do Estado. As ações e serviços voltados à saúde são de relevância pública, conforme estabelece a própria Constituição em seu art. 197. Aliás, a importância desse direito fundamental fica clara ao observar que lhe foi dedicada uma seção exclusiva.

Ademais, há de se observar, que já havia, à época da apreciação do caso pelo STF, uma lei estadual (Lei 9.908/93) e uma federal (Lei 9313/1996), que obrigavam à concessão de medicamentos para pacientes portadores de HIV, desde que comprovassem a ausência de recursos suficientes para tais gastos sem afetar o próprio sustento, bem como o de sua família.

A existência da lei reforça a importância do direito à saúde, mas ainda que ela não existisse, se levássemos em consideração a teoria do direito como integridade, o STF teria o dever de reconhecer o direito da portadora de HIV naquele caso. Ao contrário, a utilização do convencionalismo, tal como exposta no primeiro capítulo inviabilizaria tal resposta, tendo em vista que tratar-se-ia de matéria ainda não discutida no órgão legitimado democraticamente, o poder

¹⁶⁴ O inteiro teor está disponível em www.stf.gov.br. Data de acesso: 02/11/2005.

legislativo. Por outro lado, a postura axiológica através da ponderação de valores, poderia resultar em decisões em ambos os sentidos, a partir da ponderação dos valores feita pelo ministro relator.

A teoria interpretativa de Ronald Dworkin possibilita, a nosso entender, uma visão bastante proveitosa do fenômeno jurídico, compatível com o paradigma do estado Democrático de Direito, que pode contribuir para respostas positivas na efetivação de direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, objeto central desta pesquisa. É a partir da compreensão dworkiniana do direito e da distinção entre argumentos de princípios e de política que Günther desenvolve a distinção entre os discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas, que, como já vimos anteriormente, nos permite dizer que, no âmbito da fundamentação judicial, as normas jurídicas, além de serem válidas, precisam ser adequadas à situação concreta¹⁶⁵.

Nesse sentido, os argumentos utilizados por ambas as partes do processo foram fundados, igualmente, em princípios válidos. A paciente portadora do vírus HIV pautou sua petição no respeito do direito fundamental à vida e à saúde, enquanto o Estado do Rio Grande do Sul buscou embasar sua concepção da situação no princípio orçamentário e no princípio da separação dos poderes. Porém, as circunstâncias reveladas no decorrer do processo levaram o ministro à conclusão de que, naquele caso, só aquele que consagra o direito à saúde poderia ser adequado.

Ainda que não houvesse leis regulando a matéria, entendemos a concessão de medicamentos como a resposta correta para o caso. Não se pode

¹⁶⁵ Nesse sentido, conferir supra p. 105 e segs.

olvidar que, apesar de dever ser pautada na Constituição, a ação do Estado, muitas vezes, e por questões diversas, deixa de fazê-lo. Sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, o Judiciário pode ter a importante função de forçar, ainda que por via indireta – pois o seu papel principal é o de resolver o conflito jurídico instaurado no caso concreto –, a atividade dos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de implementar as políticas públicas necessárias à consecução destes direitos.

Foi isso o que aconteceu no caso da concessão de medicamentos para pacientes portadores de HIV. A exigência do fornecimento de coquetéis anti-retrovirais tornou-se preocupação do poder judiciário a partir dos anos 90, quando pacientes soropositivos começaram a ajuizar ações visando a concessão, pelo estado dos medicamentos necessários ao controle da doença.

Inicialmente, a posição dos magistrados, de um modo geral, foi a de rejeitar sumariamente os pleitos, ao argumento de que o artigo 196 da Constituição Federal, que trata do direito à saúde, seria norma de natureza meramente programática¹⁶⁶. Posteriormente, com o tempo e o número crescente de casos que envolviam a concessão de medicamentos ou tratamentos levados ao poder judiciário, alguns juízes começaram a adotar uma postura diferente, passando a deferir os pedidos e, conseqüentemente, obrigando o estado a cumprir o mandamento de acesso universal e gratuito à saúde, incluindo inclusive a assistência farmacêutica¹⁶⁷.

¹⁶⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”. In: GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 201.

¹⁶⁷ A título de exmplo, cf: FELTRIN, Ricardo. “GAPA quer que estado dê novo remédio”. **Folha de São Paulo**, 17 de julho de 1996.

Uma vez adotada essa postura, e diante das pressões populares manifestadas, sobretudo, pelas organizações de portadores de HIV, foi colocado em votação um projeto de lei que garantiria o acesso gratuito aos coquetéis anti-aids. O surgimento desse projeto de lei mobilizou a burocracia estatal (sobretudo da área econômica), que pressionou o governo a não aprovar o projeto de lei. Não obstante, o projeto foi aprovado, dando origem à Lei n. 9.313, de novembro de 1996^{168_169}.

Esse processo deixa claro que, se por um lado os direitos sociais dependem fundamentalmente da mobilização dos poderes executivo e legislativo, responsáveis pela realização do direito coletivo à saúde, por outro, fica claro o quanto são essenciais os direitos individuais, que permitam à coletividade, a partir de cada um de seus membros, a reivindicar pelos seus direitos, inclusive junto ao Poder Judiciário. Este, ao garantir individualmente o direito reivindicado, acaba por chamar a atenção dos demais poderes sobre a sua situação de mora constitucional, levando-os a buscar soluções que tragam um impacto (financeiro) menor ao aparato Estatal.

Isso não significa que qualquer pretensão aduzida por uma pessoa fundada no direito à saúde será reconhecida pelos tribunais. Ao contrário, só o

¹⁶⁸ Para maior detalhamento desse processo, conferir os seguintes artigos jornalísticos: ULHOA, Raquel. "Presidente do senado apresenta projeto obrigando governo a fornecer medicação via SUS". **Folha de São Paulo**, 13 de julho de 1996; MOSSRI, Sônia. "Economia quer vetar distribuição de remédio". **Folha de São Paulo**, 29 de outubro de 1996; PINTO, Paulo Silva. "SUS terá que pagar remédio para portador de HIV". **Folha de São Paulo**, 25 de outubro de 1996; GAZIR, Augusto, FALCÃO, Daniela. "Governo começa a distribuir o coquetel". **Folha de São Paulo**, 28 de novembro de 1996; KUHN, Dione. "Justiça obriga governo a pagar cirurgia". **Folha de São Paulo**, 09 de agosto de 1994.

¹⁶⁹ Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. "Justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais no Brasil: desafios e perspectivas". **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 124.

caso concreto pode mostrar em quais situações trata-se de lesão ao direito à saúde ou ao princípio orçamentário.

Nesse sentido vale analisarmos interessante caso levado à quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Trata-se de apelação em mandado de segurança na qual o apelante buscava obter decisão que obrigasse a União a custear tratamento oftalmológico (para cura da doença retinose pigmentar) em Cuba.

Segundo o apelante, a retinose pigmentar não teria cura no Brasil, mas em Cuba essa doença é passível de tratamento. Juridicamente, fundou-se no direito fundamental à saúde, previsto na constituição como “bem jurídico indisponível”, devendo portanto, ser protegida por todos os meios. Disse ainda que “macular a saúde tendo em conta um interesse financeiro e secundário configuraria afronta constitucional”.

Em suas contra-razões, a União trouxe argumentos não fundados no princípio orçamentário, mas relacionados à ausência de eficácia comprovada do tratamento pretendido pelo apelante. Nesse sentido, aduziu a União que:

Por intermédio de ofício (1069/2002), o Conselho Brasileiro de Oftalmologia, órgão oficial da oftalmologia brasileira, filiado a várias associações respeitadas e de mesmo porte, posiciona-se contrário ao suposto tratamento, afirmando que ‘ainda não existe tratamento eficaz para retinose pigmentar embora o assunto seja continuamente discutido em vários fóruns do mundo’¹⁷⁰.

Com base nos argumentos e provas documentais trazidas aos autos, o Tribunal, através da 1ª Turma, decidiu pelo não provimento do apelo, tendo em

¹⁷⁰ TRF 1ª Região – Apelação em MS n.2006.34.00.004240-8/DF – Relator Des. Federal João Batista Moreira – Julgado em 04/10/2006.

vista que a pretensão do apelante fundada no direito à saúde foi abusiva, uma vez que não existe tratamento comprovadamente eficaz para a cura da doença que o acomete. Assim, exigir do Estado que arcasse com um tratamento no exterior, sem qualquer comprovação científica de sua eficácia, não configuraria respeito ao direito à saúde, mas sim ofensa ao princípio orçamentário. Este último sim, é o princípio adequado ao caso¹⁷¹.

3.2 Vislumbrando fragilidades: o problema das ações coletivas

Conforme alertamos na introdução deste trabalho, propusemo-nos a analisar a relevância de ações individuais e suas respectivas decisões para fortalecer o direito coletivo à saúde. E nesse sentido, pudemos observar que essa leitura pode ser bastante produtiva, na medida em que contribui decisivamente para a inclusão na agenda política de direitos de minorias que reclamam políticas concretas para a sua efetivação, sem substituir ou tutelar quer o legislativo quer os por ele representados, conduzindo ao enfrentamento institucional do direito à saúde daqueles até então excluídos, mediante a formulação de políticas públicas consistentes inclusive no que se refere à alocação de recursos.

Encontramo-nos, assim, em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, pois aprendemos que direitos individuais e coletivos não mais podem ser compreendidos como opostos mutuamente excludentes, ao contrário,

¹⁷¹ Ainda nesse sentido, cf. Apelação em MS n.200.01.00.061531-4/DF – Relator Des. Federal Souza Prudente – Julgado em 11/09/2006.

podemos ver agora a rica relação de tensão e complementaridade recíproca que guardam entre si. Alertamos, porém, desde o início, que o atual paradigma, não é isento de fragilidades. Aliás, se alguma vantagem possui em relação aos anteriores, consiste no fato de que é reflexivo, se sabe precário, e é portanto, capaz de trazer a tona problemas para os quais ainda não fomos capazes de encontrar respostas satisfatórias.

Assim, há de se reconhecer fragilidades na leitura do direito à saúde proposta no presente trabalho que, entretanto, não poderão ser desenvolvidas nesta dissertação. Essas fragilidades estão relacionadas aos riscos decorrentes de ações coletivas que envolvam direitos sociais a prestação, e no caso específico, o direito à saúde.

Se, por um lado, em situações individuais a reserva do financeiramente possível não pode ser evocada, de forma consistente, como argumento para obstaculizar o acesso à saúde, por outro lado, o impacto das ações coletivas nessa matéria oferece o risco de gerar conseqüências sérias. Além das questões relacionadas à disponibilidade ou não de recursos em caixa para atender às necessidades de uma coletividade, temos um outro desafio a enfrentar.

É que o Ministério Público, tendo em vista a sua competência para ajuizar ações coletivas, pode arvorar-se da condição não de mero representante, mas de verdadeiro substituto “simbólico” da sociedade, do padrasto de uma sociedade órfã, carente de direitos, e dessa forma, menosprezar a importância vital do exercício da cidadania para a realização de tais direitos.

Direitos coletivos e sociais só podem ser adquiridos a partir do debate público, da problematização de temas que interessam à sociedade como um todo,

do exercício do direito de participação política de cada cidadão nas decisões fundamentais do Estado. O Estado Social nos ensinou a duras penas que o risco nesse campo é o da desqualificação do titular desse tipo de direitos precisamente em razão da carência ou hipossuficiência material que eles supõem, passando a condicionar a cidadania do titular à realização do serviço público. Sabemos hoje que a cidadania, o direito de ter direitos, é incondicional, é a forma indisponível do Direito. Os direitos fundamentais de igualdade e liberdade que reciprocamente reconhecemos a todos é que impedem que se desqualifique o hipossuficiente requerendo, ao contrário, que participe direta ou mediante representação da implementação de seus próprios direitos. A alocação de recursos para o fomento de políticas sociais é, portanto, tema que, em uma sociedade complexa, plural e aberta, não pode desprezar a discussão pública, a participação dos movimentos sociais para a garantia da legitimação dessas decisões políticas.

Ademais, ao ajuizar ações coletivas, o Ministério Público entrega nas mãos do magistrado um equivalente a proposta de lei, tendo em vista que nessa situação, o juiz não poderá exercer o papel que lhe é destinado num estado democrático de direito, qual seja, o de aplicar normas a situações concretas, a partir de um processo interpretativo, levando em conta todas as suas singularidades.

Em princípio, acreditamos que o Ministério Público pode ser importante de outra forma, ao fiscalizar a atuação dos Conselhos de Saúde, espaço que conta com a participação direta da população para tematizar problemas afetos à implementação de políticas na área da saúde.

Tema de tamanha relevância e complexidade, no entanto, requer, por si só, uma pesquisa cuidadosa e detalhada, razão pela qual este será objeto de etapa posterior da presente pesquisa.

CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho discutir uma questão que tem sido motivo de preocupação para a sociedade de um modo geral: o direito à saúde, erigido na Constituição Federal à categoria de direito fundamental, pode ser reivindicado por vias judiciais? Para situarmos o problema, utilizamo-nos de jurisprudências que envolvem o direito à concessão gratuita de medicamentos pelo Estado.

Propusemo-nos a discorrer sobre a temática tendo como pano de fundo uma das mais importantes discussões atuais da filosofia política e do direito constitucional, qual seja, o debate sobre qual o melhor conceito de Constituição e de que modo ela deve ser interpretada pelos juízes e tribunais.

Nesse sentido, as transformações sofridas pelo sistema de saúde pública brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, acabaram por explicitar problemas relativos à implementação do direito de acesso à saúde, uma vez que este passou a ser reconhecido expressamente no texto constitucional e provocou, inevitavelmente a discussão política e jurídica acerca do tema na arena pública.

Com efeito, a discussão sobre o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais tem-se dividido, no repertório jurisprudencial pátrio, em três posições básicas:

1. No primeiro capítulo procuramos abordar a primeira posição, o convencionalismo, com forte inclinação aos argumentos típicos do paradigma de Estado Liberal, ao compreender os direitos individuais como titularidades egoísticas anteriores à vida social. As decisões analisadas demonstraram que os adeptos dessa postura, em geral, tendem a negar a possibilidade de reconhecer judicialmente um direito individual à saúde, seja por não acreditarem que direitos

sociais possam ser considerados direitos fundamentais, seja porque, ao alegar um pretense princípio da separação dos poderes, condicionam a garantia desse direito à detalhada e específica regulamentação legislativa.

Nesse sentido, trouxemos à discussão duas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁷², que discutiam a possibilidade de o estado ser obrigado a fornecer medicamentos individualmente, embora não estivessem previstos expressamente na portaria ministerial que regula a matéria.

A posição do Tribunal, nos dois casos, foi a de indeferir os pedidos dos requerentes, ao argumento de que não teriam direito líquido e certo àquela prestação, uma vez que não consta *expressamente* no texto constitucional o direito a assistência farmacêutica. Nesse sentido, os medicamentos a serem oferecidos gratuitamente pelo estado dever-se-iam limitar àqueles presentes no rol estabelecido por portaria expedida pelo Ministério da Justiça.

Ademais, e nesse caso nos referimos especificamente ao segundo acórdão, o tribunal entendeu que não seria órgão competente para perquirir sobre as especificidades do caso clínico do paciente, tampouco sobre qual seria o medicamento mais indicado ao seu tratamento.

Esses fundamentos demonstram que, nessas duas situações, os juízes acreditavam que o papel estaria adstrito à aplicação silogística de um texto a uma situação individual, sendo-lhe vedado ir além do texto normativo, sob pena de macular o princípio da separação dos poderes. Na visão deles, direitos sociais são uma questão de política, e portanto deveriam ser discutidos exclusivamente no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

¹⁷² TJMG – Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis. Processo n. 1.0000.00.173505-9/000, fl.63.

Ao adotar essa postura, o Tribunal acabou por ignorar o processo de aprendizado vivido durante a vigência do Paradigma do Estado Liberal, quando, diante das crises sociais vividas no final do século XIX e início do século XX, a compreensão egocêntrica e anti-solidária das idéias de liberdade e igualdade perdem o seu poder público de persuasão.

Nesse sentido, a mera positivação de direitos não é suficiente para dar conta da complexidade das relações sociais. Logo, acreditamos que a fundamentação utilizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é insustentáveis na atualidade. A experiência do Estado Liberal e de sua crise nos permite ver hoje que a atividade do juiz não se resume à mera “bouche de la loi”, e que normas gerais e abstratas não resolvem o problema do direito, apenas o inauguram. O direito só pode ser visto a partir das lentes de um caso concreto, e a atividade do juiz é justamente o processo interpretativo da norma jurídica a partir das peculiaridades de cada situação fática.

2. No segundo capítulo, dedicamo-nos a decisões que, a primeira vista, oferecem uma resposta mais satisfatória ao problema enfrentado. Elas podem ser vistas como mais “ativistas”, tendo em vista que reconhecem o direito coletivo à saúde e entendem que o Judiciário deve garanti-lo. Porém, a forma como esse direito deve ser garantido é que é problemática: ela supõe uma visão axiológica das normas jurídicas, e acredita que o magistrado está autorizado a ponderar o direito à saúde com outros interesses que estejam envolvidos na causa, tal como o interesse de toda a coletividade na melhor forma de aplicação do recurso que seria utilizado para a concessão de determinado medicamento em um caso

específico. Isso permite que o juiz, em sua fundamentação, não se limite a argumentos de princípio, mas também a interesses econômicos, por exemplo. Assim, o que se tem é uma neutralização do princípio da separação dos poderes, na medida em que normas não vinculam necessariamente a atividade judicial, podem ser afastadas por uma suposta *reserva do possível*.

Isso pôde ser observado sobretudo em dois acórdãos analisados no decorrer do segundo capítulo¹⁷³, que negaram o fornecimento de medicamentos a dois requerentes, por entenderem que a afetação de recursos para custear os medicamentos pleiteados prejudicariam a coletividade de um modo geral, na medida em que o Estado possuiria menos recursos para investir no sistema de saúde colocado à disposição da coletividade.

Essa postura, apesar de bem intencionada, por pretender, a qualquer custo, a materialização de direitos, acaba por pagar um preço demasiado elevado: a ofensa ao princípio democrático, uma vez que o Judiciário, ao operar na lógica da ponderação de valores, elimina qualquer distinção entre as atividades de criação (justificação) e aplicação das normas jurídicas, atribuindo a um órgão especial (a corte constitucional) o papel de identificar a ordem concreta de valores a serem seguidos pela comunidade.

A corte constitucional, portanto, passa a operar na mesma lógica do legislativo, sem, no entanto, possuir legitimação para tanto. Isso acaba por

¹⁷³Cf. TJSP. Agravo de Instrumento n.130.817-5/0. Primeira Câmara de direito público. Rel. Des. Carlos de Carvalho. Julgado em 21/03/2000; TJMG. Remessa Necessária n. 1.0408.04.005145-5/001-1. Rel. Des. Célio César Paduani. Julgado em 13/10/2005.

sacrificar o caráter intersubjetivo e deliberativo necessário (em uma sociedade que já se sabe complexa e heterogênea) à produção das normas jurídicas¹⁷⁴.

O argumento segundo o qual deve prevalecer o interesse coletivo sobre o privado é em si contraditório, pois sabemos que não há como se conceber direitos coletivos sem direitos individuais. Ao assumir uma postura de “proteção do direito da coletividade” para negar prestações individuais, o Judiciário acaba por negar qualquer direito a essa mesma coletividade, uma vez que ela é composta por indivíduos, e a cada vez que uma pessoa pleiteia medida assecuratória do seu direito legítimo e encontra uma resposta negativa, do órgão competente, é a coletividade como um todo que está sendo atingida. É nesse sentido que não se pode afirmar que existe um direito coletivo à saúde se não há um direito individual à saúde. Ao contrário. A garantia individual do direito à saúde, em cada caso, é que garante a plausibilidade da afirmação de um direito coletivo à saúde.

O Judiciário tem papel de extrema importância no Estado Democrático de Direito: aplicar normas a casos concretos. Mas não pode, em hipótese alguma, ter a pretensão de substituir-se ao legislativo. Se não há política pública consistente para a saúde, é dever da sociedade, como um todo, pressionar os órgãos competentes para que a concretize. Ninguém pode substituir esse papel. Nenhum magistrado pode ter a pretensão de ser tutor da sociedade, substituindo-a, “doando-lhe cidadania”, uma vez que esta só pode ser conquistada a partir de seu exercício. A constituição não pode, através dos direitos sociais, substituir a política. A grande contribuição que um órgão aplicador do direito pode dar nesse

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Remarks on Erhard Denninger's Triad of Diversity, Security and Solidarity**. *Constellations* v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p.522-523.

tipo de situação é reconhecer os direitos fundamentais previstos constitucionalmente. E se há um direito coletivo à saúde, inevitavelmente há um direito subjetivo à saúde, a ser reconhecido e garantido caso a caso. É garantindo o direito à saúde individualmente que o judiciário acaba por forçar a atuação do legislativo e do executivo para a elaboração das políticas sociais adequadas.

3. No terceiro capítulo apontamos, no repertório jurisprudencial, porém, uma terceira posição que, de há algum tempo, vem obrigando o estado a prestações positivas em casos individuais garantindo, com base no direito fundamental à saúde, tratamentos, internações e medicamentos ao cidadão, reconhecendo o direito individual e remetendo para o executivo e o legislativo a formulação de uma política pública adequada. Para essa posição, ao judiciário compete assegurar individualmente o direito à vida e à saúde sobretudo na ausência de uma política pública consistente, o que termina por forçá-la.

Nessa tendência podemos identificar uma mudança paradigmática da compreensão do direito, uma vez que passa a compreender a saúde não mais como meramente uma questão política, mas também como um direito, exigível individualmente perante o Estado, rompendo com a visão anteriormente consolidada no repertório jurisprudencial brasileiro.

Essa terceira posição vamos encontrar na base de decisões que asseguraram a vida de portadores do HIV e que forçaram uma política pública extremamente consistente que existe hoje.

É, pois, precisamente processo de aprendizado social subjacente a essa história dos distintos supostos óbvios que moldaram a nossa abordagem e

compreensão do direito e da política nos últimos dois séculos que nos possibilita problematizar mais profunda e produtivamente a relação entre o direito e as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, dentre eles, em particular, o direito à saúde.

Nesse sentido, a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin pôde nos guiar na tentativa de uma releitura da nossa história institucional. Essa concepção relaciona-se com a idéia de uma sociedade aberta de homens livres e iguais, produtora de normas que regulam as interações praticadas entre seus concidadãos.

Aqui, a atividade judicial é compreendida não de forma meramente silogística, mas como uma atividade essencialmente interpretativa. No entanto, há uma preocupação explícita em preservar o princípio da separação dos poderes. Essa preservação se dará ao reconhecermos a distinção entre justificação e aplicação das normas jurídicas.

Logo, o Judiciário, como órgão aplicador do direito, deve estar preocupado com a adequação da norma ao caso concreto. Não pode, em hipótese alguma, substituir-se ao legislativo para decidir coletivamente, para formular lei geral e abstrata. Não possui legitimidade democrática para tanto.

Por outro lado, os cidadãos aceitam serem regidos por princípios comuns. Tendo em vista que o direito é um conceito interpretativo, uma postura hermenêutica é fundamental. Nessa medida, os cidadãos deixam de ter o mero papel de obedecer a um conjunto de decisões tomadas pela comunidade e passam a ter de identificar, por si sós, o sistema de princípios que rege a

comunidade e ser fiel a ele, seja participando ativamente da tarefa de justificação das normas, seja criticando as decisões públicas.

Com base em tudo isso, acreditamos que, em que pesem as dificuldades na efetivação do à saúde no Brasil, é de extrema importância o papel do Judiciário que, a partir de uma leitura da Constituição lastreada na integridade, pode velar pela proteção da comunidade de princípios em que se funda. O reconhecimento, por via judicial do direito individual ao fornecimento gratuito de medicamentos, nesse sentido, fomenta a realização de um direito coletivo à saúde. Além de reconhecer um direito subjetivo numa situação concreta, ele tem o importante papel de voltar os olhos das autoridades competentes para as situações ofensivas à Lei Fundamental, e até de pressioná-las na viabilização da fruição de determinados direitos. Porém, deve fazê-lo enquanto poder Judiciário, *órgão de aplicação* do Direito no *caso concreto*. Não pode, em hipótese alguma, substituir-se ao legislador, ou quiçá, ao constituinte.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. "Teoria do estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, NUNES, Antônio José Avelãs. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.263-290.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972. p.38.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: edições 70, p.25.

CALSAMIGLIA, Albert. "El concepto de integridad en Dworkin". **Revista Doxa**, n.12, 1992. p.155-176.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, VITAL. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.25-44.

_____. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". In: SAMPAIO, José Adercio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.141-163.

_____. "Controle de Constitucionalidade e Democracia". In: MAUÉS, Antônio G. Moreira. **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.215-232.

CASTRO, Marcus Faro de. **Política e relações internacionais**. Brasília: UnB, 2005.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. "Considerações em torno da teoria da coerência narrativa de Ronald Dworkin". **Revista Seqüência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis, n.23, dez/1991. p. 73-78.

_____. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM Editora, 1995. p. 31.

_____. **Before the law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience) (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida)**. Ann Arbor: UMI, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. "Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais". In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 195-248.

DENNINGER, Erhard. "'Security, diversity and solidarity' instead of 'Freedom, Equality, Fraternity'". **Constellations**. v.7, n.4. Oxford: Blackwell, 2000. p.507-521.

_____. "State Tasks and Human Rights". **Ratio Juris**. v.12, n.1. Oxford: Blackwell, march/1999. p.1-10.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. "Unenumerated Rights: whether who and how *Roe* should be overruled". **University of Chicago Law Review**, v.59, 1992. p.381-432.

_____. "Justice in the distribution of health care". **McGill Law Journal**, v.38, n. 4, 1993. p. 883-898.

_____. "Rights as trumps". In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995. p. 153-167.

_____. "Constitutionalism and Democracy". **European Journal of Philosophy**. v.3, n.1. Oxford: Blackwell, April/1995. p. 2-11.

_____. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. "Do liberty and equality conflict?". In: BARKER, Paul. **Living as Equals**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p.39-57.

_____. “Direitos Fundamentais: a democracia e os direitos do homem”. In: DARNTON, Robert, DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. São Paulo: Record, 2001. p.155-162.

_____. “Resposta aos Críticos”. In: _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 447-564.

_____. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

EISGRUBER, Christopher. “Should Constitutional Judges be Philosophers?” In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law’s Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006. p. 5-22.

ESCOREL, Sarah, BLOCH, Renata Arruda de. “As Conferências Nacionais de Saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade et al (Org). **Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 83-119.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O anteprojeto dos notáveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Idéias para a nova Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Constituição e Governabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAS, Juarez. “O interprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional”. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 226-248.

FRYDMAN, Benoît. “Pourquoi Dworkin intéresse les philosophes?”. **Revue Internationale de Philosophie – Dworkin (avec ses reponses)**. n.3-jul/2005. Bruxelas: Presses Universitaires de France, 2005. p.291-302.

GAFFNEY, Paul. **Ronald Dworkin on Law as Integrity: rights as principles of adjudication**. Mellen University Press: Lewiston/Queenston/Lampeter, 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. “Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista da informação legislativa**. a36, n.143, jul/set 1999. Senado Federal: Brasília, 1999.

_____. “Hermenêutica constitucional e pluralismo”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-65.

_____. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARDNER, John. “Law’s aims in *Law’s Empire*”. In: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring Law’s Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006. p.207-223.

GOUVÊA, Marcos Maselli. “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”. In: GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREENAWALT, Kent. “Policy, rights and judicial decision”. In: COHEN, Marshall (Org.) **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Duckworth, 1984. p.89-118.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Trad. Benno Dischinger São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.81-89

GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo estudios de teoría y metateoría del derecho**. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. “Théorie et ontologie du droit chez Dworkin”. **Droit et Societé: Revue Internationale de Theorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n. 2. Paris : LGDJ, 1986.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da proporcionalidade e teoria do direito”. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.268-283.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. (Col. Jurists: profiles in legal theory). Stanford: Stanford University Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”. **Revista Doxa**, n. 17/18, 1995. p. 271-302. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>
Data de Acesso: 21/04/2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. T. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Remarks on Erhard Denninger’s Triad of Diversity, Security and Solidarity**. *Constellations* v.7, n.4, 2000. Oxford: Blackwell, 2000. p.522-528.

_____. “Apêndice a facticidade e validação – réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School.” In: _____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: _____. **A era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 153-173.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Nova Iorque: Norton, 1999.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito subjetivo e direitos individuais: o dilema do Judiciário no Estado Social Brasileiro”. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como superego da sociedade: o papel jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. In: **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n.58, nov/2000. p. 183-202.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1947.

MENDES, Eugênio Vilaça. “As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal”. In: _____ (Org). **Distrito Sanitário: o processo social de mudança das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde**. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1994. p. 19-91.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T.IV – Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, Vital. “O futuro da Constituição”. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 314-315.

_____. “Constituição e democracia na experiência portuguesa”. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais no Brasil: desafios e perspectivas”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p.111-128.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad. Marcela A. Gil. Bonn: Konrad Adenauer, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In: _____ (Org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SONTAG, Susan. **Illnes as Metaphor and AIDS and its metaphors**. London: Penguin Books, 2002.

SPITZ, Jean-Fabien. “La conception dworkienne de la démocratie et ses critiques”. **Archives de Philosophie du Droit**. n. 45. Paris: Dalloz, 2001.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, NUNES, Antônio José Avelãs. **Diálogos Constitucionais: Brasil / Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.301-371.

TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TROPER, Michel. “Présentation – Dossier Dworkin (1ere. Partie)”. **Droit et Société: Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n.1. Paris: LGDJ, 1985.p. 29-33.

_____. “Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin”. **Droit et Société: Revue Internationale de théorie du Droit et de Sociologie Juridique**. n. 2. Paris : LGDJ, 1986. p.53-70.

WOZLEY, A. D. “No right Answer”. In: COHEN, Marshall (Org.) **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. New Jersey: Duckworth, 1984. p. 173-181.