

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DÉBORA MARQUES DE AZEVEDO DOS SANTOS

LEVANDO A SÉRIO O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS  
REIVINDICAÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, À  
LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

CURITIBA

2008

DÉBORA MARQUES DE AZEVEDO DOS SANTOS

LEVANDO A SÉRIO O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE DAS  
REIVINDICAÇÕES INDIVIDUAIS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, À  
LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Monografia apresentada ao Núcleo  
de Monografias, como requisito  
parcial à conclusão do Curso de  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Vera Karam de  
Chueiri

CURITIBA

2008

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por todas as graças concedidas.

Aos meus pais Mozart e Márcia, fonte inesgotável de amor, carinho e palavras de incentivo, e a quem devo todas as minhas conquistas.

Ao meu irmão Eduardo, pela presença.

Ao Thiago, pela paciência, compreensão e, sobretudo, pelo amor e palavras de conforto nos momentos mais difíceis.

À minha avó, Mail, pelo carinho e apoio.

À minha orientadora, Professora Vera Karam de Chueiri, que aceitou prontamente a tarefa de me orientar na elaboração deste trabalho, e cujas sábias palavras de ensinamento tornaram esta jornada muito menos tortuosa.

Aos colegas de faculdade, pela amizade e companheirismo construídos no decorrer da jornada de 5 anos.

Aos velhos amigos, presença constante em minha vida, e que torcem sempre pelo meu sucesso.

## RESUMO

O presente trabalho analisa o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, notadamente nas reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos, sob a perspectiva de Ronald Dworkin e de suas três acepções da prática jurídica: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. São analisados três diferentes posicionamentos dos tribunais brasileiros que podem ser associados a cada uma das concepções do direito mencionadas por Dworkin: a) decisões que, na esteira do pensamento convencionalista, sustentam que o direito individual a medicamentos só se torna exigível a partir da regulamentação infraconstitucional expressa; b) decisões que encaram o direito à saúde como um valor suscetível de ponderação com outros interesses e direitos coletivos em jogo, concebendo-o, assim, como mero instrumento a serviço da coletividade, nos moldes do pragmatismo jurídico; c) decisões que encaram o direito à saúde com um princípio da ordem jurídico-constitucional, e, como tal, insuscetível de ceder ante a ausência de normas reguladoras ou argumentos de caráter político, em harmonia com o sustentado pelo direito como integridade. Buscou-se demonstrar, enfim, por que o ideal do direito como integridade, de Ronald Dworkin, fornece elementos convenientes para que o direito à saúde seja levado a sério.

Palavras-Chave: Poder Judiciário e políticas públicas; Ronald Dworkin; direito como integridade; direito fundamental à saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 OS PRINCÍPIOS NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN</b> .....	4
1.1 Os princípios e as regras.....	4
1.2 Os princípios e as políticas.....	7
1.3 O direito fundamental à saúde como uma questão de princípio .....	10
<b>2 O CONVENCIONALISMO</b> .....	13
2.1 Principais aspectos do convencionalismo.....	13
2.2 O convencionalismo aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos.....	18
<b>3 O PRAGMATISMO</b> .....	25
3.1 Principais aspectos do pragmatismo.....	25
3.2 O pragmatismo aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos.....	30
<b>4 O DIREITO COMO INTEGRIDADE</b> .....	40
4.1 Principais aspectos do direito como integridade.....	40
4.2 O direito como integridade aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos.....	45
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	52
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	57

## INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 foi a primeira a prever expressamente o direito à saúde como um direito fundamental. Está disposto no art. 6º, do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”: “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*” (grifamos). Além disso, há uma seção específica destinada ao direito à saúde, artigos 196 a 200, que preconiza o acesso universal às ações e serviços para sua garantia. Dispõe assim o art. 196 da Constituição: “*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.*” A inserção dos direitos sociais dentro do Título dos Direitos Fundamentais consiste em importante inovação no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, pois a partir daí tais direitos passam a ser reconhecidos como verdadeiros direitos fundamentais. Esse notável avanço relaciona-se com o contexto histórico da Constituinte de 88, marcado por intensos debates políticos e reivindicações dos movimentos sociais, o que culminou na oportuna inserção dos direitos sociais no Título dedicado aos direitos fundamentais.

Cumprir destacar o incremento da abrangência do sistema de saúde pública a partir da Constituição de 1988. Em síntese, abandonou-se um sistema calcado na previdência social, de caráter contratual e restrito, para incorporar-se um sistema caracterizado pela universalidade, cuja intenção é a ampla cobertura da população, de maneira a disponibilizar a todos as ações promocionais e garantidoras da saúde<sup>1</sup>.

Na esteira desse crescimento da complexidade do sistema de saúde pública brasileiro, emergem diversas indagações acerca da sua implementação. Essa situação de questionamento se instaura especialmente por se tratar de um direito que, para ser concretizado, depende de políticas públicas de destinação de recursos sabidamente escassos. A partir daí, muito se questiona a eficácia do direito fundamental à saúde. Trata-se de direito exigível perante o Judiciário, ou o artigo

---

<sup>1</sup>GAMA, Denise Travassos. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões individuais e as políticas públicas de saúde*, p. 12.

196 da Constituição consiste em norma meramente programática? É possível ao Judiciário ordenar o fornecimento de medicamentos, ou isso seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes?

Surge, portanto, um tema essencial na discussão acerca da efetividade do direito à saúde: o papel a ser desempenhado pelo Judiciário na realização deste direito, alçado ao status de fundamental pela Constituição de 1988, especialmente no que concerne ao fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo, reivindicados judicialmente pelos cidadãos.

O presente trabalho pretende, à luz da teoria de Ronald Dworkin e notadamente de suas três acepções da prática jurídica (o convencionalismo jurídico, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade), mostrar que postura do Judiciário melhor se harmoniza com os anseios da comunidade no Estado Democrático de Direito. Para atingir esse objetivo, dividiu-se este trabalho em quatro capítulos.

O primeiro capítulo versa sobre os princípios sob a ótica de R. Dworkin. A concepção paradigmática deste autor sobre os princípios jurídicos é subsídio indispensável para a compreensão das três acepções da prática jurídica propostas pelo autor. A sofisticação da teoria de Dworkin reside justamente na compreensão dos princípios jurídicos enquanto categorias normativas superiores, dotadas de uma dimensão moral e que devem sempre prevalecer em relação aos demais padrões para justificar as decisões judiciais. Outrossim, é apresentada a distinção entre princípios, regras e políticas, conforme o entendimento de Ronald Dworkin, para então se demonstrar a qual desses padrões pode ser associado o direito à saúde.

O segundo capítulo trata da postura jurídica denominada *convencionalismo jurídico*, que consiste no entendimento bastante difundido e, outrora, de muito prestígio, de que os magistrados devem restringir a sua atuação à aplicação das convenções jurídicas, isto é, das leis e precedentes, tidos como fundamentos exclusivos do direito. No mesmo capítulo, são mostradas decisões dos tribunais brasileiros que se coadunam com o cerne do pensamento convencionalista, por acreditarem que ante a inexistência de regra infraconstitucional regulamentando o direito à saúde, não há que se falar em um direito subjetivo à saúde. Demonstra-se, então, o motivo pelo qual a atuação judicial nos moldes do convencionalismo não é capaz de oferecer respostas satisfatórias à efetivação do direito à saúde.

Adiante, o capítulo terceiro analisa o chamado *pragmatismo jurídico*, cujo ponto central é a atuação judicial com vistas ao bem-estar futuro da comunidade como um todo. Trata-se de uma acepção sedutora da prática jurídica, eis que representa notável avanço em relação ao convencionalismo, mas que no entanto esconde sérias violações ao princípio democrático. Neste capítulo são arroladas decisões dos tribunais brasileiros, cujos núcleos de argumentação se coadunam com o pensamento pragmático. Em seguida, demonstra-se que, em que pese o progresso apresentado em relação à postura convencionalista, as respostas fornecidas pelos pragmatistas não fornecem as melhores respostas às questões colocadas pelos casos concretos envolvendo o direito à saúde.

Por fim, o quarto capítulo versa sobre o *direito como integridade*, que consiste na acepção da prática jurídica que, segundo Dworkin, melhor responde às exigências da sociedade plural contemporânea. O direito como integridade requer a compreensão do ordenamento jurídico como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, por conseguinte, exige dos magistrados uma postura interpretativa crítica e construtiva, nos moldes da interpretação literária. Foram selecionadas decisões do repertório jurisprudencial brasileiro que compartilham do cerne desse pensamento, ou seja, decisões que contêm uma concepção principiológica do direito à saúde. Enfim, demonstra-se por que a postura dos magistrados coerente com a teoria do direito como integridade de R. Dworkin mostra-se como uma saída bastante interessante aos litígios que envolvem o direito à saúde e reivindicação individual de fornecimento de medicamentos em juízo.

Desta maneira, este estudo busca apresentar uma análise da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, com o escopo de determinar, à luz da teoria de Ronald Dworkin, a postura judicial capaz de revelar a melhor leitura possível do direito à saúde.

## 1. OS PRINCÍPIOS NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin sustenta a adoção de uma teoria do direito cuja base esteja nos direitos individuais, ao mesmo tempo em que critica a adoção do positivismo como corrente do pensamento jurídico. Afirma o autor que o positivismo consiste em um modelo cuja tese central é a de que as normas são a única fonte de direito, deixando de lado, assim, os importantes papéis desempenhados por outros padrões – os princípios e as diretrizes políticas.<sup>2</sup>

Deste modo, cumpre analisar a distinção feita por Ronald Dworkin entre as três categorias supra mencionadas – princípios, regras e políticas – o que será de grande valia para a análise da eficácia do direito fundamental à saúde.

### 1.1 Os princípios e as regras

Na ótica de Dworkin, tanto os princípios quanto as regras são categorias que integram o direito positivo. O autor critica as posturas que reduzem o direito ao conjunto de regras, em especial o positivismo, por defender que tais correntes ignoram a força irradiante dos princípios no ordenamento jurídico.

Assim, sustenta que nos chamados casos difíceis, ou seja, naqueles em que não é possível, de antemão, identificar a resposta correta, ora por se apresentarem regras contraditórias entre si, ora por não haver regra expressa aplicável ao caso concreto, não há que se falar em outra solução senão na atuação judicial guiada pelos princípios.<sup>3</sup> Isso porque os princípios contêm uma dimensão moral e um caráter aberto ausentes nas regras, o que lhes confere uma capacidade de adaptação às mais diferentes situações apresentadas, através da atividade interpretativa dos juízes. A atuação lastreada em argumentos de princípio forma um escudo contra a discricionariedade judicial, pois, diferentemente das regras, os princípios requerem tanto uma postura interpretativa e sensível às peculiaridades do

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, p. 72.

<sup>3</sup> Os casos envolvendo o direito à saúde, notadamente aqueles relativos a reivindicações individuais de medicamentos de alto custo, encaixam-se perfeitamente na definição de Dworkin de casos difíceis (*hard cases*). São situações em que não é possível determinar, em um primeiro momento, qual dos argumentos apresentados pelas partes mostra-se como o apto a resolver o litígio da melhor maneira possível. Vêem-se os aplicadores em frente a argumentos igualmente poderosos, por exemplo, o direito à saúde e o princípio orçamentário. Devem os juízes, então, considerando as peculiaridades do caso concreto, e através da interpretação crítico-construtiva, encontrar qual dos argumentos apresentados resolve melhor a situação de conflito apresentada.

caso concreto quanto profundamente comprometida com o conjunto coerente de princípios do ordenamento jurídico.

Já a atuação fundada em regras, uma vez que estas são incapazes de esgotar a complexidade da vida, acaba gerando decisões arbitrárias – o aplicador, ao encontrar-se diante de uma regra insuficiente ou obscura para solução do caso concreto, “exerce seu poder discricionário para criar um novo direito, que ele então aplica retroativamente às partes envolvidas no caso”.<sup>4</sup> Feitas estas considerações, cumpre, então, traçar uma distinção entre as regras e os princípios.<sup>5</sup>

Dworkin salienta que as regras têm seu conteúdo material previamente definido – contêm, de antemão, as condições necessárias à sua aplicação e prevêm as conseqüências automáticas que irão se configurar, caso satisfeitas as condições previstas. Como conseqüência, operam na lógica do “tudo-ou-nada” – dados os pressupostos para sua aplicação, ou a norma é válida, ou não o é.

Não é o que acontece no caso dos princípios jurídicos, cujos enunciados não atribuem uma conseqüência jurídica para o fato descrito. Pelo contrário, seu conteúdo material só será determinado na situação concreta. Assim, tem-se que os princípios têm antes a característica de vetores ou modelos que apontam na direção de uma decisão em conformidade com as exigências de justiça, equidade ou outra faceta da moralidade. Nas palavras do próprio autor, a observância dos princípios se faz necessária ante “una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.<sup>6</sup>

Em outras palavras, o enunciado de um princípio apenas aponta a decisão correta a ser tomada no caso concreto, mas por si só não a determina. Isso será definido somente no desenrolar do caso concreto, se for o princípio adequado à situação discutida.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 147.

<sup>5</sup> Importante salientar que a tradução para o espanhol de *Taking Rights Seriously*, empregada para a elaboração deste trabalho, utiliza-se do vocábulo “normas” para referir-se ao que, em português, convencionou-se chamar de regras, e “directrices políticas” para referir-se às *policies*, cuja tradução no português é “políticas”.

<sup>6</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, p.72

<sup>7</sup> Também Alexy apresenta célebre distinção entre princípios e regras. Para o autor alemão, princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentre das possibilidades jurídicas e reais existentes – são, portanto, mandados de otimização. Já as regras contêm determinações, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, consistindo em mandados definitivos, que somente podem ser cumpridos ou não. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 82-83.

Conseqüentemente, na hipótese de dois ou mais princípios conflitarem entre si em um caso concreto, a não-prevalência de um deles não indica que não se trata de princípio válido no ordenamento jurídico. Significa, tão-somente, que naquela específica situação não é aquele o princípio apto a dar a resposta correta ao caso.<sup>8</sup>

Verifica-se que os princípios têm uma dimensão de peso, que é ausente nas regras. Isso significa que, em um caso concreto, pode um princípio ser mais importante do que outro, por ser ele o adequado para que se chegue à solução do caso, tendo em vista algum requisito da justiça, da igualdade ou de alguma outra dimensão da moral. E isso se dá sem que haja prejuízo ao princípio não aplicado, que continuará intacto no sistema jurídico.

Não é o que ocorre com as regras, porém. Ainda que se possa dizer, em certas situações concretas, que uma regra é mais importante que outra, por ser mais relevante na regulação do comportamento em questão, em um conflito envolvendo regras, uma delas não será válida, isto é, uma suplantar a outra. A decisão sobre qual deve ser abandonada, segundo Dworkin, pode ser tomada em face de outras regras, “que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la mas especial o algo similar” ou ainda “puede preferir la norma fundada em los principios más importantes”.<sup>9</sup>

Portanto, constata-se que o direito consiste em um sistema integrado tanto por princípios quanto por regras. E, como já mencionado, Dworkin salienta que qualquer corrente que aceite somente as regras como fonte de direito legislativa ignora os princípios, igualmente integrantes do ordenamento, e a força que eles irradiam por todo o sistema. Isso porque, nos casos em que há dificuldade em se determinar qual a regra aplicável, ou até mesmo na ausência de regras adequadas à situação concreta, urge recorrer aos princípios, a fim de evitar a discricionariedade do aplicador do direito.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, oportunas as palavras de Denise Travassos Gama: “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 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 Dworkin.” GAMA, Denise Travassos. *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*, p. 58.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 78.

Com isso, em que pese a distinção lógica existente entre princípios e regras, têm-se que ambos são elementos que integram o direito, formando um verdadeiro sistema. Tanto é assim que a ausência de regra explícita prevendo uma determinada situação não significa ausência de direito, pois podem os princípios contê-los, ainda que o façam de maneira distinta das regras, sem a atribuição automática de conseqüências ao fato descrito no enunciado.

## 1.2 Os princípios e as políticas

Dworkin entende por políticas os padrões que fazem referência a objetivos sociais a serem alcançados, seja no âmbito econômico, social ou político. Estabelecem metas a serem atingidas, visando uma melhoria social voltada à comunidade como um todo. Do mesmo modo que os princípios, são identificáveis através de seu conteúdo e força argumentativa.<sup>10</sup>

Os princípios, por sua vez, referem-se a direitos individuais ou de um grupo, não tendo como repercussão, necessariamente, uma melhoria geral em algum aspecto da sociedade. Têm como referência os direitos e garantias do indivíduo, em face de exigências de justiça e equidade. Nas palavras do próprio autor:

Llamo directriz o directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (...) Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>11</sup>

Na esteira dessa distinção, o autor assinala que as decisões políticas podem ser fundamentadas tanto por argumentos de princípio, entendidos como aqueles que justificam uma determinada decisão em face do respeito a algum direito ou garantia individual ou de um grupo, como por argumentos de política, ou seja, aqueles que fomentam um objetivo social de repercussão geral.

---

<sup>10</sup> Na tradição da dogmática do Direito Constitucional brasileiro, especialmente a partir de José Afonso da Silva e de sua classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade, poder-se-ia identificar as “políticas” com chamadas normas programáticas. Segundo José Afonso da Silva, as normas programáticas “procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico (...). Essas normas, como temos dito, revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. (...)”. Adiante, o autor traz exemplos de normas programáticas na Constituição de 1988, dentre os quais o artigos 170 e 196, relativos à ordem econômica e social, respectivamente. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 144-148.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72.

Atenta o professor de Oxford para a seguinte situação: o fato de os juízes decidirem os casos concretos para além do direito posto não significa que estejam legislando, à maneira do legislativo eleito. Ou seja, o fato de embasarem suas decisões com argumentos que transcendem as decisões já tomadas não significa que criam direito, mas tão-somente o aplicam, eis que o fazem – e devem fazer – através de argumentos de princípio.

Ademais, frisa que a atuação com fundamento em argumentos políticos e a elaboração de programas gerados por tais argumentos é atribuição do Poder Legislativo. Ou seja, a atuação com base na delineação do bem-comum há de ser reservada ao sistema político-democrático.

Assim, Dworkin defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, nos quais aparentemente a solução adequada poderia, aparentemente, basear-se em argumentos de política, devem ater-se aos argumentos de princípio. Estes podem e devem justificar a atuação do juiz na solução dos casos concretos, enquanto aqueles devem ficar restritos à atividade de deliberação legislativa.

Adiante, o autor assinala que:

Los jueces no son i ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van más allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso. Lo es en cuanto pasa por alto la importancia de una distinción, fundamental dentro de la teoría política (...) la distinción entre argumentos de principio, por un lado, y argumentos políticos por el otro.

Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. (...)

Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo (...)

Propongo, sin embargo, la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles (...) son y deben ser, de manera característica, generadas por principios, no por directrices políticas<sup>12</sup>

Para sustentar seu argumento de que as decisões judiciais devem ser geradas apenas por argumentos de princípio, Dworkin faz menção à exigência de coerência entre as decisões, ou seja, ao fato de que os juízes, ao decidirem os casos concretos, devem manter uma relação harmoniosa com o conjunto de decisões anteriormente proferidas, como na metáfora do romance em cadeia.<sup>13</sup> E

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 148-150.

<sup>13</sup> Dworkin utiliza a interpretação literária como modelo para o método central da interpretação jurídica. Sustenta que a decisão dos casos difíceis se assemelha àquilo que denominou de "romance em cadeia", exercício literário no qual cada romancista de um grupo deve acrescentar um capítulo à obra, com o intuito de formar um romance único e integrado. Nesse sentido, os juízes, ao se depararem com um caso concreto, devem ter como referencial as decisões anteriormente proferidas,

isso só é possível porque as decisões judiciais são baseadas por princípios, e não por argumentos de política. Assim, há um profundo e constante compromisso com o conjunto coerente de princípios da comunidade.<sup>14</sup>

Essa coerência que permeia as decisões com base em argumentos de princípio as torna muito mais consistentes (menos facilmente refutáveis) do que as geradas por argumentos de política. As decisões geradas por políticas são frágeis, uma vez que não observam a consistência mencionada – as políticas são efêmeras e inconsistentes por natureza. Neste sentido, alerta Dworkin:

esta coherencia es relativamente débil cuando hay directrices políticas en juego (...) Sin embargo, cuando se trata de principios la doctrina insiste en que de un caso al otro la distribución sea coherente, porque no deja margen para la idea de una estrategia que puede estar mejor servida por una distribución desigual del beneficio en cuestión.<sup>15</sup>

Logo, pode-se afirmar que, sob a ótica de Dworkin, as decisões judiciais devem ser baseadas tão-somente em argumentos de princípio, ou seja, aqueles que se referem a direitos ou garantias individuais ou de um grupo. Os argumentos de política devem ficar restritos à atividade legislativa. Conseqüentemente, decisões judiciais tomadas com base em políticas, na medida em que desconsideram a diferença fundamental existente entre atividade judicial e atividade legislativa, são decisões erradas. Os juízes devem solucionar os casos concretos mediante aplicação do direito, portanto, com fundamento em regras e princípios, uma vez que

---

interpretando aquilo que ocorreu antes, pois têm a responsabilidade de considerar a história institucional de que são parte, e devem continuar essa história através do que fazem no presente. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 235 – 238.

<sup>14</sup> Neste sentido, salienta Denise Travassos Gama: 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. (...) 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 fundamentam tais decisões, permitindo que estes sejam levados em consideração em decisões futuras. GAMA, Denise Travassos. *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*, p. 62

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 155. Sobre o assunto, Vera Karam de Chueiri assevera: “Uma decisão jurídica gerada por proposições que descrevem direitos – por princípios – não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redunde em expedientes imediatistas de consecução da felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais. (...) A articulação entre os princípios e as decisões políticas passadas requer a existência de uma coerência(...). A sua não ocorrência onera a estrutura da decisão, em relação à refutabilidade. Justifica-se, por isso, a fragilidade das decisões apoiadas em política onde não se cobra tal coerência. Políticas se alteram na proporção dos ânimos (e dos ventos) que as conduzem. CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 73-74.

políticas não são direitos, e só o serão se assim entender o órgão de deliberação legislativa, democraticamente eleito para definir as diretrizes políticas prioritárias de uma comunidade.

### **1.3 O direito fundamental à saúde como uma questão de princípio**

Com a Constituição Brasileira de 1988, o direito à saúde foi elevado expressamente à categoria de direito fundamental, como se infere do art. 6º do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Além disso, há uma seção específica relativa à saúde, que compreende os artigos 196 a 200, que tratam especificamente das ações e serviços necessários para a sua garantia.

Assim dispõe o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. 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.

Necessário, pois, determinar qual a natureza do direito à saúde, enunciado pelo art. 196 da Constituição. Trata-se, afinal, de regra, diretriz política ou princípio?

Como já anteriormente exposto, tem-se que as regras são padrões cujo conteúdo material é previamente definido. Assim, uma vez identificadas as condições previstas em seu enunciado, segue-se necessariamente a consequência prevista.

Ora, a compreensão do artigo 196 da Constituição como regra tem como consequência a mitigação do alcance do direito à saúde. No caso específico do dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo em nome do direito à saúde, tal entendimento gera resultados catastróficos, tais como decisões negando medicamentos com base na alegação de que o art. 196, consistiria em norma meramente programática e que não prevê a assistência farmacêutica, não tendo, portanto, o condão de transformar o direito à saúde em direito subjetivo.

A postura que entende o art. 196 como regra é adotada pela corrente convencionalista, como se analisará mais detalhadamente no capítulo 2.

Por outro lado, entender o direito à saúde como uma questão política, ou seja, tomar decisões judiciais que tratam das questões de saúde tendo como referência alguma meta coletiva a longo prazo, envolvendo a comunidade como um todo, fere o

princípio da separação de poderes. Como já explicitado anteriormente, Dworkin sustenta que os juízes devem ater-se a argumentos de princípio ao proferir decisões judiciais, e a utilização de argumentos de política, ou seja, aqueles que têm em vista melhorias gerais em algum aspecto da sociedade devem ficar restritos à atividade de justificação legislativa, atividade reservada ao Poder Legislativo. Não pode, portanto, o Judiciário usurpar o lugar do Poder Legislativo e decidir o que é melhor para a coletividade.

Ademais, o entendimento do direito à saúde como questão política pode acarretar decisões contraditórias entre si, pois abre um espaço muito grande para a discricionariedade dos juízes, que resolveriam, de acordo com suas convicções, aquilo que segundo seu entendimento é mais benéfico para a comunidade como um todo, sem, no entanto, serem legitimados para tal tarefa. Além disso, essa postura resulta em uma supressão dos direitos individuais em nome de um suposto benefício para a comunidade em geral.

O entendimento do direito à saúde como questão política, ou seja, levando-se em consideração os efeitos da decisão sobre toda a comunidade, coaduna-se com a postura que Dworkin denominou de pragmatismo, objeto de discussão do Capítulo 3 deste trabalho.

Com isso, cabe entender o direito à saúde sob um enfoque principiológico. De fato, verifica-se que o enunciado do art. 196, por si só, não determina a decisão a ser tomada, mas antes traça um norte a ser seguido, a fim de que se atendam, da melhor maneira possível, ideais de justiça, equidade ou de alguma outra faceta da moralidade.

Assim, tal como a conceituação de princípio feita acima, o conteúdo material do direito à saúde não é delimitado de antemão, e sim revelado no âmbito das situações concretas que se apresentam ao juiz. É no caso concreto que o direito à saúde se mostrará ou não como o princípio adequado a revelar a resposta correta<sup>16</sup> a que alude Dworkin.

Nesse sentido é que não se pode olvidar a força normativa que têm os princípios no ordenamento jurídico. Princípios são normas, e cabe ao Poder Judiciário garanti-los através de uma atividade interpretativa que, por um lado, não

---

<sup>16</sup> Dworkin sustenta que cada caso concreto comporta uma única resposta correta. Para atingi-la, os juízes devem lançar mão de uma interpretação crítico-construtiva, aos moldes da interpretação literária. Assim, encontrará o único princípio capaz de proporcionar à melhor leitura de cada caso.

se resuma à mera subsunção dos fatos às regras e, por outro, não consista em atuação com base em argumentos de política, visto que restrita aos órgãos de deliberação legislativa.

Deste modo, pode-se afirmar que a melhor leitura que se pode ter do direito à saúde, expresso no art. 196 da Constituição Federal, é como um princípio, integrado a tantos outros que igualmente compõem o ordenamento jurídico. Entender o direito à saúde como princípio possibilita um melhor diálogo com a realidade, através da adaptação aos diferentes casos concretos que se apresentam ao judiciário.

A partir da leitura principiológica do direito à saúde será feita uma leitura das três acepções do direito enquanto conceito interpretativo. Examinaremos as posturas defendidas pelo convencionalismo, pragmatismo jurídico e pelo direito como integridade, a fim de verificar a posição de cada uma a respeito da atuação do judiciário e como cada uma delas se aplica nos casos envolvendo o direito à saúde, especialmente nas reivindicações individuais a medicamentos de alto custo.

## 2. O CONVENCIONALISMO

A partir da concepção do direito como conceito interpretativo, afirma Dworkin que há três acepções da prática jurídica: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade.

Primeiramente, será analisado o convencionalismo enquanto concepção interpretativa do direito e como essa postura é adotada em casos envolvendo o direito à saúde, especialmente no tocante a reivindicações judiciais de fornecimento individual de medicamentos de alto custo.

### 2.1 Principais aspectos do convencionalismo

O convencionalismo, como conceito interpretativo da prática jurídica, sustenta que o direito deve ter como fundamento exclusivo as convenções jurídicas, isto é, o conjunto de decisões políticas do passado. A partir disso, verifica-se que o direito tem seu conteúdo delimitado pelas instituições que detêm a autoridade convencional para tanto. Pode-se afirmar, então, que essa acepção jurídica identifica as leis e os precedentes, estabelecidos por convenção pelas autoridades competentes para tal, como fundamento exclusivo do direito.

Conforme Dworkin:

Primeiro, o convencionalismo explica de que maneira o conteúdo das decisões políticas do passado pode se tornar explícito e incontestável. Faz o direito depender de convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas; em particular, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como. (...) O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito.<sup>17</sup>

Desse modo, tem-se que o convencionalismo, por um lado, ajusta-se ao entendimento leigo de que ao judiciário cabe tão-somente a aplicação do direito já existente, no sentido de que as decisões judiciais deveriam se restringir aos fundamentos colocados pelas instituições convencionalmente competentes para tanto, através da legislação e dos precedentes. Por outro, corrige a opinião popular de que o direito por convenções é completo e de que sempre haveria um direito a ser aplicado. Assim, os adeptos dessa corrente reconhecem a insuficiência das

---

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 141-142.

convenções diante das novas questões que se apresentam, ou seja, que ainda não haviam sido postas diante das autoridades competentes para resolvê-los.

Em face desta insuficiência, o convencionalismo prega que nos casos difíceis, isto é, naqueles em que as convenções não têm a densidade suficiente para prever a solução de casos concretos, deve o juiz atuar de modo a encontrar outro argumento, além das fontes convencionais, para embasar sua decisão.

Segundo os partidários desta corrente, nas situações em que impera a incerteza e a obscuridade das regras, cabe aos juízes, de acordo com o seu entendimento, decidir o caso da melhor maneira possível, ainda que, na prática, não haja nenhum direito à parte de obter ganho de causa, vez que não há direitos previstos por convenções.

Deste modo, o convencionalismo sustenta, positivamente, que os juízes devem aplicar as convenções jurídicas existentes, seguindo o direito já posto, exceto em raras hipóteses – isso significa que devem aplicar as leis, ainda que injustas, uma vez que constituem direito. De modo negativo, defende que o único direito existente é aquele oriundo de decisões passadas obtidas através de questões de convenção e, conseqüentemente, em alguns casos, não há direito algum, em face da ausência de lei anterior ou qualquer outro procedimento especificado através de convenção para resolver a questão concreta. Nessas situações de “ausência de direito”, os adeptos do convencionalismo defendem o uso da discricionariedade pelos juízes, através do uso de subsídios extrajurídicos para obter um novo direito aplicável ao caso concreto.

Os convencionalistas sustentam que o grande trunfo de sua corrente reside no ideal das expectativas asseguradas. Isso significa que o convencionalismo, por entender que os juízes devem agir em conformidade com as convenções, que consistem em elementos simples e acessíveis a todos, evitaria decisões baseadas em apreciações próprias da moralidade política por parte do Judiciário. A atuação dos juízes, quando em observância a decisões anteriores estabelecidas por organismos convencionalmente autorizados, ainda quando acreditem se tratar de entendimento injusto ou equivocado, garantiria o atendimento às expectativas asseguradas.

Dworkin explica como os convencionalistas sustentam o ideal das expectativas asseguradas mesmo no caso de não haver direito previsto em convenções anteriormente estabelecidas. Afirmam os adeptos da corrente em

análise que a força do convencionalismo, nesses casos, está no fato de não ser possível aos juízes fingir que sua decisão decorre de uma convenção, quando na verdade as convenções são omissas, pois, se as convenções não delimitaram claramente um direito, este não existe. Nas palavras do autor:

A afirmação negativa insiste em que um juiz não pode recorrer à garantia do direito para tomar sua decisão quando não puder mostrar que as convenções o forçam a fazer o que faz, porque o ideal é corrompido por qualquer sugestão de que as decisões políticas do passado podem dar lugar a direitos e deveres diferentes daqueles ditados pela convenção.<sup>18</sup>

Assim é que, nos casos difíceis, o juiz exerce seu poder discricionário para criar um novo direito, que aplica retroativamente ao caso em tela. De acordo com os adeptos do convencionalismo, essa postura adotada pelo juiz busca efetivar a regra que o legislativo autorizado escolheria, ou ainda, tem por objetivo criar o direito de uma forma que melhor representaria os anseios populares, e, deste modo, garantiria o respeito ao ideal das expectativas asseguradas.

Nesse sentido, Dworkin sintetiza o pensamento convencionalista nos casos em que não há direito expresso:

Nesse modo de apresentar a situação, há muito espaço para se estipular que o juiz deve decidir de um modo que envolva o mínimo possível suas convicções políticas ou morais, e atribua a máxima deferência possível para com as instituições convencionalmente habilitadas a criar o direito. Uma vez que se deixe claro que o juiz cria um novo direito sob tais circunstâncias, como insiste o convencionalismo, parece plausível que ele escolha a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que, em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo.<sup>19</sup>

A partir disso, os partidários do convencionalismo sustentam que a suposta segurança proporcionada por esta corrente se ajustaria perfeitamente ao ideal democrático, pois coloca o juiz em uma posição de subordinação ao poder legislativo, limitando sua atividade à mera aplicação de textos normativos votados e aprovados pelas instituições de deliberação política democraticamente eleitas. Deste modo, os juízes estariam subordinados à vontade do povo ao decidirem os casos concretos.

Essa postura do judiciário, de crença na exclusividade das convenções jurídicas e, portanto, das leis, como fundamento exclusivo do direito, como meio de

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 145.

<sup>19</sup> DWORKIN, R. *Idem*, p. 147.

garantir o ideal de segurança jurídica, que limita a atividade do juiz à mera aplicação dos textos normativos (convenções jurídicas), poderia ser associada ao paradigma do Estado liberal<sup>20</sup>, uma vez que ambas depositam o conteúdo do direito nas leis, maximizando a importância do Legislativo, ao passo em que limitam ao máximo a atuação do Poder Judiciário.

No contexto do Estado liberal, visava-se salvaguardar o maior espaço de autonomia individual possível perante o poder público, uma vez que, de acordo com esse pensamento, os interesses individuais se sobrepõem aos coletivos. Em vista disso, para se garantir a mínima atuação estatal, mostrou-se necessária a elaboração de um conjunto de normas gerais e abstratas, que buscassem esgotar todo o direito da comunidade, produzindo segurança jurídica e resguardando o âmbito individual da intervenção do poder público.

Outrossim, o Estado liberal sustentava um rigoroso respeito ao princípio da separação dos poderes. O Poder Legislativo assumiu um papel de destaque à época, enquanto que ao Judiciário restou um papel apenas secundário, qual seja, o de aplicar automaticamente a letra da lei, de modo a banir a interpretação jurídica em nome de uma pretensa segurança jurídica.

Constata-se, desta feita, que o convencionalismo, guardadas as devidas proporções, ajusta-se às exigências de abstração e generalidade postas pelo paradigma liberal, com o fito de proporcionar segurança jurídica e de resguardar o indivíduo perante o poder do Estado.

No entanto, a postura convencionalista não se mostra adequada aos objetivos que propõe. Primeiramente, porque o ideal das expectativas asseguradas padece diante dos chamados casos difíceis, nos quais devem os juízes agir de modo discricionário, de acordo com sua convicção e moral. A surpresa e a insegurança que tal postura tanto quer evitar permanecem diante da discricionariedade atribuída aos juízes nessas situações. Nas palavras de Dworkin:

(...) o convencionalismo não protege contra a surpresa tão bem quanto o faria uma teoria mais simples e direta da jurisdição. Já vimos em que sentido o

---

<sup>20</sup> Dalmo de Abreu Dallari assim conceitua o Estado liberal: “O Estado liberal, resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como o *Estado mínimo* ou o *Estado-polícia*, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação política favoreceu a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 277.

convencionalismo é bilateral: insiste em que, se não for possível, num determinado caso, chegar a nenhuma decisão dentro da extensão explícita de uma convenção jurídica, o juiz é obrigado a criar um novo direito, o melhor possível. (...) 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 *status quo* seja preservado no tribunal, a menos que alguma regra dentro da extensão explícita de uma convenção jurídica exija o contrário.<sup>21</sup>

De fato, Dworkin sustenta que o convencionalismo paradoxalmente fracassa, pois os adeptos dessa corrente dedicam mais atenção às fontes convencionais do que o próprio convencionalismo permite, uma vez que na ausência de direito o juiz então deixaria de lado a coerência com as decisões passadas e “passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade”<sup>22</sup>.

Ademais, tal postura não atende aos ideais democráticos a que se propõe. Em que pese a intenção de proporcionar uma maior igualdade entre cidadãos através normas gerais e abstratas, de modo a supostamente proporcionar um julgamento mais democrático, vez que as decisões estariam subordinadas à vontade popular, esse ideal passa por cima do respeito às diferenças. É que o ideal democrático atual exige mais que homogeneidade: exige respeito às diferenças existentes em uma sociedade plural e complexa.<sup>23</sup>

Deste modo, cumpre destacar que, como afirma Dworkin, o convencionalismo falha como interpretação de nossa prática jurídica, pois as convenções jurídicas – leis – não têm o condão de esgotar a complexidade da sociedade atual, e uma postura que entenda que o direito existente é exclusivamente o contido em tais

---

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 173-174.

<sup>22</sup> DWORKIN, R. *Idem*, p. 159.

<sup>23</sup> É neste sentido o entendimento de Denise Travassos Gama, para quem “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”. GAMA, Denise Travassos, *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*, p. 42. Ainda sobre a complexidade das sociedades modernas, Menelick de Carvalho Netto salienta: “Na modernidade, vivemos em uma sociedade instável, uma sociedade que se alimenta de sua própria instabilidade, uma sociedade absolutamente implausível. (...) Trata-se de um tipo de sociedade que requer um grau recorrentemente mais alto de complexidade para a sua própria reprodução, uma sociedade, portanto, insatisfeita consigo mesma. Desde o seu nascimento, uma sociedade que (...) tornou plausível e exigiu a idéia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais, em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes de exercermos nossas diferenças (...). CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.142-143.

convenções se mostra insuficiente para dar respostas que atendam aos anseios da comunidade. Além disso, o convencionalismo passa por cima do importante papel desempenhado pelos princípios no ordenamento jurídico, qual seja, o de orientar as decisões judiciais, principalmente na ausência de regras explícitas, uma vez que, além de serem dotados de caráter normativo, os princípios auxiliam de modo superior na resolução dos casos concretos, eis que seu caráter aberto e sua dimensão moral permitem a melhor adaptação às diferentes situações de litígio que se apresentam ao Judiciário.

Traçadas as principais características do convencionalismo, cumpre demonstrar como essa postura é utilizada na resolução de casos envolvendo o direito individual a medicamentos e porque ela é insuficiente para obtenção de respostas satisfatórias na efetividade do direito à saúde.

## **2.2 O convencionalismo aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos**

Analisadas as principais características do convencionalismo, cumpre demonstrar como a corrente convencionalista opera na decisão de casos que envolvem o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Como explicitado anteriormente, o convencionalismo consiste na postura que identifica o direito com as chamadas convenções jurídicas, ou seja, com o conjunto de decisões políticas do passado – legislação e precedentes. Assim, se não houver direito expressamente previsto por essas convenções, não tem a parte o direito a ganho de causa, casos em que, de acordo com seus adeptos, o juiz deve agir de modo discricionário e criar um novo direito, a ser aplicado retroativamente à situação concreta.

É possível encontrar elementos do pensamento convencionalista na base de decisões que negam o fornecimento de medicamentos, por acreditar que os direitos sociais constitucionais, dentre os quais o direito à saúde expresso no art. 196 e seguintes, consistem em normas meramente programáticas e, ante a falta de lei infraconstitucional que as regule, ignoram a existência de um direito subjetivo ao fornecimento de medicamentos. Tais decisões, nos moldes do convencionalismo descrito por Dworkin, negam que haja direitos que não aqueles expressamente referidos em regras.

Veja-se, neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação – pela via do mandamus – eis que não delimitado seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da legislação integrativa. **Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolverem-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena”, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.** Na regra jurídico-constitucional que dispõe “todos têm direito e o estado o dever – dever de saúde – como afixam os constitucionalistas, na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o estado devedor não se fundamenta em vínculo juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes” (Grifou-se) (STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS. Brasília. Rel: Ministro Demócrito Reinaldo. Publicado no Diário da Justiça em 17/06/1996)

O acórdão acima negou provimento ao Recurso interposto da decisão que denegou o Mandado de Segurança impetrado pelo paciente, que sofria de uma grave moléstia e, para manter-se vivo e saudável, necessitava de um aparelho apropriado existente nos Estados Unidos.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos seguintes:

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 de 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.** (Grifou-se) (TJSP. Agravo de Instrumento n. 46.585-5. 7ª Câmara de Direito Público. São Paulo. Rel: Guerrieri Rezende. 01/09/1997 – V.U 799/317).

Com efeito, constata-se que ambas as decisões embasaram-se na mesma sorte de argumentação para indeferir os pleitos dos requerentes, qual seja, a

---

<sup>24</sup> Em que pese a decisão em tela não tratar especificamente da questão de concessão de medicamentos, entende-se que a reivindicação do impetrante é análoga, eis que consiste igualmente em pretensão positiva por parte do estado, e que envolve a alocação de grandes somas.

alegação de que têm natureza programática os artigos referentes aos direitos sociais – no caso em tela, o direito à saúde mencionado nos arts. 196 e ss. da Constituição Brasileira. Assim, defenderam que diante da ausência de normas regulamentadoras do direito em questão, não há que se falar em direito subjetivo das partes à obtenção do medicamento pretendido, em nome do direito à saúde.

Segundo os argumentos exarados nos acórdãos, as normas constitucionais por si só não conferem aos cidadãos um direito subjetivo oponível ao Estado, uma vez que não são dotadas de eficácia plena e dependem de legislação complementar para serem exigíveis.

Veja-se, nesse sentido, o comentário de Pinto Ferreira sobre o direito à saúde e dever do Estado para garanti-lo, conforme disposto pelo art. 196 da Constituição Federal:

Tal direito de saúde na realidade é bastante inócuo, pois não cabe a determinada pessoa uma ação para exigir do Estado o cumprimento de tal direito (...). Não há nenhuma ação conferida à pessoa para tornar completo o direito à saúde. Um direito sem ação a assegurá-lo nada é; também uma ação sem direito que a fundamente não é nada. Assim sendo, o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não seja estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou o Poder Público.<sup>25</sup>

Tal entendimento, assim, ao fazer o direito à saúde depender de norma infraconstitucional para se tornar exigível, crê na legislação geral e abstrata como única maneira de resolver os problemas do direito colocados pelas situações concretas. E é nesse sentido que essas manifestações judiciais se relacionam com o convencionalismo, uma vez que depositam todo o conteúdo do direito nas convenções jurídicas, vale dizer, nas leis. Assim, não havendo lei que contenha expressamente o direito às prestações positivas pleiteadas – medicamentos e outros insumos necessários à manutenção de condições adequadas de saúde – negou-se o direito dos sujeitos, sob o argumento de que as normas constitucionais utilizadas para embasar o pedido são meramente programáticas e, portanto, não geram um direito subjetivo.

É possível identificar, também, resquícios do paradigma liberal nesta sorte de posicionamento. Para os liberais, a Constituição tem por função precípua a limitação dos poderes do Estado. Não tem a Lei Magna o condão de instituir direitos subjetivos exigíveis perante o Estado – a instituição de direitos está a cargo do

---

<sup>25</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 17.

Legislativo, órgão democraticamente eleito.<sup>26</sup> Nesse sentido, ao Judiciário cabe um papel meramente secundário, que é o de servir como a “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>27</sup>. Assim, a observância restrita das leis e ao princípio da separação dos poderes garantiriam o ideal das expectativas asseguradas e o respeito ao ideal democrático, tão enaltecido pelos liberais.

É o que se verifica nas decisões mencionadas. Os magistrados limitaram-se à subsunção das regras aos casos concretos. E, como não há previsão expressa de fornecimento de medicamentos ou de outras prestações positivas visando garantir a saúde nas regras constitucionais, restringiram-se os juízes a denegar o pedido, por entenderem que o direito à saúde, conforme expresso na Constituição, tem a intenção tão-somente de servir como norte ao legislador e ao Poder Executivo, não criando direitos subjetivos que possam ser exigíveis perante o Poder Judiciário.

Convém mencionar, outrossim, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, em que pese ter reconhecido o direito subjetivo da parte ao fornecimento do medicamento pleiteado, só o fez em vista de lei infraconstitucional que regulamenta expressamente o direito dos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida à obtenção de medicamentos gratuitamente, pois para o relator do caso, o art. 196 da Constituição Brasileira é norma meramente programática.

CONSTITUCIONAL – SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA – AIDS –  
SAÚDE PÚBLICA – LEI N. 9.313/96 – CF ART 196 – NORMA PROGRAMÁTICA –  
MEDICAMENTOS – ESTADO – FORNECIMENTO GRATUITO – DIREITO LÍQUIDO  
E CERTO

---

<sup>26</sup> Menelick de Carvalho Netto descreve com precisão o espírito das Constituições Liberais: “ (...)uma constituição ideal, tal como sonhada pelo liberalismo, declarando a existência de direitos universais de igualdade e liberdade inatos a todos e estabelecendo as bases da organização política de modo a transformá-la, estruturalmente, de uma ameaça ao livre exercício desses direitos em uma garantia do seu livre curso na sociedade civil. A Constituição que deveria ser perfeita, que deveria funcionar como o mecanismo de um relógio. (...) Os homens daquele período, no entanto, teimavam em crer na possibilidade de uma Constituição racional, perfeita, capaz de permitir à sociedade ‘funcionar como um relógio’ por si só. Acreditavam, em sua inocência histórica, ser possível a Constituição perfeita que traduziria mecanicamente a verdade universal e evidente dos direitos racionais, inegáveis a qualquer ser humano, reconhecendo-os, internalizando-os e garantindo-os nas próprias bases da organização política. O problema residiria apenas em que ela *ainda* não havia sido feita”. CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 147.

<sup>27</sup> A expressão é de Montesquieu, ao afirmar, na sua obra clássica *Do Espírito das Leis*, que “os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela”. Tal pensamento traduz, em síntese, a posição ocupada pelo Judiciário no ideário liberal.

1. Reunidos os processos cautelar e principal, o julgamento dos pedidos nele formulados em uma só sentença não constitui nulidade.
2. “Nula é a decisão da qual, em termos absolutos, ausenta-se qualquer fundamentação. A decisão sucinta e singela não fica contaminada de nulidade” (Des. Vanderlei Romer, JC 80/448)
3. Com o advento da Lei n. 9.313/96, o portador de HIV passou a ter direito líquido e certo à medicação necessária ao tratamento. **A lei deu efetividade à norma constitucional programática (CF, art. 196).** (Grifou-se) (TJSC. Apelação Cível n. 98.001145-0 e 98.001146-9. Florianópolis. Rel: Des. Newton Trisotto)

Nesse acórdão, verifica-se que a concessão do medicamento pleiteado pela paciente se deu com base em lei que expressamente prevê o direito de pacientes portadores de imunodeficiência adquirida a obter os medicamentos de forma gratuita. Pelos argumentos utilizados pelo relator do caso, Desembargador Newton Trisotto, infere-se que, caso não existisse a referida lei, padeceria o direito da portadora do vírus HIV de obter os medicamentos através do Estado, de forma gratuita, eis que o art. 196 consiste em norma meramente programática.

Essa decisão, assim como as anteriores, coaduna-se com os argumentos convencionalistas, por sustentar que as leis são o fundamento único dos direitos, uma vez que o medicamento foi fornecido apenas por haver norma infraconstitucional – convenção jurídica – que regulamentou expressamente o direito de fornecimento de medicamentos para o tratamento de pacientes infectados com o HIV.

Decisões como as mencionadas acima são minoritárias nos dias atuais, por sustentarem uma concepção ultrapassada da Constituição e do papel do Judiciário na resolução dos casos concretos, eis que permeada por resquícios do paradigma liberal. A concepção liberal de Constituição há muito se mostra insuficiente para apresentar respostas satisfatórias às questões cotidianas.<sup>28</sup> Como já exposto no item 2.1, o argumento de que uma sociedade regida por leis gerais e abstratas seria mais democrática padece a partir do momento em que se verifica que a democracia sustenta-se no respeito às desigualdades e ao pluralismo, e não mais na homogeneidade.

---

<sup>28</sup> Sobre os efeitos devastadores do constitucionalismo liberal, Menelick de Carvalho Netto afirma: “O constitucionalismo clássico, ao desconhecer as diferenças materiais, as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos, a título de buscar proteger-lhe a liberdade, afirmo uma compreensão exclusivamente formal e intimamente associada à propriedade privada da igualdade e da liberdade, que possibilitou a maior exploração do homem de que se tem notícia na história”. CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 149.

Ademais, entender o art. 196 da CF como norma programática e fazer o direito subjetivo dos cidadãos ao fornecimento de medicamentos depender de regra explícita gera como consequência a mitigação da eficácia do direito à saúde. Na esteira do que propõe Dworkin, é preciso ter em mente que o direito não se esgota nas regras. É essa a tese central do autor em sua obra *Taking Rights Seriously*, na qual o autor critica as correntes positivistas que sustentam que as regras são a única fonte do direito, ignorando o importante papel desempenhado pelos princípios, notadamente na resolução dos chamados casos difíceis.<sup>29</sup>

A atuação judicial nos moldes do convencionalismo, isto é, aquela que deposita o conteúdo do direito nas regras, tal como nas decisões dos tribunais supra mencionadas, ignora a força dos princípios na ordem jurídico-constitucional, e, nesse sentido, deixa de levar o direito à saúde a sério. É que, de acordo com o que propõe Dworkin, a redução do direito às regras é insustentável, pois essas são incapazes de prever e regular a totalidade das situações concretas, complexas e irrepetíveis que se apresentam à análise judicial. Ora, leis gerais e abstratas não só não esgotam os problemas levados a juízo como também os inauguram<sup>30</sup> – além de mitigarem os direitos (não os levarem a sério), dão margem à atuação discricionária dos juízes, que criam um novo direito diante da ausência ou obscuridade das regras.

Assim, nas palavras do autor:

Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas<sup>31</sup>.

Dworkin, então, critica a racionalidade jurídica fundada em normas para sustentar a superioridade da racionalidade fundada em princípios. Ora, não se pode olvidar que os princípios também contêm direitos, ainda que o façam de modo distinto das regras jurídicas. Enquanto as normas contêm a descrição detalhada das condições necessárias à sua aplicação e prevêm as consequências automáticas

<sup>29</sup> A este respeito, Vera Karam de Chueiri assevera: "DWORKIN objeta radicalmente a premissa positivista, pois entende que há casos nos quais as proposições jurídicas não aludem às regras de direito, cuja existência depende de sanção institucional, mas a princípios cujos conteúdos são, geralmente, controversos. Sua objeção respeita o cerne da sua teoria liberal do direito: os direitos individuais, ou seja, direitos que são anteriores àqueles criados pela legislação, uma vez que baseados em princípios, e que podem ser interpostos contra o Estado. CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 63.

<sup>30</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. [Transformações na teoria do Direito Constitucional no século XXI]. *Revista do Tribunal de Contas – MG*, v.65, n.4, p. 09. Entrevista.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. p. 72.

que irão se configurar, caso satisfeitas as condições previstas, os princípios apontam a decisão correta a ser tomada no caso concreto, em face de exigências de justiça, equidade ou outra faceta da moralidade, mas que por si só não a determinam. Esse caráter aberto, dependente do caso concreto para definir seu conteúdo material, mostra-se apto a enfrentar as mais variadas situações, o que exige uma postura interpretativa do aplicador, que deverá, diante dos fatos concretos, reconhecer o princípio adequado à melhor solução do litígio.

Neste sentido, isto é, como princípio, é que deve ser compreendido o direito fundamental à saúde. A concepção principiológica é capaz de fornecer respostas muito mais interessantes às complexas causas envolvendo a saúde. Diante do caso concreto, o aplicador, através da postura interpretativa crítico-construtiva, verificará que argumento de princípio aponta para a melhor decisão possível.

Logo, compreendido o direito à saúde como princípio, é insustentável o argumento de que a ausência de lei regulamentadora do art. 196 inviabiliza a realização do direito ao fornecimento de medicamentos. Uma vez que se trata de direito fundamental, inserido no Título III – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, deve ser garantido. E essa garantia passa necessariamente por uma postura ativa do Judiciário, que não se limita à atuação como a “boca que pronuncia as palavras da lei”, mas sim uma atuação com vistas ao caso concreto, que reconhece e aplica os direitos das pessoas colocados à sua apreciação.

Reconhecida a força normativa dos princípios, cabe ao Judiciário levá-los a sério, aplicando-os através de uma postura interpretativa, de modo a proporcionar a melhor leitura possível do direito à saúde, em conformidade com as exigências de justiça, equidade e moralidade.

### 3 O PRAGMATISMO

Analisado o convencionalismo enquanto acepção da prática jurídica, bem como verificado de que maneira opera nos casos que envolvem o direito à saúde, e por que não apresenta respostas satisfatórias às questões colocadas ao Judiciário, passa-se ao estudo da postura interpretativa a que Dworkin denominou pragmatismo jurídico.

Em um primeiro momento, são expostos os principais elementos da corrente pragmatista. Posteriormente, serão analisados julgados dos tribunais brasileiros que podem ser associados ao pragmatismo, para então indicar-se por que a corrente ora em análise não mostra os casos que envolvem o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos sob sua melhor luz.

#### 3.1 Principais aspectos do pragmatismo

A segunda concepção interpretativa descrita por Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, é a que o autor denominou de pragmatismo. Trata-se de uma acepção cética da prática jurídica, isto é, uma corrente que nega que as decisões do passado tenham, por si só, o condão de justificar a atuação coercitiva do Estado

Consiste em uma acepção do direito com os olhos voltados para o futuro, uma vez que não considera as leis e os precedentes como fontes exclusivas do direito. Logo, não é a observância ao passado a justificativa para a atuação estatal, como querem os convencionalistas. Para os pragmatistas, a justificativa encontra-se na justiça, na eficiência ou alguma outra virtude decorrente da decisão coercitiva, de acordo com o que os magistrados julguem ser o melhor para a comunidade como um todo, no futuro.<sup>32</sup>

Diante da ausência de compromisso com as decisões políticas passadas, segue-se que um direito é negado se dele decorrer prejuízo à comunidade, ainda que esteja expresso em leis ou consolidado em decisões anteriores. Ainda que, por vezes, as fontes convencionais do direito possam servir como base da decisão

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 185. Sobre esse aspecto da teoria pragmatista, Vera Karam de Chueiri assevera: “Com este propósito, o juiz pragmatista, ao tomar uma decisão, estará realizando uma promessa de felicidade: a melhor comunidade para o futuro. O significado dessa promessa fica ao arbítrio da compreensão do juiz sobre a melhor comunidade.” CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 116 – 117.

judicial, isso só ocorrerá se elas servirem ao ideal de uma comunidade melhor para o futuro, bem como se atenderem aos pressupostos de clareza e objetividade. Ademais, as fontes convencionais só devem auxiliar na predição de decisões benéficas para a comunidade no futuro, enquanto não cessar o efeito desejado e continuarem a atender os anseios da comunidade – quando não mais tiverem êxito em atender a essas exigências, devem ser abandonadas.<sup>33</sup>

Nesse sentido é que Dworkin afirma que no pragmatismo os direitos existem na forma “como se”, pois os adeptos desta corrente rejeitam as pretensões que não sejam estratégicas, ou seja, que não proporcionem um aumento do bem-estar geral da comunidade no futuro. Nas palavras do autor:

O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções de direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independente.<sup>34</sup>

Deste modo, a busca pela melhor comunidade no futuro estimula os juízes a agir de acordo com as suas próprias convicções morais, ignorando as fontes convencionais – leis e precedentes – e os direitos por elas previstos. Não há convenções previamente estipuladas acerca do que é uma comunidade melhor, donde resulta a atuação discricionária do magistrado, que acaba por se decidir, de acordo com suas convicções morais e políticas, pela solução mais benéfica para a coletividade a longo prazo. Segundo os defensores do pragmatismo, o prejuízo causado às instituições jurídicas pela desconsideração das fontes convencionais é insignificante, em face do benefício da promessa de uma sociedade melhor no futuro.

Diferentemente do que sustenta o convencionalismo, que maximiza a importância das leis e, por conseguinte, do Poder Legislativo, por acreditar que a atuação dos juízes deve se restringir à subsunção de regras a um caso concreto, o pragmatismo deposita todas as fichas na atuação do Poder Judiciário. Logo, é o juiz que, através de suas próprias convicções, tomará a decisão que supostamente se converterá em maior benefício para a comunidade. É de se ressaltar que não é

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 188-190.

<sup>34</sup> DWORKIN, R. *Idem*, p. 195.

necessário que tal decisão esteja atrelada às decisões políticas passadas, pois basta para justificar a atuação judicial uma questão estratégica, isto é, o que o próprio magistrado considera mais benéfico para a coletividade no futuro.

Tendo em vista essa busca pelo bem-estar da coletividade no futuro, poderia se associar o pragmatismo ao paradigma do Estado social<sup>35</sup>, guardadas as devidas proporções. Este paradigma foi o resultado de um penoso aprendizado: constatou-se que leis gerais e abstratas, tal como previa o constitucionalismo liberal clássico, não só não garantiram a igualdade, uma vez que incapazes de perceber a pluralidade existente entre os indivíduos, como também provocaram a “maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história”. Impôs-se, então, um grande desafio ao Estado social: resgatar a cidadania da grande massa de desvalidos.<sup>36</sup>

E, no desiderato de cumprir essa missão, houve uma re-significação do papel do Estado frente aos cidadãos. Do ideal de um Estado mínimo, passa-se ao ideal do Estado interventor, responsável por garantir a igualdade de fato entre os cidadãos através da materialização dos direitos sociais. Nesse contexto, ganha maior expressão o Poder Judiciário, que deixa de ser apenas a “boca da lei” – ele passa, juntamente com os outros dois poderes, a ser responsável pela efetivação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, que ganham importância significativa nesse contexto.

Assim, o pragmatismo, por sustentar que um direito não pode ser exigível se dele decorrer prejuízo para a comunidade, eis que os direitos individuais seriam meros instrumentos a serviço do melhor futuro da sociedade, dá primazia à coletividade em detrimento dos direitos individuais, à semelhança do paradigma do Estado social. Ademais, a função atribuída ao Judiciário, qual seja, a de avaliar, de acordo com as suas convicções, a decisão que terá melhor projeção na comunidade futura, assemelha-se, de certo modo, à prática judiciária estimulada pelo constitucionalismo típico do Estado social.

---

<sup>35</sup> Sobre o Estado social, Dalmo de Abreu Dallari assevera a atitude intervencionista do Estado que se seguiu às desastrosas injustiças sociais resultantes do *ultraindividualismo* do Estado liberal. “Assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação de serviços fundamentais a todos os indivíduos, o Estado vai ampliando a sua esfera de ação. É a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício (...) leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 277-279.

<sup>36</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direita Fundamentais*, p. 149.

Dworkin reconhece que a postura pragmatista apresenta vantagens em relação ao convencionalismo. Segundo o autor, a prática jurídica nos moldes pragmatistas é mais promissora para o desenvolvimento e evolução da cultura jurídica, já que as estratégias que visam o interesse geral serão naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial<sup>37</sup>, ao contrário da estagnação própria das fontes convencionais.

Mas em que pese a vantagem apresentada, o pragmatismo também falha enquanto concepção da prática jurídica. E o faz pela seguinte razão: a própria comunidade não espera que os juízes ajam como pressupõem os pragmatistas. A delegação tácita de poder legislativo aos juízes, sustentada pelos defensores do pragmatismo, simplesmente não ocorre. Ao contrário – as pessoas acreditam que têm direitos e que cabe ao Judiciário garanti-los, e que os juízes que agem de acordo com a teoria pragmatista estão, de certa maneira, usurpando o poder reservado ao legislativo.<sup>38</sup>

Nesse sentido, cumpre observar que a atuação judicial nos moldes do pragmatismo, uma vez que se volta para um objetivo coletivo da sociedade, através de uma promessa de bem-estar geral, baseia-se em argumentos políticos, que são, nas palavras de Dworkin, aqueles que “justifican una decisión política demonstrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo”<sup>39</sup>. E, como já discutido anteriormente (item 2.2), esses argumentos não são e não devem ser utilizados pelo judiciário no exercício de suas funções, pois são privativos dos órgãos de deliberação jurídica, democraticamente eleitos. A atuação judicial deve ser pautada por argumentos de princípio, e apenas por eles, sob pena de se incorrer em grave violação ao princípio da separação dos poderes. Assevera Dworkin que mesmo os casos difíceis devem ser gerados exclusivamente por argumentos de princípio, e não por argumentos políticos, que são, evidentemente, de competência dos órgãos representativos.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 192.

<sup>38</sup>DWORKIN, R. Idem, p. 196 – 197. Sobre o assunto, ver também GAMA, Denise Travassos. Obra citada, p. 78.

<sup>39</sup>DWORKIN, R. *Los Derechos en serio*, p. 148.

<sup>40</sup>DWORKIN, R. Idem, p. 149- 150. Sobre o assunto, Vera Karam de Chueiri assinala que o desafio imposto ao pragmatismo enquanto concepção da prática jurídica não é o “reconhecimento dos direitos jurídicos, mas sim o reconhecimento dos princípios, sua existência e imprescindibilidade como elemento central à judicância e, sob o ponto de vista mais abrangente, à justificação da coerção”. CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 121.

Com efeito, as decisões geradas por argumentos de princípio são dificilmente refutáveis, ao contrário das fundadas em argumentos de política, eis que aquelas descrevem direitos e buscam a realização dos direitos individuais, enquanto que estas redundam em “expedientes imediatistas de consecução de felicidade geral, leia-se, mendigadas doses de bem comum”. Ademais, vale ressaltar a instabilidade dos argumentos de política, o que também onera a decisão quanto à sua fragilidade e inconsistência.<sup>41</sup>

Desta feita, na esteira do que propõe Ronald Dworkin, pode-se afirmar que decisões que apresentam respostas adequadas às perguntas colocadas pela sociedade plural e complexa do Estado Democrático de Direito são as geradas por argumentos de princípio, tal como exige o direito como integridade, que será analisado detalhadamente no Capítulo 4 deste trabalho. Ora, o contexto da sociedade moderna exige a compreensão de que a relação existente entre as esferas pública e privada não é de primazia de uma sobre a outra, como previa o paradigma do Estado social,<sup>42</sup> mas sim de complementaridade. O pragmatismo, na medida em que sustenta a supremacia do bem-estar da coletividade em detrimento dos direitos individuais, ignora essas contingências e, deste modo, sobrepõe-se ao órgão deliberativo democraticamente eleito, e ignorando a necessidade de discurso na construção da cidadania e violando o princípio da separação de poderes, pois é tarefa das instâncias deliberativas delinear as políticas adequadas para a comunidade. Ademais, ao negar pretensões juridicamente tuteladas em nome de um suposto benefício à comunidade, o pragmatismo não leva os direitos a sério.

Já o direito como integridade revela-se capaz de dar as melhores respostas a uma sociedade plural e complexa, uma vez que requer decisões fundadas em princípios – estes, em face de seu caráter aberto e sua dimensão moral, exigem um

---

<sup>41</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 75-78.

<sup>42</sup> A respeito do Estado social, bem salienta Menelick de Carvalho Netto que seu objetivo maior – produzir cidadania entre a grande massa de necessitados – não se concretizou. Isso porque tal entendimento logrou apenas atingir clientelismo, jamais cidadania. Desconsiderou-se a reciprocidade existente entre o individual e o coletivo, bem como foi desprezada a necessidade de discurso na construção da cidadania. CARVALHO NETTO, Menelick, “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 150. No mesmo sentido, Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni: “Pois, da mesma forma que a cidadania não é algo natural, que se garante tão-somente pelo reconhecimento de direitos privados e de uma esfera de livre arbítrio, cidadania não se ganha, nem se concede, mas se conquista. Exige luta, reconhecimento recíproco e discussão, através de todo um processo de aprendizado social, sujeito, inclusive, a tropeços”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e indisponível realidade político-social)*, p. 06-07.

judiciário sensível às peculiaridades de cada caso concreto e que tenha em vista a garantia dos direitos individuais. Ao contrário do pragmatismo, o direito como integridade não invade a seara do legislativo para decidir o que, de acordo com seu juízo moral, poderia ser melhor para comunidade no futuro, mas desempenha o importante papel de aplicar e garantir os direitos pré-estabelecidos pela comunidade.

Traçadas as linhas mestras do pragmatismo, será demonstrado como essa postura pode ser associada a determinadas decisões dos tribunais brasileiros que versam sobre o direito individual a medicamentos, bem como por que essa acepção da prática jurídica não é capaz de fornecer a melhor leitura do direito à saúde.

### **3.2 O pragmatismo aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de medicamentos**

Como visto no item acima, o pragmatismo é a postura interpretativa da prática jurídica que sustenta que a atuação judiciária deve ser pautada por questões de eficiência, de modo a repercutir em uma melhora futura na sociedade como um todo. Tal objetivo permite inclusive a desconsideração de pretensões juridicamente tuteladas, ou seja, possibilita que uma parte não tenha um direito a determinada prestação, ainda que expressa e claramente prevista, se de sua efetivação puder decorrer um prejuízo para a comunidade como um todo. Ao agir de acordo com esse entendimento, os juízes tomam decisões geradas por argumentos de política e tratam os direitos na forma “como se”, desviando-se da argumentação de princípio para indagar sobre questões estratégicas, a fim de atingir o que entendem ser melhor para a comunidade no futuro.

É possível identificar elementos do pragmatismo em decisões que negam o direito individual a medicamentos com base no argumento de que um único indivíduo não pode reivindicá-los, sob pena de supostamente prejudicar os serviços de saúde destinados à coletividade; em decisões que rejeitam o pleito em nome das possibilidades orçamentárias do Estado, condicionando o atendimento das demandas pelo Judiciário à chamada cláusula da “reserva do possível”<sup>43</sup>; ou ainda,

---

<sup>43</sup> O conceito de reserva do possível compreende o conflito existente entre necessidades infinitas e escassez de recursos. Trata-se de elemento não-jurídico, mas que é freqüentemente utilizado em decisões judiciais envolvendo prestações positivas, notadamente relativas aos direitos sociais, tais como o direito à saúde. Ingo Wolfgang Sarlet refere-se à reserva do possível como espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, não obstante possa atuar também como garantia desses

naquelas que se utilizam do mecanismo de ponderação do direito à saúde com outros princípios supostamente conflitantes.<sup>44</sup>

Veja-se, nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE LIMINAR - DEVE SER SUSPensa A LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA RELATIVA À OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO PELO ESTADO DO PARANÁ DO MEDICAMENTO RITUXIMAB (MABTHERA) A PACIENTE PORTADOR DE NEOPLASIA DO SISTEMA LINFÁTICO **PARA EVITAR LESÃO À ORDEM PÚBLICA E À ORDEM ECONÔMICA** - INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 167 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO ARTIGO 4.º DA LEI N.º 4.348/1964 - RECURSO DESPROVIDO. 1. Configura grave risco de lesão à ordem e à economia públicas a decisão liminar em Mandado de Segurança que obriga o Estado do Paraná a adquirir o medicamento Rituximab (Mabthera), com **altíssimo custo ao sistema público de saúde**. 2. Há a caracterização de grave lesão à economia pública a aquisição de medicamento que representa um gasto de R\$ 33.677,20 (trinta e três mil, seiscentos e setenta e sete reais e vinte centavos), referente a quatro semanas consecutivas de tratamento, em relação a um único paciente. 3. Também caracteriza o risco de lesão à ordem pública, haja vista que poderá ocorrer o **comprometimento dos serviços colocados à disposição dos outros titulares de direitos fundamentais**. 4. Necessidade de atendimento aos princípios da **reserva do possível e da proporcionalidade**. 5. Recurso desprovido. (TJPR - Órgão Especial - A 0371272-7/01 - Londrina - Rel.: Des. Tadeu Marino Loyola Costa - Unânime - J. 13.12.2006) (Grifou-se)

Na situação acima, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Tadeu Marino Loyola Costa, achou por bem suspender a liminar no Mandado de Segurança que reconheceu a obrigação de fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo a paciente portador de patologia grave. Para tanto, sustentou que a concessão do medicamento ao indivíduo acarretaria lesão à ordem econômica, em face do elevado custo do remédio, bem como lesão à ordem pública, pois o reconhecimento do direito individual ao medicamento, no entender do magistrado, comprometeria os serviços públicos colocados à disposição da sociedade. Por fim, afirmou a necessidade da observância ao princípio da reserva do possível e da proporcionalidade.

A argumentação utilizada na decisão mencionada evidencia prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais. O Desembargador, ao mencionar o risco à

---

direitos, ou seja, nas hipóteses em que se referir à indisponibilidade de recursos com o escopo de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. O autor alude ainda a uma triplíce dimensão da reserva do possível: a) disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos naturais e humanos. c) a questão da proporcionalidade da prestação. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 304-305.

<sup>44</sup>O mecanismo de ponderação é o subsídio do qual se utilizam os teóricos da chamada corrente axiológica, cujo expoente principal é Robert Alexy. Segundo este entendimento, a Constituição deve ser vista como uma ordem concreta de valores a serem ponderados e realizados na medida do possível, no âmbito de cada caso concreto.

ordem pública, por acreditar que a concessão do medicamento de alto custo a um único paciente poderia prejudicar o acesso às políticas públicas de saúde de outros titulares de direitos fundamentais, negou o direito individual do paciente.<sup>45</sup>

Esse posicionamento pode ser associado ao pragmatismo na medida em que se desprezou um direito individual juridicamente tutelado por acreditar que dele decorreria prejuízo futuro à comunidade como um todo, pois o pragmatismo “nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque uma legislação assim estabeleceu”<sup>46</sup>. Assim, o Desembargador, concebendo o direito à saúde na forma “como se”, suspendeu a liminar que reconheceu a obrigação estatal do fornecimento do medicamento.

Depreende-se da decisão em tela, igualmente, a referência a argumentos relacionados às possibilidades orçamentárias do Estado, bem como menção à necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade e da reserva do possível. São comuns decisões nesse mesmo sentido, isto é, que sustentam que a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário deve ser pautada pela chamada cláusula da reserva do possível e também em face de outros interesses igualmente protegidos pela Constituição, ou seja, devem ser ponderados com os princípios supostamente conflitantes.

A este respeito, veja-se o entendimento exteriorizado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS,

---

<sup>45</sup> Neste sentido, veja-se a seguinte decisão: TJRJ, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, MS nº 220/98, Rel. Des. Antonio Lindberg Montenegro, j. 17.12.98: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender os interesses mais imediatos da população”.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 186.

DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...)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 de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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. (...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política**. (...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) **a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas**. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (...) (STF. Despacho do Rel. Min. Celso de Mello. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.45/DF. DJ 04/05/2004. PP-00012). (Grifou-se)

Conforme se infere da argumentação exarada pelo Ministro Celso de Mello, cabe ao Judiciário, excepcionalmente, isto é, na omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, instituir e implementar políticas públicas concernentes à efetivação de direitos fundamentais, tais como políticas públicas de saúde. No entanto, sustenta o mencionado Ministro que essa atuação extraordinária dos magistrados deve ser limitada pela capacidade econômico-financeira do Estado, ou seja, o atendimento às demandas individuais deve respeitar a cláusula da reserva do possível. Logo, a atuação excepcional do judiciário na implementação de políticas públicas deve ser pautada por dois requisitos, concomitantemente: a) a razoabilidade da demanda individual; b) disponibilidade orçamentária estatal.

Decisões como as acima mencionadas, na medida em que conferem um amplo e ativo papel ao Judiciário, de modo a decidir não apenas sobre a demanda que lhe foi apresentada, mas também sobre questões econômico-financeiras e outros aspectos voltados para a coletividade, apresentam traços característicos do pragmatismo jurídico. Ao mesmo tempo em que levam em consideração questões alheias ao direito pleiteado – a alegada insuficiência de recursos, por exemplo – negam um direito fundamental constitucionalmente previsto em nome daquilo que o magistrado considera adequado à sociedade brasileira como um todo, a fim de evitar, como na decisão proferida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, “violação à ordem econômica”.

Os juízes, ao ponderar os direitos supostamente em conflito para chegar à resolução do caso concreto, decidem, então, tendo em vista aquilo que acreditam ser benéfico para a comunidade no futuro, utilizando-se, para tanto, de argumentos externos ao direito demandado, como a capacidade econômico-financeira do Estado e a suposta lesão à ordem pública na hipótese da concessão do pleito do requerente. E é nessa medida que tais decisões se aproximam do pragmatismo jurídico, pois visam decidir o caso concreto em face de questões de estratégia e eficiência, à luz do que os magistrados entendem como melhor para a sociedade brasileira, e não sobre o que seria constitucionalmente adequado.

A atuação judicial nesses moldes é característica da corrente axiológica ou jurisprudência dos valores, que propõe a compreensão da Constituição como uma ordem concreta de valores, gerando, assim, decisões que levam em consideração argumentos alheios ao direito levado à análise do judiciário, tais como questões econômicas e de políticas públicas. Esse posicionamento vai de encontro à teoria sustentada por Alexy, para quem os direitos fundamentais, enquanto normas principiológicas, são mandados de otimização que determinam que algo seja realizado na “maior medida possível”, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes.<sup>47</sup>

Desta feita, convém observar que, segundo o autor alemão, os princípios contêm em si mandados que não são definitivos, mas tão-somente *prima facie*. Isso significa que há um caminho a ser seguido entre o direito *prima facie* e o direito definitivo, o qual passa, obrigatoriamente, pela consideração das razões

---

<sup>47</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

contrapostas e a harmonização entre elas, através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Nestes termos, Alexy reputa imprescindível a utilização de um mecanismo racional apto a dirimir as exigências em conflito, especialmente nos casos relativos a direitos fundamentais, eis que, como princípios, devem ser realizados na maior medida possível. Segundo o autor alemão:

Si uno echo una mirada a los argumentos en pro y en contra de los derechos fundamentales sociales, nota claramente que ambas partes pueden aducir razones de peso. La solución reside en un modelo que tome en cuenta los argumentos en pro y en contra (...). De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios. 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 refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos.<sup>48</sup>

No Brasil, há vários autores simpáticos à teoria de Alexy, e que, à maneira do autor alemão, sustentam a necessidade de se recorrer a um mecanismo racional de ponderação de princípios na resolução de casos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais. Veja-se, neste sentido, a lição de Clémerson Merlin Clève sobre a ponderação na análise de casos envolvendo os direitos sociais:

Todavía, o *mínimo existencial* implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais, O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que, para a observância desse mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. **É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão** (grifou-se)<sup>49</sup>

Também a respeito da ponderação de princípios, sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 494.

<sup>49</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. "A eficácia dos direitos fundamentais sociais". *Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União, p. 160. Entendimento semelhante é o de Ana Paula de Barcellos, que entende que o direito à saúde, no que diz respeito ao mínimo existencial, consiste em direito subjetivo exigível, diretamente decorrente do texto constitucional. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 277.

constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até a sua razão de ser.<sup>50</sup>

No entanto, ao ponderar o direito à saúde e o fornecimento individual de medicamento com argumentos de caráter coletivo, tais como a violação à ordem econômica, que decorreria da concessão da prestação pleiteada, os magistrados esquivam-se da análise do direito reivindicado e invadem a competência reservada aos órgãos democraticamente competentes para tal, eis que esbarram em questões econômicas e de políticas públicas de saúde envolvendo toda a coletividade<sup>51</sup>. Deste modo, tomam as pretensões juridicamente tuteladas como questões de estratégia, ou seja, meros instrumentos a serviço da comunidade. Ademais, como assevera Dworkin, decisões judiciais fundamentadas por argumentos de política são decisões erradas, eis que tais argumentos são reservados ao órgão democraticamente eleito para discorrer acerca de políticas públicas adequadas para a comunidade. Ao juiz, cabe o papel fundamental de aplicar e garantir os direitos pré-estabelecidos pela comunidade, atendo-se, para esse fim, a argumentos de princípio, tão-somente.

Ora, a compreensão do direito fundamental à saúde como mandado de otimização abre espaço ao decisionismo e ao subjetivismo judiciais, o que acaba por legitimar decisões nos mais diferentes sentidos, além de afastar os juízes do papel que lhes é destinado, qual seja, o de aplicar e garantir os direitos que a comunidade estabeleceu. Além do mais, a ponderação de que lançam mão os juízes, à luz do ideal pragmatista de preponderância da promessa de bem-estar coletivo no futuro sobre os direitos individuais, concebidos na forma “como se”, constitui uma afronta ao necessário processo democrático, vital ao Estado de Direito. Nesse sentido, são oportunas as palavras de Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni:

Já a segunda postura [jurisprudência dos valores] judicializa a política e a julga à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os tribunais teriam acesso privilegiado. Partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao Judiciário o papel de tutor da sociedade, um super-poder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e políticos próprios a um Estado de Direito. (...) Trata-se, pois, de uma postura que

---

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 470.

<sup>51</sup> Nesse sentido, GAMA, Denise Travassos. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação ente o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde*, p. 74-75. A autora entende também que outro problema trazido pela postura ora descrita é legitimar uma diversidade de decisões em sentidos opostos, sob o pretexto de assegurar o bem da coletividade.

esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania.<sup>52</sup>

Para além da “judicialização da política”, equívoco cometido pelos adeptos da chamada teoria axiológica, cumpre destacar a contradição em que incorrem ao sustentarem a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme o ensinamento de Alexy. É que, ao mesmo em que o autor alemão sustenta o caráter normativo dos princípios<sup>53</sup>, afirma que são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, levando em consideração os princípios e regras opostos. Confundem-se, dessa maneira, princípios – cujo caráter normativo é indiscutível, pois apontam na direção do que é devido – com valores, categorias que visam ao que é bom<sup>54</sup>.

Pois bem, o direito opera através de um código binário, e não através da aplicação gradual de normas. Mesmo que as normas possam tratar de questões que envolvem o que é bom, isso não significa que se deve encará-las como valores. Ora, princípios contêm em si direitos, e direitos não podem ser realizados apenas na “maior medida possível”, eis que possuem caráter deontológico<sup>55</sup>, ou seja, visam àquilo que é devido. Ou o princípio é o correto para a resolução do caso concreto,

---

<sup>52</sup>CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e indisponível realidade político-social)*, p. 06. Compartilha desse entendimento Álvaro Ricardo da Souza Cruz: “O juiz transformar-se-ia assim num Leviatã moderno, eis que alçado à condição de intérprete dos valores éticos e morais da sociedade. A subjetividade inata a esse modelo fere a idéia de pluralismo político dentro de uma moderna concepção de democracia.” 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*, p. 226.

<sup>53</sup> Segundo Alexy, “los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 141.

<sup>54</sup> De acordo com a lição de Alexy, os valores pertencem ao âmbito axiológico, ou seja, dizem respeito ao que é “bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o próprio Del Estado de derecho”. Valores e princípios diferenciam-se entre si em face de seu caráter axiológico e deontológico, respectivamente. “Lo que em El modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que em el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 139-147.

<sup>55</sup>CATTONI, ao referir-se ao chamado “Habeas Corpus do Racismo”, pondera, sobre a quebra do caráter deontológico das normas no uso do princípio da proporcionalidade: “Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito, como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores (...) CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Obra citada, p. 05.

caso em que deve ser efetivado integralmente, ou não o é, devendo o juiz, então, à luz da situação que lhe foi apresentada, encontrar o princípio apto a embasar a resposta correta ao litígio. Ao admitir que o judiciário opere através da ponderação de valores, abre-se espaço para que não leve os direitos a sério, em nome de argumentos voltados para a coletividade e, até mesmo, em nome de argumentos não-jurídicos, como é o caso da reserva do possível.

Ademais, não há sentido em dar primazia ao direito coletivo sobre o individual. Não se pode olvidar que direitos individuais e coletivos não se contrapõem entre si, mas antes requerem um ao outro. Ora, é através dos direitos individuais que se atinge os direitos coletivos e, nesse sentido, não há direito coletivo à saúde sem que se passe pela efetivação dos direitos individuais<sup>56</sup>. Essa complementaridade entre público e privado é essencial, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Assim, à luz do que propõe Ronald Dworkin, é preciso encarar os direitos individuais como trunfos frente à maioria, não podendo ceder diante de objetivos coletivos ou políticos contendo meras promessas de uma comunidade melhor no futuro, pois uma verdadeira teoria do direito deve ter em mente que a função mais importante do sistema jurídico é justamente a garantia dos princípios pré-estabelecidos pela comunidade.<sup>57</sup> Deste modo, não pode o direito fundamental à saúde padecer diante de argumentos voltados a meras suposições do que seria melhor para a coletividade, eis que se trata de direito fundamental previsto constitucionalmente. Cabe ao Judiciário, neste sentido, aplicar e garantir os princípios que a própria comunidade escolheu para respeitar.

Logo, as decisões que se enquadram no pragmatismo não são aptas a mostrar o direito à saúde sob sua melhor luz, uma vez que se desviam da argumentação de princípio sobre o direito demandado para discorrer sobre questões políticas afetas à comunidade, incorrendo, nesta medida, em violação ao princípio da separação dos poderes, passando por alto os ideais democráticos e negligenciando

---

<sup>56</sup> Sobre o assunto, Denise Travassos Gama salienta 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 uma medida assecuratória do seu direito legítimo e encontra uma resposta negativa, do órgão competente, é a coletividade como um todo que está sendo atingida”. GAMA, Denise Travassos. *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*, p. 74.

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 17-18.

os direitos individuais enquanto elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, o pragmatismo não leva os direitos a sério. Ao Judiciário cabe a importante tarefa de, frente a cada caso concreto, interpretar a ordem jurídico-constitucional de maneira crítica e identificar, dentro do catálogo de princípios insculpido na Constituição, aquele que se mostra mais adequado à situação concreta. Deste modo, deve então, levando os direitos a sério, garantir a sua efetivação integral e chegar à resposta correta: a que mostra o caso concreto na sua melhor luz.

## 4. O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Analisados o convencionalismo e o pragmatismo enquanto concepções do direito, e os motivos pelos quais essas teorias falham enquanto acepções da prática jurídica, bem como demonstrada a incapacidade dessas teorias de trazer respostas satisfatórias à questão do direito individual a medicamentos, cumpre agora descrever a teoria que, segundo Dworkin, melhor satisfaz às exigências da sociedade plural contemporânea, no Estado Democrático de Direito: o direito como integridade.

No decorrer deste capítulo, serão expostas, inicialmente, as principais características do direito como integridade. Posteriormente, no item 4.2, será discutido de que modo essa concepção do Direito é aplicada em decisões que envolvem o direito à saúde e o fornecimento individual de medicamentos, e por que o ideal de integridade de Dworkin pode ser útil na resolução de tais casos.

### 4.1 Principais aspectos do direito como integridade

A fim de sustentar a concepção do direito como integridade como a que melhor satisfaz às exigências da sociedade contemporânea, Dworkin começa por referir-se à integridade enquanto ideal político. Explica-se: a teoria política liberal moderna sustenta-se sobre três ideais, quais sejam: a eqüidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. Dworkin, por sua vez, entende que há um quarto ideal político distinto, o qual, mesmo que não previsto por qualquer teoria política, está presente na prática cotidiana, ainda que intuitivamente – trata-se da integridade. Esta exige que o Estado aja de modo coerente, lastreado por um conjunto de princípios que a própria comunidade escolheu para respeitar. Assim, nas palavras do autor:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e eqüidade corretos.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 202.

O ideal político de integridade pressupõe a compreensão da comunidade como um ente personificado – ou seja, o entendimento de que ela possui seus próprios princípios, diferentes daqueles pertencentes aos indivíduos que a compõem. É da observância ao conjunto coerente de princípios que depende a integridade de uma comunidade política. Nesse sentido, a comunidade, tal como as pessoas, pode optar por honrar ou desonrar esses princípios. Deste modo, tem-se que na discussão acerca de haver ou não um direito da parte a uma determinada prestação, a comunidade como um todo tem o dever de proteção adequada. Conforme Dworkin:

Precisamos de uma idéia que não se encontra ali: a de que a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem essa responsabilidade (...). Ao aceitarmos que nossas autoridades agem em nome de uma comunidade da qual somos todos membros, tendo uma responsabilidade que portanto compartilhamos, isso reforça e sustenta o caráter de culpa coletiva, o sentimento de que devemos sentir vergonha e ultraje quando eles agem de modo injusto<sup>59</sup>

Dworkin, então, indica a comunidade de princípios como aquela que apresenta a melhor defesa da legitimidade política. Trata-se de uma comunidade especial, na medida em que se deixa guiar pelo ideal da integridade, ou seja, seus atos fundamentam-se em um conjunto de princípios que ela se comprometeu a respeitar. No âmbito desta comunidade superior, as pessoas aceitam que seus direitos e deveres decorrem de um sistema de princípios comuns adotados pela comunidade, e não apenas de regras explícitas decorrentes de acordos políticos.

Cada membro da comunidade aceita, então, a existência de direitos e deveres oriundos desse sistema adotado pela comunidade, ainda que com ele não concorde integralmente, pelo seguinte motivo:

(...) essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da moral política.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 212

<sup>60</sup>DWORKIN, R. *Idem*, p. 254.

Verifica-se, portanto, que a base dessa comunidade tende para a igualdade, haja vista que se propõe tratar cada indivíduo nos mesmos moldes, determinando que todos são igualmente dignos e, portanto, devem ser tratados com o mesmo interesse. O autor admite que uma comunidade dessa espécie não é necessariamente justa, mas ainda assim é a que melhor satisfaz as condições de “verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas”.<sup>61</sup>

Sustenta Dworkin que as comunidades de princípio, ou seja, aquelas que adotam a integridade como ideal político distinto, apresentam uma proteção contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial, pois, uma vez que as ações estatais pautam-se – e devem pautar-se – pelo conjunto de princípios adotados pela própria comunidade, não há espaço para a discricionariedade. Pois bem, é que os juízes estão subordinados à lei e ao direito, não do modo como sustentavam os convencionalistas – através da mera aplicação silogística das regras aos casos – mas porque têm a tarefa de aplicar e garantir os direitos que a própria comunidade escolheu.

É digno de se ressaltar, também, que as comunidades que adotam a integridade como virtude política apresentam um ordenamento jurídico mais eficiente, pois, considerando que as pessoas aceitam que são governadas por um conjunto de princípios, e não apenas por convenções jurídicas explícitas, torna-se possível uma maior flexibilização do direito, modificando-o na medida em que “as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias”<sup>62</sup>.

Adiante, o autor faz menção a duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade judicial. A primeira exige dos legisladores que mantenham o conjunto de leis moralmente coerente. Nesse sentido, as normas devem ser criadas com o intuito de refletir o sistema único e coerente de princípios adotado pela comunidade.

A integridade judicial, por sua vez, exige dos juízes a compreensão do ordenamento jurídico como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, de modo a vislumbrar normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

---

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 257.

<sup>62</sup> DWORKIN, R. *Idem*, p. 229.

Logo, as decisões jurídicas sob a ótica da integridade devem revelar a prática jurídica sob a sua melhor luz. Isso exige que o juiz, através da atividade interpretativa, encontre o princípio adequado ao caso concreto, partindo do pressuposto de que são verdadeiras as proposições jurídicas derivadas dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, capazes de gerar a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a integridade exige dos juízes uma postura interpretativa, eis que a atividade judicial é – e deve ser – lastreada em princípios, o que requer a demonstração de que um determinado princípio se mostra como aquele que melhor justifica a prática jurídica, ou seja, “oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”<sup>63</sup>.

Dworkin, então, partindo da idéia de que o direito é um conceito essencialmente interpretativo, relaciona de modo muito interessante a interpretação judicial com a literária, através da chamada “cadeia do direito”. Explica-se: o autor alude a um exercício literário ao qual denominou de “romance em cadeia”, em que cada romancista deve interpretar os capítulos que recebe e, em seguida, escrever o seu próprio, visando escrever um só romance que seja o melhor possível.<sup>64</sup> No mesmo sentido se dá a atuação dos juízes, na chamada “cadeia do direito” – trata-se, igualmente, de um exercício de interpretação construtiva, em que os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos.

O autor associa essa tarefa literária à complexidade de se solucionar um caso difícil de direito como integridade: nessas situações, o juiz deve optar, dentre os diferentes argumentos que em um primeiro momento se mostram passíveis de solucionar um caso concreto, por aquele que revela o direito na sua melhor luz. Essa atitude por parte do juiz, com base em argumentos de princípio, não deixa margem à discricionariedade judicial, pois ao intérprete não cabe a tarefa de descobrir nem criar normas jurídicas, mas tão-somente interpretar os argumentos postos sob sua

---

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 274.

<sup>64</sup> Sobre o romance em cadeia, veja-se a descrição do próprio Dworkin: “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso complexo de integridade (...). Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”. DWORKIN, R. Obra citada, p. 276.

análise e então decidir por aquele que se sustenta no melhor princípio. Deste modo irá desvelar a prática judicial na sua melhor luz. É nessa medida que se dá a aproximação entre a interpretação jurídica e a literária, uma vez que esta busca demonstrar qual abordagem de um texto ressalta suas qualidades de obra de arte. Segundo o autor:

Disse que uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.<sup>65</sup>

A partir disso, Dworkin afirma que todo caso concreto, ainda que se trate de um caso difícil, possui uma resposta certa; ainda que haja incerteza e controvérsia sobre qual é a tese correta, esta existe, e será alcançada através desse exercício de interpretação construtiva, tendo em vista o sistema integrado de princípios endossado pela comunidade personificada, e sem que se tenha que recorrer à criação de um novo direito.

Em síntese, tem-se que o cerne do direito como integridade está na atuação estatal lastreada em um conjunto coerente de princípios – ou seja, em um constante e intenso compromisso com os princípios que regem a comunidade personificada, de modo que o Estado aja como se tivesse uma única voz. No tocante à atividade judicial, que é o que mais nos interessa no presente trabalho, torna-se evidente a necessidade de um juiz profundamente comprometido com o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, com os princípios que o compõem. Desse modo, o importante papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na sociedade plural e complexa do Estado Democrático de Direito é a aplicação dos direitos. Dito em outras palavras, aos juízes cabe a tarefa de levar os direitos a sério.

---

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 239.

## **4.2 O Direito como integridade aplicado à resolução de casos que envolvem o direito à saúde e reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos**

Expostos os principais aspectos do direito como integridade, cumpre demonstrar de que modo essa acepção da prática jurídica pode ser identificada em casos que tratam do direito fundamental à saúde, notadamente nos pleitos individuais de fornecimento de medicamentos de alto custo. Serão discutidas decisões dos tribunais brasileiros que se coadunam com o ideal do direito como integridade de Ronald Dworkin.

O direito como integridade, como explicitado, exige dos juízes que compreendam o ordenamento jurídico como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios – princípios esses que a própria comunidade elegeu. Os magistrados devem ter em mente, portanto, que os indivíduos têm o direito de ter seus pleitos julgados em conformidade com a melhor concepção que as normas jurídicas prescrevem, e devem fazê-lo de modo coerente, como se o Estado tivesse uma única voz.

Nesse contexto, verifica-se que a atividade do juiz não pode ser outra que não a aplicação do direito, através da atividade interpretativa, decidindo os casos concretos em face do sistema de princípios que a própria comunidade escolheu para respeitar. Ainda que se trate de casos difíceis, ou seja, aqueles em que não se pode, de antemão, estabelecer qual das possíveis interpretações se mostra mais adequada, o juiz irá, através da atividade interpretativa, optar por aquela que revela a melhor leitura possível da prática jurídica da comunidade. Nesse sentido, dignas de transcrição as palavras do próprio Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível dessa estrutura e esse repertório complexos.<sup>66</sup>

Considerando os casos em que se discute o direito individual ao fornecimento de medicamentos pelo Estado como “casos difíceis”, eis que não é possível, de antemão, decidir qual argumento se ajusta mais adequadamente ao caso concreto – por exemplo: o princípio que contém o direito fundamental à saúde ou o princípio

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 305.

orçamentário –, tem-se que a única resposta correta será alcançada através da atividade interpretativa do juiz, que irá buscar no conjunto de princípios constantes do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro aquele que melhor se ajusta à situação concreta.

Desta feita, podemos encontrar o ideal da integridade do direito como descrito por Dworkin na base de decisões que encaram o direito à saúde enquanto princípio da ordem jurídico-constitucional, juntamente com tantos outros que da mesma forma compõem esse sistema. Essas decisões, ao contrário das analisadas nos capítulos anteriores, não encaram o direito à saúde a partir da mera interpretação literal do art. 196 da Constituição Federal, e nem mesmo como um valor suscetível de ponderação. Tais julgados compreendem o direito à saúde como princípio fundamental do sistema jurídico na esteira da concepção de Dworkin, isto é, tendo em vista que os direitos são trunfos dos cidadãos frente a argumentos de política e não podem ser restringidos em face de questões políticas ou objetivos sociais coletivos<sup>67</sup>, isto é, não podem ser ignorados em face de meras suposições do que pode ser melhor para a comunidade em longo prazo.

A compreensão do direito fundamental à saúde como “questão de princípio” e a conseqüente postura interpretativa dos juízes com o intuito de revelar a melhor resposta possível à situação apresentada em juízo, condiz com a teoria do direito como integridade proposta por Dworkin.

Veja-se, nesse sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11183/PR:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88).ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - **É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.** 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, p. 16.

fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. **Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).** 5 - Tendo em vista as **particularidades do caso concreto**, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que **princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.** 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente." (Grifou-se) (RMS 11183/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.08.2000, DJ 04.09.2000 p. 121).

Verifica-se que a decisão acima, que determinou ao Estado do Paraná o fornecimento do medicamento Riluzol à paciente portadora de Esclerose Lateral Amiotrófica, harmoniza-se com a teoria do direito como integridade de Dworkin, na medida em que adota uma concepção principiológica do direito à saúde. A afirmação de que "nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao direito à saúde", indica o reconhecimento do direito à saúde como princípio fundamental do ordenamento jurídico-constitucional, insuscetível de ser mitigado ante a ausência de regras infraconstitucionais, vez que, como aduz o próprio Dworkin, os direitos não se esgotam nas regras. Nesse sentido, entendeu o julgador que os princípios são direitos e, portanto, dotados de caráter normativo, pelo que devem ser garantidos a todos e de modo integral, sempre que se mostrarem adequados à situação concreta apresentada. Isso é condizente com a idéia de que os direitos devem ser encarados como trunfos do indivíduo perante a maioria.

Adiante, o Ministro José Delgado faz referência às particularidades do caso concreto que apontam para um único desfecho justo, qual seja, a interpretação que coloca o direito à saúde e a preservação da vida como a única solução correta. Ao fazê-lo, o juiz reconhece o caráter principiológico do direito fundamental à saúde, e entende que somente o caso concreto pode indicar, através da atividade de interpretação crítico-constitutiva, o único argumento de princípio que vai se revelar como o melhor possível para a situação em tela. Esse posicionamento vai de encontro com a atuação que se espera do Judiciário no direito como integridade: juízes profundamente comprometidos com o conjunto coerente de princípios da

comunidade e que, através da atividade interpretativa, vão revelar o princípio que proporciona a leitura mais atraente possível do caso concreto.

Pois bem, a atuação do Poder Judiciário, nos moldes do direito como integridade, oferece uma resposta bastante atrativa à resolução dos casos difíceis que tratam do direito individual a medicamentos de alto custo, na medida em que confere importância fundamental aos princípios no ordenamento jurídico-constitucional. É que a superioridade dos princípios os torna muito mais eficientes, na resolução de casos controvertidos, do que as regras e as políticas.

O caráter aberto dos princípios, ou seja, o fato de possuírem seu conteúdo material determinado apenas nas situações concretas – como reconhecido pelo Ministro José Delgado no julgado do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança acima – demanda uma postura interpretativa dos aplicadores do direito, de modo a revelar, ao final do processo de interpretação, a única resposta correta à situação concreta posta sob a análise do Judiciário.

Sobre o tema, são dignas de nota as palavras de Menelick de Carvalho Netto:

[Os princípios] São, portanto, sempre abertos à complexidade da vida, dependentes das situações de aplicação para ganharem a devida concretude. É com base no direito como integridade do Direito que afirmará que cada caso tenha única resposta correta. (...) Só o aplicador pode, por ter diante de si o caso concreto, reconhecer a norma geral e abstrata do ordenamento previamente abstrata, capaz de regular aquele caso específico sem resíduos de injustiça (...). A aplicação dessas leis constitucionais requer que o aplicador seja sensível às particularidades irrepitíveis que fornecem unicidade àquela determinada situação concreta de aplicação.<sup>68</sup>

Ora, cada situação concreta tem as suas peculiaridades, e essa complexidade da sociedade plural e heterogênea, característica do Estado Democrático de Direito, exige uma atuação dos juízes que não se limite a uma única leitura do texto legal<sup>69</sup>. A atuação dos juízes, nos moldes propostos pelo direito como integridade, pressupõe que a eles cabe zelar pela aplicação dos direitos. Neste sentido, os magistrados estão vinculados ao ordenamento jurídico-constitucional e

<sup>68</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. [Transformações na Teoria do Direito Constitucional no séc. XXI]. *Revista do Tribunal de Contas MG*, v. 65, n. 4, out/dez. 2007. p.10. Entrevista.

<sup>69</sup> Menelick de Carvalho Netto afirma, sobre as peculiaridades de cada situação concreta: “Se são possíveis várias leituras de um mesmo texto, para ela [a hermenêutica filosófica de Dworkin], a saída encontra-se na concretude e na singularidade dos eventos sociais que o Direito regula. A situação vivencial concreta levada ao Judiciário é única, irrepitível por definição. (...) É nesse sentido que Ronald Dworkin pôde afirmar que há uma única decisão correta para cada caso, não é em termos de só seja possível uma única leitura de um texto legal. Dworkin (...) sabe não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade das leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo”. CARVALHO NETTO, Menelick de. “A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 159-160.

aos princípios que o regem. Cabe ao Judiciário, portanto, uma postura interpretativa, sendo que a opção pela aplicação do direito à saúde resulta da melhor teoria de todos os princípios aplicáveis.

Ao agir dessa maneira, ou seja, tratando o direito à saúde como princípio e em acordo com os ideais de integridade, não se limita o juiz à mera aplicação silogística, pois, conforme Dworkin, os direitos não se confundem com o texto normativo. Além disso, como anteriormente exposto, restringir o direito às regras é não levar os direitos a sério – as regras positivadas não só não dão conta de esgotar a complexidade dos fatos, como dão margem à atuação discricionária dos aplicadores do direito.

Do mesmo modo, a atuação judiciária de acordo com as exigências do direito como integridade não incorre em violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que revela a resposta correta ao caso, através da demonstração do único princípio que se mostra como o melhor possível ao caso, sem que, para isso, haja referência a argumentos de política, como, por exemplo, a afirmação de que a concessão do medicamento causaria prejuízos à ordem econômica. Essas decisões, logo, não compreendem o direito à saúde como um bem ponderável, ou seja, realizável na maior medida possível, como se fossem “normas de aplicação gradual”

70

A ponderação, ainda que com vistas a ser um mecanismo racional para a resolução de casos controversos, mostra-se justamente o contrário: instável, e suscetível ao que o próprio juiz entende como supostamente melhor para a

---

<sup>70</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. [Transformações na Teoria do Direito Constitucional no século XXI]. *Revista do Tribunal de Contas MG*, v. 65, n. 4, out/dez. 2007. p.10. Sobre a ponderação aplicada nos casos envolvendo o direito à saúde, Denise Travassos Gama afirma que a subjetividade do mecanismo – em que pese a sua pretensão de racionalidade – possibilitando toda sorte de decisões, o que contraria a integridade proposta por Dworkin: GAMA, Denise Travassos, *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*, p. 123. No mesmo sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que afirma que “o Direito, ao contrário do que defende uma jurisprudência dos valores, possui um código binário, e não gradual” CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Argumentação Jurídica e decisionismo”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e Desafios da Constituição*, p. 535. Em sentido contrário, Clémerson Merlin Clève afirma que, em face do incremento progressivo das prestações do poder público referentes aos direitos fundamentais sociais, há que se considerar o mínimo existencial como “uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. (...) Para a observância desse mínimo (que há de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão”. CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul./set., 2003, p. 159-160.

comunidade como um todo, como analisado no capítulo 3, que aborda o pragmatismo jurídico. A atuação judiciária nesses moldes, além de invadir a seara dos órgãos de deliberação política, quebra o caráter normativo do direito à saúde, pois não há como um direito ser apenas “meio-aplicável”.<sup>71</sup> Cada caso comporta um único princípio correto, e não uma tentativa de conciliação dos dois.

A postura consentânea com o direito como integridade é a que encara o direito à saúde como princípio, integrado a tantos outros no ordenamento jurídico-constitucional. Deste modo, funciona como verdadeiro trunfo dos indivíduos contra argumentos de política, tais como argumentos político-econômicos que priorizam uma comunidade melhor a longo prazo. É ao conjunto de princípios contido na Constituição de 1988 que o juiz está vinculado e, dado o caráter aberto dos princípios, somente em vista do caso concreto o aplicador estará apto a demonstrar a única resposta correta, a que Dworkin alude.

Convém mencionar que há situações concretas de conflitos jurídicos levadas à análise do Judiciário, em que não será o direito à saúde reconhecido como o princípio adequado a fornecer a melhor solução possível ao caso. Neste sentido, veja-se um caso interessante, em que se decidiu por não ser o direito à saúde o aplicável à situação concreta:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR –  
RETINOSE PIGMENTAR.

1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da "retinose pigmentar" no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS.
2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos.
3. A Medicina social **não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados.**
4. Mandado de segurança denegado. (grifou-se)(MS 8895/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22.10.2003, DJ 07.06.2004 p. 151)

Constata-se que na decisão do Mandado de Segurança, diante das peculiaridades do caso concreto – ausência de comprovação técnica de que o alto

---

<sup>71</sup> Neste sentido, é interessante o entendimento de Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni sobre a quebra do caráter deontológico do direito na utilização do mecanismo de ponderação no conhecido HC 82.424-2 RS, o denominado HC sobre o racismo: “Afim, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, criminosa, ou do exercício regular, e não abusivo, de um direito. Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (...) e como ilícita, sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito, como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*, p. 04.

dispêndio de recursos com tratamento alternativo no exterior seja eficaz para o tratamento da enfermidade – o princípio que melhor resolve a situação de conflito é o princípio orçamentário. Verifica-se que a Ministra Eliana Calmon não resolveu o litígio através da ponderação de interesses. Pelo contrário, através da aplicação do direito, entendeu o STJ que a melhor solução possível para o caso em tela é a que prioriza o princípio orçamentário, tendo em vista que não há qualquer respaldo científico na pretensão do requerente, ou seja, não há no caso concreto elementos que comprovem que o tratamento no exterior possa ser mais eficiente na proteção à saúde do que um tratamento realizado em território nacional.<sup>72</sup>

Com isso, tem-se que o direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin, consiste em uma solução bastante interessante para a resolução dos casos concretos que tratam do direito à saúde e do fornecimento individual de medicamentos. Ao propor uma mudança de postura dos aplicadores do direito, fazendo com que entendam o direito como um sistema complexo integrado por diversos princípios que, não raro, se encontram em situação de conflito, Dworkin incentiva a atividade interpretativa, para que o juiz busque a única resposta correta para o caso: a melhor possível. Agindo dessa maneira, os juízes não se limitam à mera subsunção de regras, ao mesmo tempo em que não invadem a seara de atuação dos órgãos de deliberação política. Realizam, isso sim, o importante papel de aplicação do direito.

Deste modo, tem-se que a compreensão principiológica do ordenamento jurídico-constitucional, nos moldes do direito como integridade de Ronald Dworkin, mostra-se como a acepção da prática jurídica capaz de fornecer as melhores respostas à comunidade heterogênea, típica do Estado Democrático de Direito, na medida em que a compreensão do ordenamento jurídico-constitucional enquanto conjunto coerente de princípios é capaz de abarcar a complexidade das situações concretas da vida. Imprescindível, portanto, que os juízes adotem uma postura interpretativa, que os permita levar os direitos a sério; devem, então, entender os direitos como uma questão de princípio, para buscar a única resposta correta aos litígios postos à sua análise: aquela que mostre o direito sob a sua melhor luz.

---

<sup>72</sup> É esse o entendimento externado por Denise Travassos Gama, de cujo trabalho foi retirado o interessante exemplo de casos envolvendo tratamento de saúde em Cuba. Segundo a autora: “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 caso. GAMA, Denise Travassos. Obra citada, p. 129.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar, sob a luz da teoria de Ronald Dworkin, uma análise da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, notadamente nas reivindicações judiciais individuais de fornecimento de medicamentos de alto custo.

Foram discutidas diferentes posturas dos magistrados em decisões constantes do repertório jurisprudencial brasileiro, associando-as às três acepções da prática jurídica propostas por Dworkin: o *convencionalismo*, o *pragmatismo* e o *direito como integridade*. Deste modo, objetivou-se demonstrar qual desses posicionamentos, na esteira do pensamento do professor de Oxford, melhor responde aos “casos difíceis” envolvendo o direito à saúde.

1. O primeiro capítulo apresentou uma análise dos princípios jurídicos na perspectiva de Ronald Dworkin, através da comparação estabelecida com as regras e as políticas. A partir desses elementos, buscou-se demonstrar por que o direito à saúde deve ser compreendido como uma questão de princípio.

Foi visto que os princípios dependem do caso concreto para regular a própria aplicação, pois atuam como vetores que apontam na direção da decisão correta, mas por si só não a determinam. As regras, por sua vez, apresentam seu conteúdo material previamente definido, eis que se pode determinar de antemão as conseqüências que irão se configurar no caso de serem satisfeitas as condições previstas.

Posteriormente, traçou-se uma distinção entre princípios e políticas. As políticas estabelecem objetivos sociais a serem alcançados no futuro, visando uma promessa de comunidade melhor a longo prazo, enquanto que os princípios fazem referência a direitos e garantias individuais ou de um grupo.

Feitas essas considerações, conclui-se que o direito fundamental à saúde deve ser encarado como uma questão de princípio. Compreender o art. 196 da Constituição Brasileira como regra ensejaria uma mitigação do direito à saúde, ao passo que tratá-lo como questão política teria como conseqüência a violação do postulado da separação dos poderes, pois a atuação com vistas à delineação do bem comum é atribuição dos órgãos de deliberação política, democraticamente eleitos para decidir o que é melhor para a coletividade a longo prazo. A

compreensão principiológica do direito à saúde, por sua vez, possibilita um melhor diálogo com a realidade, adaptando-se às diferentes situações concretas e apontando, em cada uma delas, a decisão adequada em face de exigências de justiça, equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.

2. O segundo capítulo deste trabalho tratou da acepção da prática jurídica denominada de convencionalismo, que defende que o conteúdo do direito reside exclusivamente nas chamadas convenções jurídicas, isto é, nas leis. Seus adeptos sustentam que a atuação do Judiciário restringe-se à aplicação silogística da lei ao caso concreto, ou seja, a interpretação judicial é banida em nome de uma pretensa segurança jurídica.

Apresentamos decisões dos Tribunais brasileiros que podem ser associadas ao convencionalismo, na medida em que sustentam que o conteúdo do direito à saúde reside única e exclusivamente nas regras. Nesse sentido, as decisões do STJ e do TJ/SP trazidas à discussão (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS e Agravo de Instrumento n. 46.585-5, respectivamente) utilizaram-se de argumentos de mesma natureza para denegarem o pleito individual de fornecimento de medicamentos: ambas ignoraram a existência de um direito subjetivo à saúde ante a ausência de leis infraconstitucionais que regulamentem o artigo 196 e seguintes da Constituição, que consistiriam em mero programa destinado ao legislador. Nos mesmos moldes foi proferida decisão pelo Tribunal de Santa Catarina que, embora tenha concedido o pleito do requerente, só o fez em face da superveniência de lei regulamentando o artigo 196 da CF. Conforme se infere da argumentação do relator do caso, somente com o advento de lei infraconstitucional, prevendo expressamente o direito de pacientes do vírus HIV, é que os pacientes passaram a ter direito líquido e certo ao fornecimento dos medicamentos necessários.

No entanto, decisões como as descritas, isto é, que desprezam uma pretensão individual juridicamente tutelada, com o argumento de que apenas as regras contêm verdadeiros direitos, são insustentáveis no contexto da sociedade plural e heterogênea da atualidade, uma vez que se baseiam em uma visão ultrapassada da Constituição e do papel a ser desempenhado pelo Judiciário. Há muito se mostra superada a idéia de que leis gerais e abstratas resolvem todos os problemas que se apresentam ao Judiciário e de que este deveria limitar-se à atividade de subsunção das leis ao caso concreto. Ora, o direito não se esgota nas

regras – estas não só se mostram incapazes de regular e prever a totalidade das situações concretas, complexas e singulares que se apresentam aos juízes, como dão margem à atuação discricionária dos magistrados, diante da ausência ou obscuridade das leis.

Deste modo, a atuação com base no convencionalismo é absolutamente inviável no contexto do Estado Democrático de Direito, uma vez que ignora a força normativa e irradiante dos princípios no ordenamento jurídico, bem como despreza o verdadeiro papel do Judiciário: levar os direitos a sério, aplicando-os através de uma postura interpretativa, com vistas à melhor leitura possível da situação de litígio apresentada.

3. No terceiro capítulo foi analisada a acepção da prática jurídica denominada pragmatismo, que sustenta que a atuação judiciária deve ser fundamentada por questões de eficiência, ou seja, deve ter em vista uma promessa de comunidade melhor no futuro. Os partidários desse entendimento sustentam o caráter “como se” dos direitos individuais, o que significa dizer que são vistos como meros instrumentos a serviço da coletividade, podendo ser inclusive desconsiderados se de sua observância puder resultar um prejuízo à comunidade.

Na prática, observou-se que o pragmatismo é levado a efeito através de um mecanismo de ponderação entre o direito à saúde e outros bens e interesses supostamente em conflito. Ainda que este posicionamento represente um significativo avanço em relação ao convencionalismo, pudemos identificar um sério problema: ao agirem nos moldes pragmatistas, os juízes desviam-se da análise do direito reivindicado para discorrer sobre argumentos afetos à coletividade, pois ignoram os direitos individuais em nome de uma mera promessa de bem-estar para toda a comunidade.

Nesse sentido foram os argumentos do Desembargador Tadeu Marino Loyola Costa, que indeferiu o pleito de fornecimento individual de medicamento em nome de possível lesão à ordem econômica e suposto prejuízo aos serviços públicos de saúde, e do Ministro Celso de Mello, que sustentou que a atuação do Judiciário na realização dos direitos sociais em demandas individuais deve respeitar a cláusula da reserva do possível. Assim, ambas as decisões trazidas à discussão decidiram os litígios fundadas em argumentos de caráter coletivo, com vistas a uma promessa de uma comunidade melhor para o futuro.

No entanto, a ponderação realizada pelos partidários do entendimento pragmatista, além de confundir normas com valores, uma vez que joga por terra o caráter normativo dos princípios ao afirmarem que são realizados apenas na maior medida possível, constitui afronta ao postulado da separação dos poderes e ao necessário processo democrático. Isso porque, ao fazer o direito fundamental à saúde padecer diante de argumentos políticos, ignora a função destinada ao Judiciário, que é a de aplicar direitos. Ora, não se pode ignorar verdadeiros direitos em nome de meras suposições do que será melhor para a comunidade no futuro, haja vista que políticas são frágeis e inconsistentes, pois se “alteram na proporção dos ânimos (e ventos) que as conduzem”.<sup>73</sup>

Portanto, a postura defendida por esta segunda corrente não se mostra adequada para solucionar os litígios que envolvem o direito à saúde, pois não o leva a sério. Ao encará-lo como um valor suscetível de ponderação com outros, ignora a verdadeira função destinada aos juízes: garantir e aplicar os direitos que a comunidade escolheu para respeitar.

4. No quarto capítulo deste trabalho, foi apresentada a acepção do direito como integridade de Ronald Dworkin, capaz de apresentar as melhores respostas aos casos difíceis que envolvem o direito à saúde.

O direito como integridade propõe uma atuação judicial profundamente comprometida com os princípios que a própria comunidade escolheu para respeitar, zelando pela aplicação dos direitos, através de uma interpretação crítica e construtiva, tal como a interpretação literária, a fim de determinar, como uma questão de princípio, a única resposta correta que cada caso concreto comporta.

Deste modo, a postura judicial exigida pelo direito como integridade não se resume à mera aplicação silogística das regras ao caso concreto, como querem os convencionalistas, ao mesmo tempo em que rejeita o ativismo extremo sustentado pelos adeptos do pragmatismo. O direito como integridade requer um judiciário constante e profundamente comprometido com o conjunto de princípios pré-determinados pela própria comunidade. A partir disso, o papel que deve ser desempenhado pelos juízes é a aplicação dos direitos, que busca, em cada caso concreto, o princípio que melhor resolve a questão.

---

<sup>73</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 78.

Foi trazida à análise decisão proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11183/PR, que demonstra uma compreensão do direito à saúde como questão de princípio. Neste caso, o magistrado não se limitou à mera interpretação literal do art. 196 – o que mitiga a eficácia do direito à saúde – e nem mesmo o tratou como valor suscetível de ponderação com outros bens e interesses. O relator do caso, reconhecendo o caráter normativo dos princípios, garantiu sua aplicação de modo integral, eis que, naquele caso concreto, era o princípio apto a demonstrar o caso sob sua melhor luz.

Assim, verifica-se que de acordo com o direito como integridade, o importante papel a ser desempenhado pelo Judiciário é a aplicação dos direitos. Para tanto, propõe uma postura interpretativa dos aplicadores do direito, a fim de que, a partir da compreensão do direito como um complexo sistema integrado por diferentes princípios, os juízes busquem a única resposta correta para cada caso concreto: a melhor possível. Essa postura proposta pelo direito como integridade não se limita à mera operação silogística, como faz o convencionalismo, e nem mesmo afronta o postulado da separação de poderes, aos moldes pragmatistas.

Com isso, o direito como integridade, eis que se trata de uma concepção interpretativa do direito lastreada na força irradiante dos princípios na ordem jurídico-constitucional, apresenta-se como uma alternativa bastante interessante na busca de respostas para a questão da efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Ora, a dimensão moral dos princípios permite abarcar um sem número de situações, o que se mostra fundamental em uma sociedade plural e heterogênea como a nossa.

Portanto, verifica-se que a eficácia do direito à saúde, especialmente no tocante ao direito a medicamentos, passa necessariamente por uma mudança de postura dos juízes. É preciso um Poder Judiciário profundamente comprometido com o conjunto de princípios da ordem jurídico-constitucional, e que realize o importante papel de aplicar, caso a caso, os princípios que revelam a única resposta correta que cada situação comporta. Em outras palavras: é preciso um Judiciário que leve os direitos a sério.

Para concluir, nada mais oportuno do que a resposta de Dworkin à seguinte pergunta: o que é o direito?

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente

esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, poder ou o processo. (...) É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, a sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 492.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. [Transformações na teoria do Direito Constitucional no século XXI]. *Revista do Tribunal de Contas – MG*, v. 65, n.4, out./dez. 2007, p. 8-12. Entrevista.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 29 de setembro de 2008.

\_\_\_\_\_. “Argumentação Jurídica e decisionismo: Um ensaio da teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, Ano II, n.8, jul./set., p. 151-161, 2003.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Editora Ariel, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v.7. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALLUPO, Marcelo Campos. "Hermenêutica Constitucional e Pluralismo". In: SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.47-65.

GAMA, Denise Travassos. 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, 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.