

1 INTRODUÇÃO

O exercício pleno da cidadania passa necessariamente pelo respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e é nos direitos fundamentais que estão incluídos entre outros, o direito a saúde¹. Porém, em um país marcado pelas desigualdades sociais, como é o Brasil, nem sempre ou quase nunca o direito à saúde é assegurado a todos, principiando pela falta de políticas públicas para o saneamento básico e desaguando na negativa de fornecimento de medicamentos de alto custo para o tratamento de tipos específicos de doenças.

Neste sentido, o judiciário é chamado a decidir primeiramente em sede de tutela antecipada pelo fornecimento ou não do medicamento requerido à União, Estado ou Município, haja vista que a responsabilidade no referido fornecimento é indiscutivelmente solidária,² conforme dispõe o art. 23, inciso II da CF/88.³

Na busca de soluções para tais problemas, verifica-se um número acentuado de decisões que se valendo do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e, portanto, aplicando a fórmula da ponderação de Robert Alexy, apresentam decisões diferentes, ora concedendo, ora negando a medicação requerida, numa total confusão dos fundamentos da decisão, direito fundamental garantido a todo cidadão (art. 93, inciso IX da CF/88).⁴

Tal situação é campo fértil para a discricionariedade, ou seja, decide-se de acordo com a conveniência do momento. “Entender que a discricionariedade é algo inerente à

¹ 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.

² “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 740.397-AgR/ES, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 15.8.2013). “E M E N T A: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196)– PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (RE 716.777-AgR/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16.5.2013). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/75752840/stf-29-08-2014-pg-204>, acesso em 26 de nov. de 2014.

³ CF. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

⁴ CF. Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

aplicação do direito é, no fundo uma aposta ao protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a Democracia. Essa foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart.”⁵

Este artigo científico tem o escopo de trazer a lume a forma como se aplica a fórmula da ponderação de Robert Alexy por meio do princípio da proporcionalidade nos casos de fornecimento ou não de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde - SUS, em que o judiciário é compelido a decidir, tendo no caso a colisão de dois princípios: o direito social e fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível. Mal aplicado, e confundido frequentemente com o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade gera total insegurança jurídica, decisões truncadas, decisões erradas e, portanto, já pode ter feito vítimas fatais.

2 TORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY: NORMAS E PRINCÍPIOS

O conceito de princípio ocupa um lugar privilegiado na teoria de Alexy. Foi para enfrentar as críticas à ponderação do Tribunal Constitucional alemão que Alexy propõe uma teoria racional da argumentação jurídica, que se vincula às teorias do discurso, que para o autor se trata de um caso especial do discurso prático geral. Gustav Radbruch⁶, com a sua famosa fórmula Radbruch (fórmula do direito injusto) influenciou fortemente Robert Alexy. Dois são os traços mais marcantes na teoria da argumentação jurídica de Alexy: a diferença entre normas e princípios e a aplicação da fórmula da ponderação para a solução da colisão de princípios nos *hard cases*, por meio da máxima da proporcionalidade. No presente estudo o enfoque será dado a ponderação que é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios.⁷ Neste sentido, segundo Rafael Tomaz de Oliveira:

A norma deontica possui dois tipos de enunciados: as regras e os princípios, também a norma axiológica e os critérios de valoração que são propriamente o valor.” Desse modo, os princípios são normas deonticas que são aplicados, a partir do procedimento da ponderação, através de um juízo valorativo que

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica e hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p.54.

⁶ “Com fundamento neste direito axiológico e supralegal, Radbruch considerava a lei positiva como não direito, nos casos extremos de violação deste “direito natural dos valores” retirando-lhe, por isso sua própria validade do direito.” ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.223.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 209.

será o *locus* por onde o discurso prático ingressará no discurso jurídico.⁸

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de *otimização*, enquanto as regras tem o caráter de mandados definitivos. Neste sentido, como mandados de *otimização* os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Regras expressam deveres definitivos e são aplicados por meio da subsunção. “Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes.”⁹.

Para o civilista Flávio Tartuce “a ponderação não é simples e demanda a análise de vários critérios, dependendo das circunstâncias fáticas e dos direitos e normas envolvidas, como realmente deve ser”.¹⁰ Para Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Surge, assim, o constitucionalismo argumentativo e de princípios, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um eventual conflito e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação.¹¹

Assim, a distinção estrutural dos direitos fundamentais entre regras e princípios jurídicos seria necessária para que se determinasse a devida fundamentação desses dois tipos normativos. A distinção implicaria uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, servindo como base para apresentar as possibilidades e limites dos direitos fundamentais.¹²

3 A FÓRMULA DA PONDERAÇÃO

No Brasil temos uma tardia jurisprudência dos valores, que é uma continuidade do método da jurisprudência dos interesses, que pode ser entendida como a “ala moderada do direito livre”¹³, “ a fórmula da ponderação ou ponderação de bens são expressões que se

⁸ Ibidem, p.183.

⁹ Cf. Robert Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, In ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: 1995, p.32 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p.26.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 25.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Jurisprudência passou a ter mais importância que apropriada lei**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>, acesso em: 28 de nov. de 2014.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

¹³ LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, vol. II, n. IV, 5, p. 150-151.

consolidam a partir da jurisprudência dos interesses”¹⁴ ou seja, havia a possibilidade de, em alguns casos, haverem decisões contra *legem*. Assim, a forma para compor os interesses em conflito era dado por uma ponderação que deveria apontar para o interesse que deveria prevalecer. Desta forma é que surge uma nova perspectiva metodológica que voltará a aparecer na chamada jurisprudência dos valores: a ponderação.¹⁵

Buscando solucionar todo o problema que envolve a decisão judicial na contemporaneidade, especificamente a discricionariedade e a subjetividade do julgador, Robert Alexy utiliza como solução “uma teoria procedimental da decisão, oferecendo uma fórmula de racionalização do discurso judicial.”¹⁶ Assim, a fundamentação da decisão dada pelo juiz é justificada pelo procedimento, restando desonerado de uma fundamentação de acordo com o conteúdo do caso em análise. “O problema da justificação das decisões jurídicas ganha uma importância inédita, já que o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei.”¹⁷

Desta forma, para a aplicação da ponderação Alexy realiza a cisão entre os casos fáceis (*easy cases*) e os casos difíceis (*hard cases*). Cabe aqui uma rápida distinção entre *easy* e *hard cases*, sendo que os primeiros são aqueles que são solucionados por meio da subsunção das regras ao caso concreto. Já os *hard cases*, são aqueles onde a fórmula da subsunção não pode ser aplicada, haja vista a colisão (semântica)¹⁸ de dois princípios (valores) constitucionais, ou seja, quando “princípios entram em colisão e está não puder ser resolvida pelos critérios “normais” (critério cronológico ou da especialidade), busca-se o socorro na ponderação.”

Como não há hierarquia entre princípios constitucionais, e sendo eles mandados de *otimização*, é necessário a aplicação da fórmula da ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, “para que depois de sua correta aplicação possa ser determinada a regra¹⁹ a ser subsumida ao caso (chamada de regra da ponderação ou regra de direito fundamental

¹⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael de, op. cit., p.337.

¹⁵ Ibidem, p.337.

¹⁶ Ibidem, p.425.

¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Jurisprudência passou a ter mais importância que apropria lei.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>, acesso em: 28 de nov. de 2014.

¹⁸ Cf. Robert Alexy “As formas de interpretação semântica incluem afirmações sobre a validade das regras semânticas. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.231.

¹⁹ Desse modo, nos casos em que a interpretação literal não se mostrasse insuficiente estar-se-ia diante de preposições cuja normatividade estaria vinculada ao dever da realização máxima dos direitos fundamentais. Ou seja, para Robert Alexy a indeterminação semântica do texto constitucional alemão originaria a exigência de que aquela ordem constitucional específica exigisse do intérprete o reconhecimento de uma diferença qualitativa. ALEXY, Robert, op. cit., p. 85.

atribuída).”²⁰ O que significa dizer que “apenas quando se faz necessária uma justificação externa (adjudicadora do discurso jurídico), tem lugar o argumento de princípios.”²¹ Nos demais casos se decide pelo silogismo jurídico através do mecanismo da subsunção. Dito de outra forma, naqueles casos em que o discurso jurídico não dá conta de resolver o caso concreto, a moral é chamada por meio da valoração.

Segundo o jurista Flávio Tartuce:

A ponderação é um mecanismo argumentativo de grande relevo para a solução das problemáticas atuais mais complexas. Não resta dúvida de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado, à visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.²²

Para a aplicação correta da ponderação, de onde decorre a regra a ser subsumida ao caso concreto, conforme explica os ilustres doutores Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira: é imprescindível que sejam obedecidos três passos:

1) determina-se o grau de não realização ou prejuízo de um princípio, ou seja a intensidade da intervenção que será realizada; 2) deve-se comprovar a importância da realização do princípio em sentido contrário; 3) Como decorrência da fase anterior deve ser comprovado se a importância da realização em sentido contrário justifica o prejuízo ou não realização do princípio cuja aplicação será excluída pela ponderação.²³

Em que pese a técnica da ponderação legitimar a decisão pelo procedimento, é necessário que as etapas da colisão sejam aplicadas corretamente, o que torna o resultado da sentença inquestionável.²⁴

Como primeira premissa, Alexy entende que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo como já dito, mandamentos de otimização “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas mas também das possibilidades jurídicas”.²⁵

A segunda premissa, da conta de que quando há colisões entre princípios igualmente tutelados (valores constitucionais), acarretará neste caso restrições recíprocas entre os valores

²⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael de. op. cit., p. 444.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Decisão judicial e o conceito de princípio. **A hermenêutica e a (in) determinação do direito**, op. cit., p. 184.

²² TARTUCE, Flávio, op.cit., p. 20.

²³ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael de, op. cit., p. 431.

²⁴ Ibidem, p. 427.

²⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 91.

tutelados.²⁶ Assim, quando em conflito tais princípios, sem que qualquer deles seja retirado do sistema, o aplicador do direito deve fazer uso da ponderação, como terceira premissa.

No referido sopesamento, os conflitos são enumerados como P1 e P2; C são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto T1, T2, T3 são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão. A aplicação da ponderação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade.²⁷

Na quarta premissa tem-se, segundo Alexy que a ponderação deve ser sólida e objetiva, do contrário seria arbitrária e irracional, ou ter-se-ia a ponderação malfeita.²⁸

Na tentativa de esclarecer os questionamentos que cercam a fórmula da ponderação e o subjetivismo inerente a sua aplicabilidade, Alexy criou a “dogmática dos espaços” que estão relacionados com a ponderação, estando situada no âmbito do que na filosofia da ciência se conhece como contextos de descoberta e contexto de justificação, sendo que é no âmbito do contexto da descoberta que se descobre quais os princípios que estão em colisão, em seguida passa-se para o contexto da justificação dado teoricamente pelo procedimento da ponderação. E “isso gera uma porção de mal-entendidos, mormente quando se confunde as noções de pré-compreensão com “visões de mundos”, “subjetividades”, etc., ou se pensa a *applicatio* gadameriana como uma fase posterior do processo interpretativo.”²⁹

Neste sentido, o grande problema da ponderação já tem início na fase de descoberta dos princípios que estão em colisão, posto que tal circunstância favorece a subjetividade³⁰ do interprete, que é um dos principais problemas da contemporaneidade: acabar com o subjetivismo inerente as interpretações. Porém, “no fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz.”³¹ O problema de ausência de regra específica para se resolver os *hard cases* no positivismo levava a resolução pela discricionariedade a partir dos princípios gerais do direito, à experiência do juiz, os usos e costumes e assim por diante. Como enfatiza Alexy:

Os juízes devem se precaver contra arbitrariedade nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente

²⁶ Ibidem, p. 92-93.

²⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 34.

²⁸ Ibidem, p. 166-179.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

³⁰ “[...] e em nome de supostos “sopesamentos” (ponderação), um acusado é mantido posto em liberdade no Rio Grande do Sul (SER n. 700028605202) e outro é mantido preso em Santa Catarina (HC n. 06045173-1). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.51.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p.180.

que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade.³²

Além disso, há que se pontuar que “distinguir casos simples de casos difíceis, não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis.”³³ É que cindir *hard cases e easy cases*, significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender.³⁴ Em crítica a cisão entre interpretar e compreender Lenio Streck³⁵ pontua que: “Interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*auslegung*); é agora, produtiva (*Sinngebung*).” Em crítica a forma como a ponderação e o princípio da proporcionalidade é aplicado no Brasil o referido autor resume dizendo que:

Se ao fim e ao cabo, cabe ao interprete hierarquizar (escolher) o princípio (ou a regra) a pergunta que cabe é: qual é a diferença entre o “interprete ponderador” e o “interprete do positivismo” que discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação³⁶? Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero.³⁷

Em decorrência da profunda mudança paradigmática ocorrida no campo do constitucionalismo, que introduziu princípios, trazendo de volta a moral que foi expulsa pelo positivismo, e é bom lembrar que a moral ressurge como uma exigência da democracia, o mesmo problema passa a ser enfrentado, o de como resolver os casos difíceis. E esse é o grande motivo pelo qual a técnica da ponderação deve se aplicado seguindo todas as etapas, para se evitar a discricionariade dos julgadores.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

(...) Afinal, se há um pequeno grupo de advogados capaz de acompanhar centenas de milhares de processos, há certamente juízes que agem da mesma forma. Não é difícil imaginar como são tomadas as decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por “modelos” de gabinete, cuja regra maior é “limpar a mesa”. Como se julgar se tornasse um gerenciar repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída pela consulta e cola de informações. É essa a aplicação

³² ALEXY, Robert, op. cit., p. 34.

³³ “Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard cases* de Dworkin e as teorias discursivo-procedurais.” Ibidem, p. 250.

³⁴ Ibidem, p. 250.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. op. cit., p. 75.

³⁶ A questão central do pós positivismo é justamente “a emergência dos princípios e seu reconhecimento como norma jurídica.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in) determinação do direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2008, p. 170.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p.182.

assustadoramente crescente que torna exasperante a questão jurídica olhada do futuro para o passado.³⁸

É certo que o texto legal não traz uma norma pronta e acabada e que, portanto interpretar será sempre necessário, entretanto como afirma Zygmunt Bauman:

(...) O bom intérprete é aquele que lê o significado da forma adequada – e não há necessidade (ou assim se pode esperar) de alguém para atestar as regras que orientam a leitura do significado e, deste modo, tornar a interpretação válida ou competente; alguém que peneire as boas interpretações separando-as das ruins.³⁹

Enquanto Alexy apresenta uma teoria semântica Dworkin apresenta uma teoria pragmática “que parte do pressuposto de que o direito seja uma prática interpretativa.”⁴⁰ Dworkin⁴¹ foi um dos principais críticos da teoria da ponderação de Alexy, haja vista que não aceita nenhum tipo de discricionariedade judicial: “permitir que o juiz decida de modo a inovar na seara jurídica pode representar um exercício arbitrário (não justificado em princípios da comunidade moral) da coerção estatal colocando-se no tênue liame que sustenta o exercício legítimo da força e a exceção.”⁴² E ainda afirma que “a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos.”⁴³ Conforme Dworkin, tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o Poder discricionário não existe a não ser como espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições.⁴⁴ No mesmo sentido o autor conclui que quanto a negativa da discricionariedade judicial “que se os tribunais tivessem poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista”.⁴⁵

Lembrando Rafael Tomaz de Oliveira⁴⁶ “é preciso reconhecer que em todo

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Jurisprudência passou a ter mais importância que apropriada lei.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>, acesso em 28 de nov. de 2014.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e interpretes.** Zahar, Rio de Janeiro: 2010, p.266.

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p. 216.

⁴¹ “Quando Dworkin sustenta a necessidade de se decidir por princípios, ele aponta para os limites que deve haver no ato da aplicação judicial (por isso ao direito não importa as convicções pessoais, morais do juiz acerca da política, da sociedade, esportes etc., ele deve decidir por princípios).” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p. 485.

⁴² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p. 216.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.203.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.2002, p. 51.

⁴⁵ Ibidem, 2002, p. 59.

⁴⁶ Alexy cria, na sua intenção em tornar “racional” o discurso prático, uma espécie de elemento “camaleônico” que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática: a racionalização do discurso jurídico prático baseado em valores se dá por um meio matemático de fundamentação que é a ponderação. No fundo o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de

positivismo o que está em jogo é um problema procedimental.” Ou seja, é possível dizer que todo positivismo se constitui como uma espécie de *procedimentalismo*, a partir do qual se procura afirmar controles procedimentais dos mecanismos da decisão, sem uma preocupação efetiva como o resultado da decisão.⁴⁷ Exatamente o que se constata quando a fórmula da ponderação não é aplicada corretamente, o que nos remete ao questionamento sobre a existência de diferença ou não entre o interprete ponderador e o interprete do positivismo, afinal como muito bem enfatiza o jurista Flávio Tartuce “não acreditamos que a ponderação é um ato de livre escolha. Essa é a má ponderação”.⁴⁸

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

É possível verificar, desde o meio acadêmico até o STF os termos proporcionalidade e razoabilidade empregados como sinônimos. Entretanto, embora sejam institutos que tenham objetivos semelhantes, expressam construções jurídicas diversas. Sendo o principal objetivo da proporcionalidade fazer com que nenhuma restrição, por parte do Estado, a um direito fundamental tome proporções desmedidas, desproporcionais. Para tanto, é indispensável que o princípio da proporcionalidade seja aplicado da forma correta respeitando-se os sub-elementos do referido princípio: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Robert Alexy refere-se a esses sub-elementos como regras⁴⁹ e cita como entendimento semelhante a posição de Görg Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.⁵⁰

Para Alexy o princípio da proporcionalidade não é exatamente um princípio na forma como o autor classifica os princípios, é sim uma regra, como afirma Humberto Bergmann Ávila, que usa o termo dever de proporcionalidade, Alexy, “sem o enquadrar noutra categoria, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos,

fundamentação.⁴⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p.185.

⁴⁷ “Como o resultado da decisão nunca importou efetivamente para o positivismo – Kelsen é um bom exemplo disso – se tinha excluída a tematização pormenorizada da indeterminação do direito num âmbito efetivamente pragmático, embora fosse ela reconhecida num âmbito semântico-sintático.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de, op. cit., p.171.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio, op.cit., p. 31.

⁴⁹ Cf. Robert Alexy. *Tjeorie der Grundrecht*. 2. Aufl, Frankfurt m Main: Suhrkamp, 1994 (1.Aufl., 1985), p. 100 nota de rodapé apud SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p.27.

⁵⁰ Haverkate, Görg. **Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhaeltnismaessigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983, p. 11, nota 38, apud SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p.27.

prevalência.”⁵¹

Desta forma, é forçoso reconhecer que a expressão “princípio da proporcionalidade” não tem a mesma conotação de “princípios” dada por Alexy quando se refere a distinção entre regras e princípios.

Outra questão que merece ser abordada, ainda que rapidamente, refere-se ao conceito de proibição de excesso, haja vista o tratamento de sinônimos dispensado por parte da doutrina, entre princípio da proporcionalidade e proibição de excesso, “ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada.”⁵²

O que vale dizer que, o princípio da proporcionalidade ainda que seja entendido de forma predominante como instrumento de controle contra excessos dos poderes estatais, observa-se diuturnamente a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão, ou ação insuficiente dos poderes estatais, como no caso em análise no presente artigo, onde os cidadãos socorrem-se do judiciário para poder adquirir medicamentos ou serviços médicos não fornecidos pelo SUS, sob as mais diversas justificativas.

Quanto a origem do princípio da proporcionalidade Virgílio Afonso da Silva pontua que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim.”

O princípio da proporcionalidade se diferencia da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura, sendo que a aplicação dos sub-elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) em uma ordem pré-definida é que confere ao princípio da proporcionalidade a individualidade que a diferencia do princípio da razoabilidade.

No Brasil, o conceito de adequação, o primeiro dos sub-elementos do princípio da proporcionalidade, sugere que um meio deve ser adequado se “for apto para alcançar o resultado pretendido”. Decisão do Tribunal Constitucional alemão é citada por Gilmar Ferreira Mendes para fornecer o conceito de adequação – que acaba por ser reproduzido em

⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de direito administrativo, 215, 1999, p. 169, apud SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 24.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 23-50.

inúmeras decisões – nos seguintes termos: “Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado⁵³ [...]”⁵⁴

Na análise da necessidade – o segundo sub-elemento do princípio da proporcionalidade – de uma medida, é fundamental se indagar sobre a existência de medida igualmente eficaz. Ou seja, é preciso comparar outras medidas alternativas para se concluir se a medida é ou não necessária. Podendo inclusive ocorrer de uma medida ser adequada, porém, desnecessária.

Quanto à análise da proporcionalidade em sentido estrito, o terceiro dos sub-elementos do princípio da proporcionalidade, tem-se que mesmo que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover ou garantir a aplicação de um direito fundamental, não quer dizer que tal medida deve ser considerada proporcional, para tanto é necessário o exame de um terceiro sub-elemento, a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”⁵⁵

Um exemplo citado por Virgílio Afonso da Silva se mostra bastante relevante para a compreensão do sub-elemento mencionado: “Se para combater a disseminação da Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção e, além disso, prescrevesse que todos os cidadãos infectados fossem encarcerados”⁵⁶, nos termos até aqui expostos, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria adequada e necessária, entretanto, somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige seria capaz de evitar que esse tipo de medida fosse considerada proporcional.

O fundamento legal para a aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁷ no Brasil,

⁵³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, o verbo *förden* não pode ser traduzido por alcançar e sim por fomentar, promover. Adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que com o objetivo completamente realizado”, SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 36.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**, p. 371, apud SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.37.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.41.

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 41.

⁵⁷ “Como mencionado anteriormente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial. Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto

não segue regra única. Alguns autores justificam a sua aplicabilidade nos mais variados artigos e princípios.⁵⁸ Na realidade a aplicação do princípio da proporcionalidade não decorre de um dispositivo específico, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.⁵⁹

A razoabilidade por sua vez, é pautada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição dos fins. Não é por outro motivo que sempre quando se fala em princípio da proporcionalidade se fala também em razoabilidade. Entretanto, a razoabilidade seria, a grosso modo, somente a primeira das etapas a ser analisada na proporcionalidade, a adequação, posto que é nesta fase em que se verifica se os meios utilizados pelo interprete são adequados para fomentar ou alcançar o fim desejado. Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise se suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.⁶⁰

É bastante comum em trabalhos acadêmicos a menção de que a razoabilidade e a proporcionalidade tenham origem na *Magna Carta* de 1215, entretanto, como já exposto o princípio da proporcionalidade surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, sendo possível questionar-se inclusive a origem da razoabilidade na *Magna Carta* de 1215.

Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho salienta que na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade, cuja origem se encontra em uma decisão judicial de 1948, sendo que este teste de irrazoabilidade é também conhecido

de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente.” SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.html>, acesso: 22.11.2014.

⁵⁸ CF: Art. 5º, II da CF (legalidade), 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º, caput (princípio republicano), 1º, II (cidadania), art. 5º, parágrafo 2º, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição, conforme SANTIAGO, GUERRA FILHO, Willis Santiago in **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, p. 278 apud SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.44.

⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.43.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.45.

como *Wednesbury*, e implica em rejeitar decisões judiciais irrazoáveis, ou seja, aquelas que ninguém decidiria de forma tão irracional. Nestes casos o tribunal poderia então intervir.⁶¹

É conclusivo, portanto, que para a aplicação do princípio da proporcionalidade diante da sua fundamentalidade para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais, é necessário que sua aplicabilidade seja realizada de forma sistemática e estruturada de acordo com o modelo pré-existente o que é requisito indissociável do referido princípio.

5 FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Partindo-se de um corte transversal no processo de transição do Estado liberal para o social, sem o objetivo de retratar as peculiaridades desse período, alcança-se a unificação do direito com a aceção do Estado Democrático de Direito. A pessoa é colocada no centro do ordenamento jurídico, e o Estado assume como objetivo principal, a busca da justiça material, e assim, o texto constitucional se consagra como paradigma a todos os aplicadores do direito, e os direitos fundamentais, passam a ter aplicação imediata, inclusive nas relações entre particulares.

Embora no centro do ordenamento jurídico, situação bastante frequente é a do cidadão que tem seu pedido de medicação negado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), embora seja portador de doenças como, por exemplo, a osteoporose, psoríase, que necessitam de medicamentos específicos para o seu tratamento – pois os medicamentos usados até então não foram eficazes para curar ou mesmo conter o avanço da doença – o que o leva a buscar socorro no judiciário, que por sua vez, se valendo de critérios bastante confusos, toma decisões *sui generis*, além do que, passa a atuar como se poder legislativo fosse, numa verdadeira e absurda inversão de poderes.

No Brasil, o direito à saúde está disposto nos artigos 6º e nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, como um direito social a ser garantido por meio de políticas públicas que devem promover e garantir o acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos. Ocorre que, alguns serviços relativos à saúde e medicamentos de alto custo não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou porque não encontram a regulamentação necessária da ANVISA, ou o medicamento possui regulamentação pela ANVISA, mas não faz parte da relação de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS, por tratar-se de medicamentos

⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Princípio da proporcionalidade e teoria do direito**, in: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.), **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001: 268-283, apud SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p.29.

de alto custo.

Chamado a solucionar a questão o judiciário determina que o medicamento seja fornecido pelo SUS em que pese o alto custo, ou nega o fornecimento exatamente em razão do alto custo, argumentado neste último caso: que o fornecimento prejudicaria outras ações governamentais para a coletividade em favorecimento apenas de poucos particulares. Verifica-se ainda nas decisões, o argumento de que o medicamento solicitado pode ser substituído por um similar ou genérico com a mesma “eficácia” e custos reduzidos.

Ainda em sede de justificativa para a negativa do Estado⁶² no fornecimento da medicação a reserva do possível está sempre presente, ou seja, o quanto é possível se investir naquele tipo de atividade, no caso a compra de medicamentos para fornecimento de forma gratuita, e ainda ausência de responsabilidade por parte do ente⁶³, se verificando um verdadeiro e vergonhoso, para dizer o mínimo, jogo de empurra, repassando um ao outro a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos. Dito de outra forma: a União atribui a responsabilidade ao Estado que por sua vez atribui ao Município que a devolve a União. Entretanto, a própria Constituição estabelece no art. 23, II, a responsabilidade solidária.⁶⁴

É certo que haja dificuldades por parte do Estado no fornecimento de saúde pública de alto nível a toda a população que dela necessita, e isso não acontece nem mesmo em países de primeiro mundo como os Estados Unidos. Entretanto, é imprescindível que sejam adotadas políticas públicas para a prevenção de doenças, como vacinação e saneamento básico, e disso o Estado não pode se esquivar sob qualquer fundamento, haja vista ter assumido tal responsabilidade constitucionalmente (art. 196 e 197 da CF).

O fornecimento de medicamentos de alto custo é imprescindível àquele cidadão hipossuficiente, afinal, sendo a saúde um direito social, e sendo o seu atendimento dever do Estado, através de políticas públicas, especialmente o Sistema Único de saúde - SUS, o mínimo que se pode querer é o fornecimento de medicamentos de alto custo gratuitamente a

⁶² A referência a Estado é no sentido de “uma das sociedades políticas ou sociedades de fins gerais. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80. Sobre o surgimento do Estado “a primeira dessas teorias é a do contrato social, esboçada no século XVI pelo alemão Althusius (1557-1638) e o holandês Hugo Grócio (1583-1645). Logo foi desenvolvida na Inglaterra por Thomas Hobbes (1588-1679) na sua obra *Leviathan*, publicada em 1651, e recolhida depois por Immanuel Kant (1724-1804). Contudo recebeu sua expressão mais precisa na obra *Do Contrato Social* de J.J. Rousseau (1712-1778), publicada em 1763.” ALARCÓN Pietro de Jesus. **Ciência política, Estado e direito público**, Uma introdução ao direito público da contemporaneidade. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2014, p.85.

⁶³ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”(RE 740.397-AgR/ES, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 15.8.2013).

⁶⁴ CF. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

quem deles necessita.

O ser humano tem direito a um mínimo existencial, assim se posiciona a doutrina e a jurisprudência. Acerca da delimitação desse núcleo existencial, Canotilho⁶⁵ assevera que todos têm direito a um “núcleo básico de direitos sociais”. Para ele, nesse contexto, o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego”, são verdadeiros direitos sociais, constituindo o núcleo mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.

A ação de planejamento da Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar a Constituição em sua totalidade, assumindo capital importância a normatização referente aos direitos fundamentais. Como salienta Bercovici:

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal motor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estruturas.⁶⁶

Assim, o fundamento das políticas públicas se consubstancia na necessidade de concretização dos direitos fundamentais, o que se dá por meio da efetividade das políticas públicas, buscando sempre a tão almejada justiça, sobre a qual brilhantemente pontua Kelsen:

Nenhuma outra questão foi tão passionadamente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres - Platão a Kant - meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva: deverá apenas tentar perguntar melhor.⁶⁷

Procurando trazer uma noção sobre o conteúdo dos Direitos Fundamentais, pode-se defini-los como sendo “os indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes”⁶⁸

Neste sentido, Haberle,⁶⁹ analisando os direitos fundamentais, acrescenta aos

⁶⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.470.

⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

⁶⁷ KELSEN Hans. **O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

⁶⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17). p. 67.

⁶⁹ HABERLE, Peter. **La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 11.

mesmos a função social como um elemento essencial para o direito e principalmente para os direitos fundamentais.

Papel relevante tem o constitucionalismo⁷⁰ que é o exercício da liberdade, ou como afirma Canotilho de forma magistral “é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”⁷¹, que assegura aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais ao mesmo tempo em que coloca o Estado em condições de não os poder violar, ao contrário, estabelece ao Estado a obrigação de realizar através das políticas públicas, a função social dos direitos fundamentais sempre com o propósito de dar efetividade aos ideais de justiça e igualdade, enfim, o atingimento do bem estar social, o que não é possível com o mínimo existencial.

Sobre o mínimo existencial Gilberto Bercovici enfatiza de forma brilhante “a posição daqueles que entendem tratar-se o mínimo existencial de proteção negativa em relação à intervenção do Estado, e que a extensão da lógica dos direitos de liberdade aos direitos sociais fatalmente conduziria à ingovernabilidade.” Entretanto, cita outras versões sobre o mínimo existencial mais adequadas a Constituição de 88, como a de Ingo Sarlet⁷² em defesa à garantia de existência digna, fundado no salário mínimo, à assistência social, à previdência social à moradia, à saúde e a educação.⁷³

O que de fato importa para Gilberto Bercovici neste aspecto é “afirmar que as relações entre dignidade humana e Constituição econômica não podem ser limitadas ao discurso do mínimo existencial.”⁷⁴ Complementa o autor: “ao contrário, essas relações, sob a Constituição de 88, vão além dos direitos fundamentais (de todos os direitos fundamentais, inclusive e especialmente os direitos econômicos e sociais).” E ainda: “[...] É necessário a expansão da democracia e do Estado de direito da esfera política para as esferas econômica e social. Democratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder

⁷⁰ **Sentido amplo** – é o fenômeno relacionado com o fato de todo o Estado possuir uma constituição, em qualquer tempo e do espaço, independentemente do regime jurídico-político adotado. Sempre existiu uma forma de ordenação suprema e coercitiva do poder social, seja escrita ou consuetudinária, como um modo de ser do Estado ou sociedade civil, limitando ou não o poder dos governantes. **Sentido estrito** – é a técnica jurídico-política de tutela das liberdades públicas, consolidada com as revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, englobando um conjunto de regras, princípios e engrenagens institucionais que implicou a limitação do poder estatal e possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a democracia e o devido processo legal. **Constitucionalismo**. Disponível em: < <http://www.justoeabotoado.xpg.com.br/> > acesso em: 17.06.2014.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7 ed. 2007, p.51.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ed. São Paulo: livraria do advogado: 2012, p.329-366 In BERCOVICI, Gilberto. **Comentários aos artigos 170 aos 173 da Constituição Federal In Direito e justiça social. Por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Coord. Thiago Ferreira Cardoso Neves, São Paulo: Atlas, 2013, p. 1039.

⁷³ Ibidem, p.1039.

⁷⁴ BERCOVICI, op. cit., p. 1941.

econômico privado, democratizando-o, distribuindo-o.”⁷⁵ Razões vinculadas à reserva do possível⁷⁶ “não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos.

Insta salientar, por ser um dado da realidade, como já mencionado acima, a interferência quotidiana do judiciário nos programas de ação governamental com o objetivo de dar eficácia aos mesmos, em resposta ao direito que possui o cidadão de exigir o cumprimento do dever constitucional, o que se verifica quando juízes deferem pleitos sobre medicamentos, vagas em escola ou creches, ou até mesmo procedimentos cirúrgicos, quando estes são negados ou procrastinados pela administração pública.⁷⁷ Até porque, o direito de acesso à justiça está consagrado como um direito fundamental no art. 5º XXXV da CF/88 e no artigo 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário. Para Celso Riberio Bastos e Ives Gandra Martins:⁷⁸

(...) Uma política social eficaz só acaba afinal por ter êxito se lastreada em uma abundante produção de bens. Ninguém, em sã juízo pode acreditar que um produto nacional insuficiente possa gerar o bem-estar coletivo pelo mero fato de ter criado pessoas mais ou menos do mesmo nível de miséria.

O que significa dizer que a expansão ou diminuição das políticas públicas possuem uma estreita relação com a expansão ou diminuição da cidadania, evidenciada pela correlação direta entre a organização, sistematização e implementação de políticas públicas pelo Estado e

⁷⁵ Ibidem, p.1940.

⁷⁶ “Por isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes. Com isso, não se está evidentemente a concordar com o entendimento de que não pode ser imposto ao Estado medicamento ou procedimento muito oneroso, da mesma forma como não se está a endossar decisões judiciais ou doutrina que reconheçam apenas a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o fornecimento de bens ou serviços previstos na legislação ou, como no caso dos medicamentos, em protocolos aprovados pelo Ministério da Saúde ou pelas Secretarias de Saúde dos Estados ou Municípios. Importa não olvidar que as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de resto, ser adequado ao tratamento naquele caso, isto sem adentrar a questão da atualização periódica dos protocolos, entre tantos outros aspectos que poderiam ser colacionados.” SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.html>, acesso: 22.11.2014.

⁷⁷ “O espírito do Estado de Direito, a partir do Constitucionalismo contemporâneo, pode bem ser resumido na ideia, presente originalmente na Declaração de Direitos de Massachusetts de 1780, da substituição do governo dos homens pelo governo das leis; ou seja: pelo sentido subjetivo da vontade dos governantes pelo sentido objetivo da vontade do Direito.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição.** Capítulo IV in Direito da Regulação e políticas públicas, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 101.

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra In NEVES, Cardoso. **Direito & Justiça social. Por uma sociedade mais justa, livre e solidária; Legislação que implantou a função social.** Coordenado por Thiago Ferreira Cardoso Neves, São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

a cidadania, o que exige repensar as relações entre Estado e sociedade civil, cabendo a esta a corresponsabilidade pela construção e implementação de ações públicas destinadas a fazer com que a cidadania aconteça de forma efetiva. Para tanto, cabe ao executivo implementar os direitos formalmente previstos na Constituição, ou seja, tem o poder executivo a função precípua de concretizar a previsão normativa, cumprindo o papel do Estado, e isso passa inevitavelmente, pelo fornecimento de medicamentos e saúde gratuita a quem dela necessita. Porém, como já exposto diante da inércia do executivo o judiciário é chamado à colação.

Nesta tarefa que assume o judiciário de determinar o fornecimento de medicamentos é possível verificar-se a forma como o judiciário brasileiro aplica o princípio da proporcionalidade. Em recente decisão com fundamento também, no princípio da proporcionalidade:

Nesse ínterim, o preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde. Todavia, a concretização de qualquer direito fundamental não descuida do exame da proporcionalidade na respectiva aplicação. O princípio da proporcionalidade corresponde à justa medida jurídico-material e decorre da vinculação do Estado Democrático de Direito a um mínimo ético. É por meio da sua aplicação que será definido e respeitado o espaço do convívio individual de cada cidadão frente ao Estado, proporcionando a acomodação dos reclames sociais e a obtenção do parâmetro para a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, no processo exegético que concretiza as normas da Lei Maior. Por essa forma, o princípio em tela propicia não só o controle substancial das ações estatais, como, também, a sua aferição formal, e, desta feita, autoriza o controle difuso e concentrado da constitucionalidade na proteção dos direitos fundamentais. Segundo a doutrina alemã, em que foi concebido o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), tem-se que engloba um conjunto de três sub-regras, subprincípios, ou, ainda, máximas parciais, a saber: 1- Adequação: quando o meio escolhido deve ser apto à consecução do fim pretendido; 2- Necessidade: quando dentre os meios adequados (segundo o item precedente), deve-se escolher aquele que cause menor restrição a direito, isto é, o meio menos gravoso; 3- Proporcionalidade em sentido estrito: deve-se considerar a relação de precedência de um bem jurídico em detrimento de outro envolvido no processo de ponderação. Logo, o direito à saúde, constando sob a forma de norma que não prescinde do necessário processo de concretização para aplicação ao caso concreto, não pode ser concebido como direito absoluto e de emprego subjetivo, senão deve se sujeitar ao crivo da proporcionalidade, de acordo com a prova trazida aos autos.⁷⁹

Contudo, verifica-se com uma simples análise, que o princípio da proporcionalidade e a fórmula da ponderação, foram apenas mencionados, entretanto não foram percorridas

⁷⁹STF - RE: 826691 RS, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/08/2014. Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 21/08/2014 PUBLIC 22/08/2014, disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25248490/recurso-extraordinario-re-826691-rs-stf>, acesso em 21.11.2014.

todas as etapas, ou sub-elementos do princípio da proporcionalidade (da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito). Na realidade o que se percebe na aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é aplicação da razoabilidade, ou seja, uma simples análise entre meios e fins, sendo aplicada apenas o primeiro dos sub-elementos: a adequação. E como já demonstrado o princípio da proporcionalidade é mais amplo do que a regra da razoabilidade, não se esgotando na simples análise entre meios e fins. O raciocínio aplicado não apenas nessa, mas em quase todas as decisões dos tribunais brasileiros é muito mais simplista, limitando-se a seguinte conclusão: “a constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência; o ato questionado é inconstitucional.”⁸⁰

No mesmo estilo de utilização do princípio da proporcionalidade e razoabilidade no sentido laico, senso comum, é a decisão que segue:

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MUNICÍPIO DE BARÃO contra decisão monocrática de minha relatoria que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa (fls. 217/223, e-STJ):

"ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS E FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA POSTERIOR AO PRAZO JUDICIAL DADO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL."

Contra a referida decisão foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, ante a inexistência da alegada obscuridade (fls. 233/236, e-STJ):

"ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. TERMO INICIAL. PRIMEIRO DIA POSTERIOR AO PRAZO JUDICIAL DADO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 159/STJ. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS."

Extrai-se dos autos que o recurso especial inadmitido foi interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (fl. 128, e-STJ):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. QUADRO INFLAMATÓRIO NO FÊMUR ESQUERDO. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESE NO FÊMUR. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF."

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 33.

FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DAS ASTREINTES. DATA DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. I - E possível a fixação de multa diária caso descumprida a decisão judicial, forte no que dispõe o art.461, § 52, do CPC, observada a redação da Lei n. 10.444/02, que autoriza o Magistrado a estipular multa nos casos de antecipação de tutela. II - Constitui termo inicial da incidência das astreintes a intimação pessoal do devedor para cumprimento da medida, e não a juntada da intimação aos autos. Tendo o Município que cumprir a determinação no prazo máximo de 10 dias, e este foi intimado no dia 09/02/2012, adota-se a data de 20/02/2012 como termo inicial das astreintes. III - A aplicação de multa como meio de coação ao cumprimento da decisão judicial deve ser utilizada com razoabilidade e proporcionalidade, principalmente quando aplicada em desfavor de entes públicos, como é o caso do ora agravante. Assim, o valor da multa diária deve ser reduzido para R\$ 200,00 (duzentos reais). AGRAVO PROVIDO EM PARTE. UNÂNIME.⁸¹

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, não apenas nessa, mas em quase todas as decisões dos tribunais brasileiros é realizado, como já exposto, de forma simplista, as expressões são utilizadas no sentido laico. Neste sentido é valioso para o presente estudo destacar os ensinamentos do ilustre professor Lenio Luiz Streck:

(...) Daí que expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, “justa medida”, “decido conforme minha consciência”, no momento em que utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdier) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”. Produzem-se, assim, sentidos coagulados, que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade “extraída a fórceps” no plano das relações simbólicas de poder.⁸²

Da análise das questões propostas no presente artigo o que resta de concreto é a forma como a interpretação é realizada nas decisões judiciais. Neste sentido Dworkin enfatiza “que o Direito é um conceito interpretativo. Assim, a interpretação, para além de um caráter instrumental, é imprescindível, é indissociável do fazer jurídico. Nestes termos, o Direito

⁸¹ Jurisprudência do STF. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25121767/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-486994-rs-2014-0055610-8-stj/inteiro-teor-25121768>, acesso em: 21.11.2014.

⁸² STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.50.

transcenderia os catálogos de princípios e regras, seria “uma atitude interpretativa e auto reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido.”⁸³

E os juízes não estão obviamente impedidos de interpretar, afinal “os sentidos são construídos”, é no caso concreto que se resolvem as questões (*Applicatio* – Gadamer), entretanto interpretar não é expressar nas sentenças subjetividades, ideologias, embora todos as tenham. Afinal quando se recorre ao judiciário não é para saber a opinião pessoal do juiz, aliás, como muito bem enfatizou Lenio Luiz Streck: “O juiz deve saber suspender os seus pré-juízos. Caso contrário, não pode ser juiz.”⁸⁴

Neste passo, necessária é a distinção entre ativismo e judicialização. O aumento crescente da litigiosidade é resultado de uma visão quem sabe distorcida de que é no judiciário o lugar adequado para se discutir questões que antes eram debatidas no âmbito político do legislativo e do executivo.

Na medida em que a Constituição brasileira possui um catálogo extenso de direitos sociais, e tais direitos se transformam em direitos sociais-fundamentais, é certo que ocorra uma “judicialização”⁸⁵ nesse campo de aplicação do direito. Seria em última análise um reflexo das relações sociais e políticas na contemporaneidade.

Já o ativismo judicial possui uma matriz diversa, haja vista que está situado dentro do direito no âmbito da interpretação da decisão judicial, mas pode estar fora também, “na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão judicializável, pode levar à suspensão do direito vigente, criando fissuras na institucionalidade, desenvolvendo figuras típicas de um Estado de Exceção.”⁸⁶ Questão que tem merecido por parte da doutrina inúmeras críticas e muitas propostas de soluções, entretanto “o modo de controlar o problema do ativismo judicial encontra-se no âmbito da própria interpretação do direito, sendo por isso, um problema a ser enfrentado pela hermenêutica jurídica.”⁸⁷ Como salienta Tercio Sampaio Ferraz Junior:

(...) Nossa atual civilização tecnológica joga sua capacidade criativa em fórmulas jurídicas cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo judicial, o tribunal passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um julgamento de como as coisas são para ver o que se poderá fazer. À inconfiabilidade da lei se

⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins fontes, 2003, p. 492 apud STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. Op. cit., p.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Entrevista. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, V. 81, n. 4 – ano XXIX, out./nov./dez. 2011, p. 15.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁶ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael de, op. cit. p. 389.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 389.

substitui o racnio do juiz. Dessa forma, o que ocorre com a aplicao do direito em face da velha e conhecida segurança jurídica?⁸⁸

Neste contexto, as decisões são tendenciosas e por isso dispensa tratamento diferenciado aos cidadãos que buscam a tutela do Estado, como no caso aqui abordado do direito social e fundamental a saúde que é negado àqueles que mais precisam.

Como mecanismo para a efetivao da constitucionalizao do processo civil brasileiro, a ponderao de princípios, valores e normas, foi adotado expressamente pelo CPC de 2015. Ao tratar dos elementos da sentença, estabelece o parágrafo 2º do art. 489 que: no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderao efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Neste sentido o eminente jurista Flávio Tartuce enfatiza que “não restam dvidas de que esse relevante artifício de lógica jurídica é associado  visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituio Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados”⁸⁹.

Não resta dvida de que a inteno do legislador ao normatizar o instituto da ponderao no novo CPC foi a de primeiro, estabelecer regras para a aplicao do instituto e segundo, acabar com as decisões que se utilizando da ponderao, não obedecem as regras para a sua aplicao gerando decisões que se valendo da proporcionalidade e razoabilidade – sem distino entre ambos – concedem ou negam pedidos. Ou seja, o remédio que cura é o mesmo que mata.

6 CONCLUSÃO

Inexorável é a convico de que é a essência da Constituio Federal que dita todos os eixos paradigmáticos de todo o ordenamento jurídico, que no caso da CF de 88  a dignidade humana, é de onde decorre toda a instrumentalizao da Constituio.

O presente estudo dedicou-se a aplicao da fórmula da ponderao de Robert Alexy, por meio do princípio da proporcionalidade procurando pontuar a necessidade da

⁸⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Jurisprudência passou a ter mais importância que apropriada lei.** “Reportagem de 2011 publicada por uma revista de circulao nacional mostrava que, num escritório de advocacia em São Paulo, um pequeno grupo de jovens advogados era capaz de acompanhar cerca de 25 mil processos por ano usando um software. Diz-se que hoje já são 300 mil.”Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>. Acesso em: 28 de nov. de 2014.

⁸⁹ TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 20.

aplicação correta do referido princípio, posto que no Brasil a confusão entre razoabilidade e o princípio da proporcionalidade é recorrente, tanto nos meios acadêmicos quanto nas decisões dos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal. O que gera um ambiente propício a discricionariedade.

Embora seja fato que a pessoa esteja no centro do ordenamento jurídico, situação bastante frequente é a do cidadão que necessita do uso por tempo indeterminado, ou não, de medicamentos de alto custo e tem seu pedido negado pelo Sistema único de Saúde - SUS, e socorre-se do poder judiciário para ter seu pleito deferido. O que se verifica no momento seguinte é que o judiciário, muitas vezes, se valendo do princípio da proporcionalidade, o confunde com a razoabilidade e em sentenças ou acórdãos bastante confusos toma decisões bastante *sui generis*, além do que, passa a atuar como se poder legislativo fosse, numa verdadeira inversão de poderes.

No Brasil, o direito à saúde está disposto nos artigos 6º e nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, como um direito social a ser garantido por meio de políticas públicas que devem promover e garantir o acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos. Neste sentido, o direito a uma decisão fundamentada passa a ser na contemporaneidade um direito fundamental previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Destacou-se no presente estudo a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial, tendo em vista que é da diferença conceitual dos institutos que decorrerá as medidas distintas que devem ser tomadas para o controle de ambos os fenômenos da contemporaneidade. Sendo que a judicialização está relacionada com as transformações culturais e políticas pelas quais passaram os países que adotam o regime democrático. Enquanto o ativismo judicial é resultado da escolha subjetiva do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda.

Apontamos para o caráter procedimental da fórmula da ponderação de Alexy e para a inexorável discricionariedade presente na sua teoria, o que faz com que o seu procedimento não seja, por si só, satisfatório para solucionar o problema da decisão judicial, principalmente se aplicado de forma errônea como acontece no Brasil.

Tomamos por base decisões prolatadas em casos de fornecimento de medicamentos de alto custo negados pelo Sistema único de Saúde, onde colidem o direito a saúde, direito social e por isso fundamental, e a previsão também constitucional da reserva do possível. Dois princípios em colisão, cujas decisões pautadas no princípio da proporcionalidade convergem para a discricionariedade latente no judiciário, posto que não respeitem, aliás,

muitas vezes sequer mencionam os três sub-elementos do princípio da proporcionalidade o que leva a tratá-lo como sinônimo de razoabilidade.

A positivação do mecanismo da ponderação no parágrafo 2º do artigo 489 reforça a necessidade de justificação do objeto e critérios utilizados no sopesamento, para que não haja dúvida sobre quais os critérios utilizados pelo julgador na escolha de qual norma ou princípio deve prevalecer no caso concreto e porque deve prevalecer. Espera-se que tal previsão no novo CPC possa afastar a discricionariedade bem como as confusões recorrentes sobre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Imperioso, portanto, que o judiciário aja sempre com pulso firme quando for solicitado a dar efetividade aos direitos da sociedade – principalmente dos mais necessitados – quando o Estado responsável na criação e consecução das políticas públicas, por intermédio do poder executivo, se mostrar inerte, como é o caso da negativa de fornecimento de medicamentos que não constam na relação de medicamentos a serem fornecidos pelo Sistema Único de Saúde-SUS. É certo que o texto legal não traz uma norma pronta e acabada e que, portanto interpretar será sempre necessário para a concretização dos valores sociais e, portanto, para a consolidação do valor da justiça.

Entretanto, criar pessoas livres e iguais, uma das principais tarefas da produção capitalista, continua, ainda, sendo um dos principais desafios da contemporaneidade.

7 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Tomaz Rafael. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALARCÓN Pietro de Jesus. **Ciência política, Estado e direito público, Uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

_____. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e interpretes**. Zahar, Rio de Janeiro: 2010.

BEATTY, David. **Essência do estado de direito**. In **Direito e justiça social. Por uma sociedade mais justa, livre e solidária**. Coord. Thiago Ferreira Cardoso Neves, São Paulo: Atlas, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

Constitucionalismo. Disponível em:< <http://www.justoeabotoado.xpg.com.br/>> acesso em: 17.06.2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Jurisprudência passou a ter mais importância que apropriada lei.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>. Acesso em: 28 de nov. de 2014.

HABERLE, Peter. **La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2003.

KELSEN Hans. **O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** Tradução de Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, vol. II, n. IV, 5, 2010.

NEVES, Cardoso. **Direito & Justiça social. Por uma sociedade mais justa, livre e solidária; Legislação que implantou a função social.** Coordenado por Thiago Ferreira Cardoso Neves, São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in) determinação do direito.** Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** 7.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17).

ROBERT, Alexy. **Teoria da argumentação jurídica,** tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Land Livraria e Distribuidora Ltda, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUERIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.html>, acesso: 22.11.2014.

SILVA. Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** Revista dos Tribunais, v. 798, 2002.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações**. São Paulo: Editora Método, 2015

Jurisprudência do STF - RE: 826691 RS, Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 19/08/2014. Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 21/08/2014 PUBLIC 22/08/2014, disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25248490/recurso-extraordinario-re-826691-rs-stf>, acesso em 21.11.2014.

STRECK. Lenio Luiz. **Entrevista**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, V. 81, n. 4 – ano XXIX, out./nov./dez. 2011.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: 2014.

_____. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JURISPRUDÊNCIA DO STF. Disponível em:
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25121767/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-486994-rs-2014-0055610-8-stj/inteiro-teor-25121768>, acesso em: 21.11.2014.