

O DIREITO À SAÚDE E O CRITÉRIO DA POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO AOS HIPOSSUFICIENTES DA PRESTAÇÃO JUDICIALMENTE PLEITEADA:

UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF DA 5ª REGIÃO

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O pragmatismo jurídico como método. 3 Neoconstitucionalismo e judicialização do direito fundamental à saúde. 4 O elo de utilidade entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde. 5 A necessidade de observância de parâmetros racionais para a concessão judicial de prestações de saúde e o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação judicialmente pleiteada. 6 Análise pragmática das decisões do TRF da 5ª Região. 7 Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo realiza uma análise pragmática da jurisprudência do TRF da 5ª Região com relação ao direito fundamental à saúde, especificamente quanto à aplicação, pelo Tribunal, do critério doutrinário da possibilidade de universalização da medida ou prestação judicialmente pleiteada, apontado por autores como Cláudio Pereira de Souza Neto como um dos parâmetros para a verificação da justiciabilidade dos direitos sociais. Para tanto, utiliza-se o pragmatismo jurídico como método de abordagem e compreensão do direito, afirmando-se ainda a existência de um elo de utilidade entre a categoria pragmática das consequências práticas e a busca neocon-

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

stitucionalista pela efetividade dos direitos fundamentais. Após demonstrar a necessidade de observância de parâmetros racionais para a concessão judicial de prestações de saúde, passa-se à abordagem do mencionado parâmetro doutrinário, que se assenta na afirmação de que uma prestação de saúde judicialmente pleiteada somente pode ser concedida caso seja possível a sua universalização a todos os hipossuficientes. Verifica-se que, apesar de terem sido encontrados poucos julgados que satisfizessem os parâmetros estabelecidos, o TRF da 5ª Região vem aplicando aquele critério doutrinário, demonstrando preocupação consistente em evitar que a concessão de uma medida não universalizável obstaculize indiretamente o acesso da coletividade a determinadas prestações de saúde.

Palavras-chave: Prestações de saúde. Possibilidade de universalização. Jurisprudência do TRF da 5ª Região. Análise pragmática.

Abstract

This article provides a pragmatic analysis of the Federal 5th Region Court jurisprudence with respect to the fundamental right to health, especially as regards the application by the Court's of the doctrinal criteria of the possibility of universalization of the solicited health provision, pointed out by authors such as Claudio Pereira de Souza Neto as a parameter to check the justiciability of social rights. To do so, we use the legal pragmatism as a method to approach and understand law, demonstrating the existence of a link of utility between the pragmatic category of the practical consequences and the neoconstitutionalistic search for effectiveness of fundamental rights. After demonstrating the need for compliance with rational parameters for judicial granting of health benefits, it goes through the approach of the mentioned doctrinal criteria, which is based on the assertion that the health provision pleaded in court can only be granted if it is possible to universalize it to all inapt. It is found that, although few judgments have been found which met the established criteria, the Federal 5th Region Court has been applying that doctrinal criteria, demonstrating consistent con-

cern to prevent the that the granting of a not universalized measure indirectly obstructs the community access to certain health benefits.

Keywords: Health benefit. Possibility of universalization. Jurisprudence of the Federal 5th Region Court. Pragmatic analyses.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização do direito fundamental à saúde é uma realidade não apenas no Brasil e encontra fértil espaço de desenvolvimento no contexto contemporâneo de busca pela efetividade das normas constitucionais. Este fato se comprova pela crescente quantidade de demandas judiciais desta natureza e da sua consequente influência nos orçamentos dos entes federativos. Nesse sentido, notícia recente do portal gazetaweb.com relata que a Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Alagoas (SESAU) apurou que os gastos com decisões judiciais em matéria de saúde, cujo total foi de R\$ 27.827.226,39 no período de agosto de 2011 a julho de 2012, avançaram mais de 150% no período de agosto de 2012 a julho de 2013, atingindo a cifra de R\$ 69.752.666,06.

O quadro revela o descompasso entre as normas constitucionais relativas à saúde e a realidade da maioria da população brasileira, fato que tem levado a doutrina a buscar critérios de racionalização das decisões judiciais relativas à concessão de medicamentos e outras prestações. Essa necessidade se deve à constatação de que a concretização de direitos, inclusive fundamentais, necessariamente envolve um custo, a ser suportado pelos orçamentos dos entes federativos. Isto se torna mais relevante no Brasil, onde as necessidades sociais exigem a formulação de políticas públicas mais eficientes, não raras vezes se fazendo necessária a atuação judicial no controle dos programas de ação estatal, de maneira a garantir determinadas prestações individuais de saúde sem, entretanto, inviabilizar indiretamente o direito da coletividade.

Um dos parâmetros propostos para a justiciabilidade dos direitos sociais, apontado por

doutrinadores como Souza Neto¹, é a verificação da possibilidade de universalização da medida ou prestação pleiteada, ou seja, a sua exigibilidade judicial estaria ligada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre aqueles que não podem arcar, por conta própria e sem comprometimento de outras necessidades básicas, com os seus custos.

É nesse sentido que o presente estudo se propõe a analisar se o mencionado parâmetro doutrinário tem sido aplicado pela jurisprudência e, em caso positivo, qual tem sido o posicionamento adotado, bem como os argumentos que lhes servem de fundamento. O caráter pragmático da pesquisa se revela no destaque atribuído às consequências práticas das decisões judiciais analisadas e à utilidade dos institutos jurídicos que lhes servem de fundamento, desenvolvendo-se com atenção à concepção do direito como atividade.

Foram estabelecidos como objeto de estudo os acórdãos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, publicados no período de outubro de 2012 a setembro de 2013, versando sobre o direito fundamental à saúde e que contenham em suas ementas a expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”, por ser esta decorrente do critério doutrinário mencionado.

Adota-se ainda uma abordagem metodológica ancorada em autores como Charles Sanders Peirce e William James, dos quais foram colhidas algumas bases do pragmatismo filosófico, bem como Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo, referências para o pragmatismo jurídico, cujo desenvolvimento se realiza de maneira complementar nas seções 2 e 4.

O pragmatismo foi utilizado como método de análise das decisões judiciais, ou seja, como um olhar direcionado sobre aquilo que os magistrados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região têm reconhecido como direito a prestações de saúde no âmbito de sua jurisdição, especificamente quanto à problemática da possibilidade

de universalização de tais prestações a todos os hipossuficientes.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO COMO MÉTODO

Tratar do pragmatismo jurídico, seja a partir de um ponto de vista da filosofia prática ou sob a perspectiva de um útil instrumento metodológico de abordagem e compreensão do direito, entendido este enquanto atividade exercida pelos tribunais, pressupõe a menção a algumas ideias desenvolvidas especialmente nos Estados Unidos, a partir do início do século XX e que viriam a compor o campo do denominado realismo jurídico norte-americano.

Inicialmente, deve-se registrar que não faz muito sentido, sob uma perspectiva estritamente pragmatista, a tentativa de se estabelecer conceitos e definições daquilo que, de fato, representa o denominado pragmatismo filosófico. Não por outro motivo, há uma preferência por parte de autores pragmatistas como Posner e Rorty de caracterizá-lo não através da fixação de conceitos determinados, mas sim a partir do que faz um pragmatista, de como procura oferecer uma solução viável para um problema que lhe é posto e de como se comporta diante deste².

Desde já, percebe-se uma nota característica do pragmatismo, consistente em que questões metafísicas e suas teorizações não se apresentam úteis e eficientes para a solução de problemas ou conflitos. Foi nesse sentido que afirmou Oliver Wendell Holmes Jr³ que “proposições gerais não decidem casos concretos”, tendo esta noção se tornado verdadeira expressão do realismo jurídico norte-americano.

Não se afirma aqui que o pragmatismo ignora a teoria, afinal sua visão sensata não se prestaria a tanto, mas, ao invés disso, à tarefa mais modesta e prática de afastar a discussão de questões semânticas e de promover a sua aproximação com relação aos aspectos factuais e empíricos

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 540-541.

² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 84-85.

³ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008.

que se mostrem úteis ao seu deslinde⁴.

O pragmatismo é antiessencialista, não se baseando em supostas verdades, certezas inabaláveis e dogmas. Uma atitude nele baseada não se pode limitar por nenhuma dessas palavras, ao contrário, uma dada ideia deve ser colocada a trabalhar dentro da corrente de nossa experiência. Expressa-se, ainda, de maneira não representacionista. Comporta-se, assim, menos como solução e mais como um programa para mais trabalho, indicando os caminhos através dos quais as realidades existentes podem ser constantemente desafiadas e eventualmente modificadas. As teorias, dessa maneira, tornam-se instrumentos e não respostas a enigmas, sobre as quais poderíamos descansar.⁵

Embora o pragmatismo seja antiessencialista, ele não se presta a negar as concepções e mesmo essências de outras vertentes do conhecimento, o que torna perfeitamente possível a convivência, dentro do universo da filosofia pragmatista, de diversas influências e formas de pensamento. Como exemplo, afirma James⁶ que o pragmatismo pode vir a aceitar ideias teleológicas, caso se prove que elas apresentam utilidade para a vida concreta, ou seja, caso elas demonstrem serem boas para tanto.

Trazendo a discussão para o campo jurídico, pode-se afirmar que as teorias acabam por se tornar insustentáveis quando o seu grau de abstração é excessivo e, portanto, desvinculado da necessária aproximação com a utilidade prática. Revela-se, dessa forma, o pragmatismo como verdadeira metodologia do direito, tendente a afastá-lo de discussões metafísicas e a atribuir-lhe caráter científico, empírico.⁷

Outra característica desta filosofia da ação é o seu contextualismo, segundo o qual o julgamento de uma dada proposição deve passar, necessariamente, pela análise de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, de maneira

que as conclusões obtidas para um problema somente se prestam a solucioná-lo de forma útil no ambiente em que aquele foi examinado. Sob este aspecto, ao decidir um conflito, o juiz deve não apenas realizar uma análise das normas que regem os fatos apresentados, mas principalmente uma verificação dos fatos nos quais tais normas se apresentam válidas socialmente. Este traço representa uma aproximação com relação à denominada jurisprudência sociológica.

Como o pragmatismo jurídico se baseia em uma vertente realista do direito, não se poderia deixar de mencionar o consequencialismo ínsito a esta forma de interpretar e de construir a decisão. Nesse sentido é que se faz relevante pensar sobre as consequências de se adotar uma determinada teoria ou de afastá-la, sendo relevante a noção de Peirce⁸ de que o significado de uma ideia se assenta em suas consequências práticas, que, ao final, é o que vai expressar o que ela significa.

A categoria das consequências práticas, que apresenta relevância destacada nos textos de Peirce, será ainda objeto de análise na seção 4, que objetivará traçar um possível elo de utilidade com a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde. Dentro da presente seção, e após já terem sido estabelecidos algumas linhas teóricas básicas, há ainda que se clarear a que se presta o pragmatismo enquanto método.

A ideia pragmatista de que deve haver uma ligação necessária entre o pensamento e a ação, ou, em outros termos, entre a teoria e a prática, conduz à noção de que o pragmatismo consiste em um método de assentar disputas de caráter metafísico que, de outra maneira, acabariam por se estender indefinidamente.⁹

Deve-se afirmar também que, tendo o método pragmático uma relação direta com a prática, isto se expressa em termos jurídicos na circun-

⁴ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 516 et seq.

⁵ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores). p. 20.

⁶ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*, p. 26.

⁷ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque et al. (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. v. 2. p. 47-48.

⁸ PEIRCE, Charles Sanders. *Como tornar as nossas ideias claras*. Trad. Antonio Fidalgo. 1990. p. 12. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

⁹ JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*, p. 18.

stância de que, ao contrário do legalismo, que privilegia o legislador, a atitude realista ou, se preferir, pragmática em relação ao direito, acaba por privilegiar o papel do julgador¹⁰, buscando entender o direito como resultado da atividade por ele desenvolvida.

Não por outro motivo é que afirma Holmes Jr.¹¹ consistir o direito nas profecias do que farão os tribunais, e nada mais pretensioso que isso. Dito de outra forma, trata-se da previsão de que, em decorrência de um determinado comportamento ou de uma certa situação, um homem haveria de obter um benefício ou ser submetido a uma consequência negativa arbitrada por um tribunal.

Por meio de postura baseada no método pragmático de análise do direito, buscar-se-á, em seção específica, investigar o que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sua atividade de dizer o que é o direito ou de estabelecer os seus limites e parâmetros, tem entendido como direito a prestações materiais de saúde, especialmente diante da verificação da possibilidade de sua universalização a todos os hipossuficientes.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A noção de “neoconstitucionalismo” foi inicialmente desenvolvida na Espanha e Itália, tendo ganhado impulso no Brasil, sobretudo em decorrência da divulgação da coletânea Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell¹². Não se trata de uma linha única de pensamento, mas sim de

um conjunto heterogêneo e ainda em construção de ideias que guardam relação com o contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, podendo-se compreendê-lo como uma reação à substituição dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade por condutas atroztes como as praticadas pelos regimes nazista e fascista.¹³

Trata-se de evolução em relação ao positivismo jurídico, ao qual comumente são dirigidas críticas baseadas nos argumentos da injustiça e no dos princípios. Segundo o primeiro, uma norma fortemente injusta não seria direito, enquanto que, com base no segundo, se é reconhecida a existência de princípios no direito, como consequência, deve-se admitir que há uma relação necessária entre direito e moral.¹⁴

A essa mudança de paradigma, ocorrida no pós-guerra, convencionou-se chamar “neoconstitucionalismo”, para o qual os desafios não mais se relacionam à estruturação do Estado, mas sim à estabilidade constitucional e à proteção e implementação dos direitos fundamentais. Hoje, seus temas giram em torno da normatividade dos princípios, da ampliação da jurisdição constitucional, da construção de uma nova hermenêutica e do caráter vinculante dos direitos fundamentais.¹⁵

Barcellos¹⁶ aponta como características formais do constitucionalismo atual a normatividade da Constituição, a sua superioridade hierárquica e o papel central por ela ocupado nos sistemas jurídicos, enquanto que, sob o ponto de vista material, elenca a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão dos conflitos entre as opções normativas e filosóficas dentro da própria Con-

¹⁰ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico, p. 48.

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, jan./jul. 2008. p. 266-270.

¹² SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 3. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 4. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

¹⁴ FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad e Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 185.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 51. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 2-3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

stituição.

Mostra-se útil ao presente tema enquadrar o neoconstitucionalismo no contexto filosófico do pós-positivismo, que, ante a superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abriu caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o Direito, a sua função social e a sua interpretação, incluindo-se nesse âmbito as discussões relativas à definição das relações entre valores, princípios e regras, à nova hermenêutica constitucional e à teoria dos direitos fundamentais¹⁷.

Como os princípios se caracterizam pela sua abertura e indeterminação semântica, foi necessária a adoção de novas técnicas hermenêuticas, a serem somadas à tradicional subsunção lógica do fato à norma. A necessidade de se resolverem as frequentes tensões entre princípios constitucionais colidentes ensejou a utilização judicial da técnica da ponderação. Mais do que isso, na busca de legitimidade para estas decisões, desenvolveram-se diversas teorias da argumentação jurídica, como a sistematicamente construída por Alexy¹⁸, que incorporaram ao processo de construção argumentativa das decisões judiciais elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de índole moral, ou o amparo no campo empírico subjacente às normas.

No caso brasileiro, desde a Carta Magna de 1988, tem-se percebido um avanço, muitas vezes através da necessária atuação do Poder Judiciário, quanto à efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais. O direito social à saúde não ficou à margem desse contexto. Embora ainda haja algumas manifestações contrárias, deve-se reconhecer a sua fundamentalidade, afinal ele se encontra inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Individuais) da Carta Magna, assim como os “Direitos e Garantias Individuais” previstos no art. 5º. Mais que isso, mesmo que o direito à saúde não estivesse

inserido no referido título, isso não lhe retiraria a natureza de direito fundamental, por força da norma inclusiva do art. 5º, § 2º, do mesmo diploma constitucional.

Ademais, uma interpretação meramente topográfica dos parágrafos do art. 5º, poderia conduzir ao inusitado reconhecimento da existência de direitos fundamentais aplicáveis imediatamente, por força do § 1º daquele artigo, e, ao mesmo tempo, de outros desprovidos de tal traço normativo (os previstos ao longo do texto constitucional ou ainda em tratados internacionais). Em verdade, a lamentável técnica legislativa do constituinte originário não tem o condão de retirar a fundamentalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrente do próprio sistema constitucional e da origem material comum de todos os direitos fundamentais, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deve-se ainda admitir a inclusão dos direitos fundamentais sociais, inclusive do direito à saúde, no rol de cláusulas pétreas constitucionais. Uma visão reducionista do art. 60, § 4º, da Carta Magna poderia conduzir à interpretação de que ele somente abarca os “direitos e garantias individuais”. Entretanto, considerando a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, bem como a remissão de todos eles ao princípio da dignidade humana, há que se afirmar estarem eles protegidos pelo regime de imutabilidade das cláusulas pétreas. Trata-se, portanto, de direitos intangíveis e irredutíveis, de maneira que, eventual tentativa de sua supressão, seja por meio de legislação infraconstitucional ou mesmo de emenda à Constituição, será eivada de inconstitucionalidade.¹⁹ Ademais, não é possível extrair da Carta Magna um regime jurídico diferenciado entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, ainda que existam diferenças, com relação, por exemplo, à função que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional²⁰.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

Faz-se necessário adentrar a questão da possibilidade de se exigir judicialmente que o Estado realize determinadas prestações de natureza social, partindo esta análise da crítica de que, ao contrário do que ocorre com os civis e políticos, os direitos sociais seriam desprovidos de exigibilidade. Esta concepção normalmente surge de uma suposta distinção rígida entre aqueles direitos e os direitos civis e políticos. Assim, estes últimos gerariam exclusivamente obrigações negativas ou de abstenção, enquanto os primeiros teriam necessariamente relação com obrigações positivas que demandariam o dispêndio de recursos públicos. Trata-se, entretanto, de postura baseada na superada visão de um Estado Mínimo, cuja obrigação se resumiria à garantia da justiça, da segurança e da defesa.

Não se pode negar que mesmo a garantia dos denominados direitos civis e políticos demanda criação e manutenção de condições institucionais por parte do Estado. O direito de não ser privado injustamente de sua liberdade, seja por ato estatal ou por interferência de outro particular, por exemplo, somente pode ser efetivamente garantido mediante o funcionamento de um aparato policial e judiciário satisfatório, o que, obviamente, impõe não a mera abstenção governamental, mas sim a sua atuação positiva.

Na lição de Abramovich e Courtis²¹, a estrutura dos direitos civis e políticos consiste em um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, abstendo-se de intervir em certo âmbito e, por outro lado, realizando diversas tarefas tendentes a garantir o gozo da autonomia dos indivíduos. Por outro lado, uma análise mais detida dos direitos econômicos, sociais e culturais também revela a sua estrutura complexa formada por obrigações positivas e negativas. O direito à saúde, por exemplo, implica que o Estado deve abster-se de causar danos diretos ou indiretos à saúde da população.

Entre os direitos civis e políticos e os direitos

econômicos, sociais e culturais não existe uma distinção substancial, mas uma mera distinção de grau, no sentido de que para os primeiros é mais destacada a natureza negativa da obrigação e para os últimos a sua natureza positiva, porém, sem que qualquer dessas espécies de obrigações exclua a outra²².

Diante da ausência de distinção substancial entre ambas as gerações de direitos fundamentais, especialmente da natureza complexa das obrigações estatais relativas a elas, enfraquecem-se as pretensões de excluir dos direitos econômicos, sociais e culturais tanto a marca da fundamentalidade, como a da não subjetividade, ou seja, da impossibilidade de serem judicialmente exigidos do Estado.

Não se nega que a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande medida, de planejamento, previsão orçamentária e execução de ações, serviços e prestações que, dada a sua natureza, são ordinariamente atribuídas aos poderes políticos. Isto conduz à limitação dos casos nos quais o Poder Judiciário pode atuar, sempre para suprir a inatividade daqueles ou reconduzir a sua atuação aos limites constitucionais.

Por outro lado, um dos sentidos da adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que estabelecem direitos a pessoas e correspondentes compromissos ou obrigações estatais, consiste na possibilidade de serem eles demandados, não como uma graciosidade, mas como cumprimento de um programa de governo assumido interna e internacionalmente. Nesse sentido, não há direito econômico, social ou cultural que não apresente pelo menos alguma característica ou faceta apta a autorizar, em caso de violação comissiva ou omissiva, a sua exigibilidade judicial²³.

Quanto ao problema da eficácia social reduzida dos direitos fundamentais, pode-se observar não decorrer ela da falta de legislação ordinária,

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJIM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 493.

²¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 33.

²² PELAEZ *apud* ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*, p. 33.

²³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*, p. 56.

residindo, na verdade, na ausência de prestação real dos serviços sociais básicos pelo Estado, afinal, a maioria das normas necessárias ao adequado exercício dos direitos fundamentais sociais já existem. O problema ocorre na formulação, implantação e manutenção das políticas públicas, bem como na composição dos orçamentos dos entes federativos²⁴.

É justamente em consequência da ausência ou inadequação das políticas públicas voltadas à realização do direito fundamental à saúde e especialmente com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) que não se nega a possibilidade de atuação judicial no controle, mediante tutela individual ou coletiva, das políticas públicas de saúde.

Obviamente, a judicialização do direito fundamental à saúde não se pode tornar a regra e também não é isenta de críticas, especialmente diante do crescente aumento de demandas judiciais dessa natureza e que, comumente, são acusadas de causar desequilíbrio financeiro e impossibilidade de adequado planejamento administrativo dos entes federativos.

Cite-se, inicialmente, a crítica baseada na separação de poderes. Cabe, nesse ponto, afirmar que o controle de políticas públicas de saúde pelo Judiciário não se presta à invasão da esfera de atuação dos demais poderes, sendo a mesma justificada justamente pela inércia ou inadequação dos atos por eles praticados e que consistem em violação de direitos. Trata-se, portanto, de promover uma releitura do referido princípio, permitindo que continue sendo útil à tarefa de garantir os direitos fundamentais, hoje não apenas contra os abusos estatais, mas também nos casos de omissões injustificadas²⁵.

Uma segunda linha de críticas diz respeito à suposta ilegitimidade democrática das decisões

do Poder Judiciário nesta matéria, em face do seu caráter contramajoritário. Esta crítica, entretanto, desconsidera o relevante papel desempenhado pelo Judiciário na garantia das condições necessárias para que a deliberação pública ocorra adequadamente. Estão inclusas em tais condições não apenas liberdades básicas, mas também direitos sociais fundamentais, podendo-se considerar estes últimos como condições de possibilidade da democracia. A exigibilidade judicial de direitos fundamentais subjetivos não deixa de ser uma forma de exercício da cidadania²⁶ e, numa concepção substancialista, um meio de realização dos valores consagrados pelo próprio constituinte.

Um aspecto marcante do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra consiste em ter introduzido a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana, na medida em que os mesmos não são negados ou mascarados pela crença em uma liberdade individual idealizada. Ganham, ao contrário, lugar privilegiado nos espaços de socialização política, especialmente no Legislativo, mas, também, em certa medida, no Poder Judiciário, expressando-se nos embates sociais por direitos²⁷.

Adequadamente provocado, portanto, o Poder Judiciário pode exercer relevante papel no controle das políticas públicas, o que se comprova, não obstante eventuais excessos, pelos significativos avanços na concretização do direito fundamental à saúde no Brasil.

4 O ELO DE UTILIDADE ENTRE A CATEGORIA PRAGMÁTICA DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E A BUSCA NEOCONSTITUCIONALISTA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O objetivo desta seção é explicitar a existência

²⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 31 *et seq.*

²⁵ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 252. Disponível em: <<http://senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, p. 523 *et seq.*

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5 *et seq.*

de um elo entre o método pragmático e a busca neoconstitucionalista pela efetividade do direito fundamental à saúde, o que se pretende realizar através da análise da categoria pragmática das consequências práticas e de sua utilidade na construção de uma decisão judicial atenta às circunstâncias sociais.

Como postura antirrepresentacionista, o pragmatismo não considera útil a busca pela essência de alguma coisa, mas procura, ao invés disso, priorizar a compreensão das diversas relações dessa coisa com o mundo, afinal não há essência alguma sem correspondência com as necessidades humanas. Nesse sentido, o que realmente importa é saber em que relações uma determinada ideia está inserida e de que modo ela poderá apresentar-se útil aos propósitos e necessidades humanos²⁸.

Há no método pragmático uma relação necessária entre teoria e prática, ou, entre o pensamento e a ação, o que pressupõe, para a compreensão de uma ideia, a sua necessária contextualização em relação a uma determinada situação prática²⁹.

A conjugação das ideias contidas nos dois parágrafos anteriores expressa o método pragmático, afinal ele representa, em grande medida, a relação entre o geral e o particular, ou dito de outra forma, a relação entre o significado e as suas consequências práticas.

Nunca é demais lembrar que pensar o direito em termos pragmáticos conduz a que uma teoria ou uma classificação somente tem relevância ou pode ser considerada satisfatória caso apresente resultados práticos perceptíveis. Nesse sentido, algumas das ideias bastante caras ao neoconstitucionalismo podem ser submetidas a um teste pragmático, ou seja, a uma verificação de sua utilidade ou capacidade de contribuir para a promoção de propósitos socialmente relevantes.

Afirma Posner³⁰ que, para o pragmatista, o Direito consiste em uma ferramenta social destinada a fins sociais. Para essa finalidade, as consequências consideradas devem ser sistemáticas e

não limitadas ao caso concreto. Considera o autor consequência sistemática aquela que impacta a comunidade comercial, devendo o juiz, mesmo que de forma inconsciente, compatibilizar sua decisão com o mínimo de inquietação conforme o direito aceito pela sociedade em questão.

Pode-se afirmar que também não é estranha ao neoconstitucionalismo a visão do direito como meio de promoção das necessidades socialmente relevantes. É bastante difundida a noção de que o constitucionalismo contemporâneo busca a efetividade dos direitos, especialmente dos direitos ditos fundamentais e que, para tanto, faz uso de conceitos como a força normativa da constituição, a normatividade dos princípios e a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Enquanto construções da ciência do direito, tais aspectos carecem de utilidade própria ou intrínseca, entretanto, passam a exercer papel destacado para as relações humanas em virtude de sua utilidade para a concretização (realização prática no âmbito social) dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

Uma consequência perceptível dos mencionados conceitos foi o reconhecimento de que, para além de meras exaltações políticas ou chamamentos ao legislador, as normas constitucionais geram, muitas vezes, direitos subjetivos aos indivíduos ou mesmo coletividades de indivíduos, e, de outro lado, obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. A construção teórica da normatividade e da necessária efetividade das normas constitucionais ocasionou a transposição de definições gerais, como os direitos fundamentais, aos quais muitas vezes era atribuída a característica de valores constitucionais, para o campo prático da exigibilidade de sua concretização e, portanto, trabalhando de maneira útil a sua normatividade.

É esclarecedora, nesse ponto, a preocupação com as consequências práticas colhida da afirmação de Barcellos³¹ no sentido de que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, buscando a construção de

²⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007. p. 26.

²⁹ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico, p. 55.

³⁰ POSNER, Richard. *Pragmatic adjudication*. The revival of pragmatism: New essays on social thought, law, and culture. Durham: Duke University Press, 1988. p. 238.

instrumentos através dos quais será possível transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Ademais, as decisões que manejam conceitos neoconstitucionalistas não raras vezes valorizam em sua argumentação o contexto, implicando isso, inclusive, que o juiz pode se valer de fontes de conhecimento mais afetas a outros ramos para atender a necessidades sociais perceptíveis no caso concreto. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal já convocou, em algumas oportunidades, audiências públicas com a participação da comunidade e de especialistas de diversas áreas, a fim de colher informações relevantes quanto à matéria então discutida. Um grande exemplo disso foi a Audiência Pública realizada naquela corte constitucional sobre o direito fundamental à saúde, nos meses de abril e maio de 2009, com a participação de diversos especialistas no tema.

O contextualismo explorado na adoção de algumas decisões judiciais reforça o aspecto pragmático das consequências práticas, afinal, a sua antevisão em uma determinada decisão pressupõe, necessariamente, o conhecimento das circunstâncias fáticas e sociais que ela envolve. Forma-se, assim, um conjunto de aspectos úteis à construção de uma decisão adequada, que engloba o contextualismo, as necessidades sociais e o consequencialismo.

Embora o pragmatismo seja uma forma de pensamento característica do direito norteamericano, nos tribunais brasileiros podem ser encontradas decisões as quais, ainda que algumas vezes intuitivamente, fazem uso de argumentos pragmáticos.

A busca neoconstitucionalista pela efetividade dos direitos fundamentais pode ser bem representada pela judicialização do direito à saúde, ocorrida especialmente a partir de meados da década de 1990, cujo marco foram as decisões que passaram a reconhecer a obrigação

estatal de fornecimento de medicamentos antirretrovirais a pacientes portadores do vírus HIV. Nesse sentido, vale mencionar a adoção pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 271.286, do entendimento de que o direito à saúde consiste em “consequência constitucional indissociável do direito à vida”, ao que acrescentou, ainda, que “a interpretação da norma constitucional não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.

A teoria do caráter meramente programático da norma constitucional gerava como consequência a não efetividade do direito à saúde. Esta posição, como visto, foi modificada, tendo contribuído para argumentos consequencialistas, que refletem, ainda que em certa medida, o recurso ao método pragmático de construção de uma decisão adequada.

Não se pretende defender aqui uma identidade entre o método pragmático e o neoconstitucionalismo, mas, com base nos argumentos expostos, conclui-se pela existência de um elo de utilidade entre ambos, especialmente no que concerne ao aspecto das consequências práticas, sejam elas expressas no âmbito da ciência do direito (teorias providas de utilidade prática) ou da atividade dos tribunais (julgados adequados às necessidades fáticas e às possibilidades do sistema jurídico).

Ademais, assim como o pragmatismo enxerga o direito como uma atividade, focando sua abordagem na função jurisdicional, o neoconstitucionalismo também atribui papel destacado ao Poder Judiciário, no sentido de que a ele cabe, através de um grau moderado de ativismo judicial no controle de políticas públicas, a tutela e a concretização dos direitos fundamentais, inclusive do direito à saúde.

5 A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PARÂMETROS RACIONAIS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. p. 3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

SAÚDE E O CRITÉRIO DA POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO AOS HIPOSSUFICIENTES DA PRESTAÇÃO JUDICIALMENTE PLEITEADA

Como já afirmado, houve nos últimos anos no Brasil um perceptível avanço em termos de eficácia social (efetividade) dos direitos fundamentais sociais, realidade que pode ser facilmente comprovada pelo crescente número de casos em que o Poder Judiciário passou a decidir pela obrigação estatal de fornecimento gratuito de medicamentos.

Não obstante os avanços, o tema está longe de ser pacificado, decorrendo o seu elevado grau de complexidade, em grande medida, do fato de que todos os direitos possuem uma dimensão financeira, ou seja, “não existem direitos sem custos para sua efetivação. Não se trata aqui apenas dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito, fundamental ou não”³². No mesmo sentido é a lição de Stephen Holmes e Cass Susntein³³, ao afirmar que mesmo os direitos ditos de primeira geração (ou dimensão) demandam recursos que são arcados por toda a sociedade.

Como não poderia deixar de ser, o direito fundamental à saúde apresenta o aspecto financeiro de maneira muito destacada, o que envolve a consideração de diversos institutos como a obrigação de progressividade na sua realização, a proibição de retrocesso, o mínimo existencial e a reserva do possível. Tais conceitos não constituem o objeto do presente estudo, razão pela qual não se procurará desenvolvê-los, mas a menção a eles é indispensável para comprovar a necessidade de uma maior racionalidade na concessão de medicamentos e outras prestações de saúde no âmbito judicial, de maneira a que se promova um adequado equilíbrio entre a satisfação das necessidades sociais relacionadas à saúde e, por outro lado, a manutenção da viabilidade administrativa e orçamentária das políticas públicas desenvolvidas nesse campo.

Tem sido grande a preocupação do próprio

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de se alcançar um maior grau de racionalidade no trato da questão no âmbito judicial, razão que levou à edição da Resolução n. 31, de 30 de março de 2010, recomendando aos tribunais a adoção de medidas que visem subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Recentemente, inclusive, foi publicada também pelo CNJ a Recomendação n. 43, de 20 de agosto de 2013, no sentido de que os tribunais do país promovam a especialização das Varas para processar e julgar as mencionadas demandas.

Na seara doutrinária, também tem havido esforços no sentido da construção de parâmetros razoavelmente objetivos e adequados à concretização do referido direito social, tendo este debate ocupado espaço privilegiado no contexto constitucional contemporâneo. Como exemplo que reforça a existência do elo de utilidade entre o método pragmático e o neoconstitucionalismo (objeto da seção 4), pode-se afirmar que a construção dos pretendidos parâmetros pressupõe a consideração de aspectos pragmáticos, como o contexto socioeconômico e as consequências práticas que poderão decorrer da decisão.

Um dos parâmetros propostos para a verificação da justiciabilidade dos direitos sociais, proposto por Souza Neto³⁴, é a verificação da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da medida ou prestação pleiteada, ou seja, a sua exigibilidade judicial estaria ligada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre aqueles que não podem arcar com os seus custos por conta própria e sem o comprometimento de outras necessidades básicas. Aponta o autor como exemplo a circunstância de que, no atual contexto, não se apresenta viável que o Poder Judiciário condene determinado ente federativo a entregar uma casa a um indivíduo, sob o fundamento de que o direito à moradia tem aplicabilidade imediata. Como esta medida não pode ser universalizada a todos

³² NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80.

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 540-541.

os hipossuficientes, a sua concessão individual representaria, em maior ou menor medida, uma quebra do princípio da isonomia. Entretanto, o mesmo direito pode ser viabilizado, ainda que com menor grau de tutela, através de políticas de desoneração da construção civil, de programas de financiamento subsidiado de moradias ou da construção de albergues públicos.

Em matéria de direito à saúde, o critério da verificação da possibilidade de universalização da medida judicialmente pleiteada a todos os hipossuficientes também se apresenta útil para evitar a tomada de decisões que, embora bem intencionadas, acabem por promover alguma consequência prática negativa à coletividade. Nesse sentido, embora a saúde seja um direito de todos e um dever do Estado, conforme previsto no art. 196 da Carta Magna, ele não deve ser objeto de tutela a um indivíduo em um grau tal que não possa ser garantido a outros em idêntica situação, sob pena de, nesse momento, tornar-se impossível a sua concretização como um verdadeiro direito de todos.

Estabelecidas as premissas necessárias, o objetivo da seção seguinte será a abordagem pragmática das decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decorrentes de julgamentos ocorridos durante o período de outubro de 2012 a setembro de 2013 e que tenham feito uso da expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”, por ser esta a construção linguística através da qual o critério da possibilidade de universalização da medida aos hipossuficientes tem sido empregado nos julgados pátrios.

6 ANÁLISE PRAGMÁTICA DAS DECISÕES DO TRF DA 5ª REGIÃO

A análise pragmática de decisões judiciais a ser realizada nesta seção tem como objetivo a apresentação de respostas aos seguintes questionamentos: (a) o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação relacionada à saúde judicialmente pleiteada

tem sido utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região? (b) em caso afirmativo, quais argumentos têm sido utilizados pelo Tribunal no manejo de tal critério?

Realizada a pesquisa de jurisprudência na página web do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com base nos parâmetros de pesquisa já mencionados na introdução e no final da seção anterior, foram encontrados apenas dois acórdãos que fizeram referência expressa à impossibilidade de atendimento de situações individuais.

Inicialmente, merece ser mencionado o acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 122419/PE, no qual fora reconhecida a impossibilidade de ser atendida pretensão de que uma menor pudesse vir a ser tratada em casa, através de sistema *home care*. O Tribunal se manifestou no sentido de que:

[...]

2. Viola o princípio da isonomia a concessão de tratamento domiciliar a um único paciente, o qual já se encontra internado em hospital público, tendo em vista que muitos outros sofrem com a ausência de vagas e a dificuldade de atendimento nos referidos hospitais.

3. Na espécie, o deferimento do serviço de *home care* ao paciente só seria possível caso se pudesse garantir a mesma situação àqueles que passam por circunstâncias igualmente periclitantes.

[...]

4. Devem ser evitadas as decisões que impliquem em destinação de recursos ao atendimento de situações individuais, tendo em vista que tais decisões prejudicariam, mesmo que indiretamente, a situação de terceiros que desses recursos necessitam para serem atendidos de maneira eficaz. [...]

O julgado supra parece comungar com algumas posturas críticas de parcela da doutrina quanto à concessão individual de prestações de saúde, que acabariam por privilegiar o interesse pessoal em detrimento do interesse social. Nesse sentido, manifesta-se³⁵ ao afirmar que tal postura judicial acaba por sobrepor o direito individual aos interesses sociais que devem ser expressos através de políticas públicas, tratando-se, em verdade, de aprisionamento do interesse social e

³⁵ NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, p. 109.

de atribuição de realce ao direito individual.

Embora mais moderado quanto à crítica ao individualismo na tutela judicial de saúde, Krell³⁶ leciona que a solução adequada ao problema passa por uma limitação da concessão individual de medicamentos fora das listas oficiais, pela limitação deste direito a pessoas hipossuficientes e pela concentração da atuação do Poder Judiciário, através de ações coletivas que tenham por objeto melhorias gerais no sistema de saúde.

Não se pretende verificar a adequação ou não dessas críticas, mas é possível afirmar que elas guardam relação com a análise do critério doutrinário discutido no presente estudo e com a problemática extraída do julgado supra.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 121948/PB, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mais uma vez, valeu-se da verificação da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação de saúde pleiteada, para afirmar que não se fazia possível o acolhimento da pretensão recursal no sentido de que fosse determinada a continuidade do tratamento da recorrente em unidade de tratamento paliativo a ser especialmente construída para esta finalidade. Nesse julgado, o Tribunal decidiu que:

[...]

4. Em que pese a situação da paciente CLARICE GOMES DOS SANTOS, que busca uma qualidade de vida compatível com seu estado, o Judiciário não pode, repita-se, privilegiar situações individuais em detrimento das políticas públicas que buscam o atendimento de toda a população de forma igualitária. Assim, a transferência da paciente da UTI para uma unidade de cuidados paliativos, especialmente constituída para este fim, só seria possível caso se pudesse garantir o mesmo tratamento àqueles que passam pelas mesmas circunstâncias, o que não se verifica dos autos, tendo em vista informação prestada pela Secretaria de Saúde do Município de João Pessoa, às fls. 156/158, segundo a qual inexistem pacientes internados em hospitais públicos desta capital necessitando de cuidados paliativos (Precedentes desta Corte e do TRF da 2ª Região).

[...]

Pode-se verificar no julgado supra a preocupação com questões pragmáticas, especificamente relacionadas ao contexto, representado pela consideração acerca da existência de outras pessoas que necessitariam de medidas semelhantes e que não poderiam ser atendidas, bem como pelo aspecto das consequências práticas, no sentido de que a concessão da prestação judicialmente pleiteada geraria um quebra do princípio da isonomia, consistente no tratamento desigual atribuído a pessoas submetidas a circunstâncias fáticas idênticas.

Embora não tenham sido encontrados muitos julgados que satisfizessem os parâmetros estabelecidos, pode-se responder afirmativamente à primeira questão levantada no início desta seção, afinal o critério da possibilidade de universalização aos hipossuficientes da prestação judicialmente pleiteada tem sido utilizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que se expressa através da demonstrada menção à impossibilidade de atendimento de situações individuais.

Quanto à segunda questão suscitada, podem ser extraídos dos julgados examinados alguns argumentos para o acolhimento da impossibilidade de atendimento de determinada situação individual, consistentes, além de no próprio critério já mencionado, também nos princípios da isonomia e em questões orçamentárias que remetem, por exemplo, à cláusula da reserva do possível.

7 CONCLUSÃO

O pragmatismo jurídico, entendido como método de análise do direito a partir da atividade dos tribunais, representa uma útil ferramenta de compreensão do fenômeno jurídico, especialmente por sua capacidade de contribuir para a construção de decisões atentas às necessidades sociais. Nesse sentido, mostram-se relevantes os aspectos contextuais e consequentialistas que informam a tomada de decisões.

³⁶ KRELL, Andreas Joachim. Para além do fornecimento de medicamentos a indivíduos. O exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FREITAS, Lorena *et al.* (Org.). *O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012. v. II. p. 140-141.

Embora possam parecer concepções inconciliáveis, pragmatismo e neoconstitucionalismo apresentam alguns traços de identificação. Ambos atribuem um papel destacado à atividade do juiz, bem como ao aspecto das consequências práticas das suas decisões. No âmbito do neoconstitucionalismo isto se expressa através da busca pela efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais. Faz-se possível, portanto, especialmente diante dos argumentos constantes da seção 4, concluir pela existência de um elo de utilidade entre o método pragmático e a busca pela efetividade dos direitos, típica do constitucionalismo contemporâneo.

Restou ainda demonstrada a utilidade do critério doutrinário da possibilidade de universalização da medida ou prestação de saúde judicialmente pleiteada. Este critério contribui para o discurso judicial relacionado aos direitos humanos, chamando atenção para um necessário equilíbrio entre a dimensão da tutela individual de direitos fundamentais e os casos em que esta espécie de tutela não se coaduna perfeitamente com a dimensão coletiva daquele direito. Nesse sentido, sua exigibilidade judicial estaria relacionada à circunstância de ser a medida pleiteada passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos por conta própria e sem o comprometimento de outras necessidades básicas.

A análise pragmática dos julgados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região revelou, no período selecionado, a existência de dois acórdãos que satisfizeram os critérios de busca estabelecidos. Embora poucos, os julgados revelaram que o Tribunal vem aplicando o já mencionado critério doutrinário, que se fez presente nos votos e acórdãos através da expressão “impossibilidade de atendimento de situações individuais”. Os exemplos de sua aplicação prática foram, em um caso, a impossibilidade de concessão de tratamento médico em sistema de home care, e, em outro caso, em unidade de tratamento paliativo a ser construída especialmente para o paciente requerente. Em ambos os exemplos, conclui-se, diante do contexto jurídico-social, que o acolhimento de ambas as pretensões traria como con-

seqüências a quebra do princípio da isonomia, tendo em vista o mesmo tratamento não poder ser universalizado a todos os hipossuficientes, bem como a alocação inadequada de recursos públicos que pertencem à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./ fev./ mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_publicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 271.286-8. Relator: Min. Celso de Mello. Dj, 24 nov. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 122419/PE. Relator: Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto (convocado). Dje, 25 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão em Agravo de Instrumento n. 121948/PB. Relator: Des. Federal Manoel Erhardt. Dje,

06 mar. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad e Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque *et al.* (Org.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. v. 2.

HOLMES, Oliver Wendell. Veredas do direito (Path of the Law). *Revista Discurso Jurídico*. Campo Mourão, v. 4, n. 1, p. 266-280, jan./jul. 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

JAMES, William. *Pragmatismo e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucionale neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos a indivíduos. O exercício da

cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FREITAS, Lorena *et al.* (Org.). *O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2012. v. II.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 144, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

NUNES, José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders. *Como tornar as nossas ideias claras*. Trad. Antonio Fidalgo. 1990. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Pragmatic adjudication*. The revival of pragmatism: New essays on social thought, law, and culture. Durham: Duke University Press, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJIM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

SARMENTO, George. Direitos fundamentais e técnica constitucional: reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. *Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas*. Maceió: Edufal, v. II, n. 3, dez. (2006-2008). 2008.

SOUZANETO, Cláudio Pereira. Ajusticiabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Recebido em: 11/03/2014

Aprovado em: 23/05/2014