

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO – A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL - DIREITOS SOCIAIS

INTERPRETATION AND APLICABILITY OF LAW - JUDGE’S ACTION AT BRAZIL AND SOCIAL RIGHTS

Giseli Valezi Raymundo*

RESUMO

A ineficiência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo constantemente faz com que o Poder Judiciário seja provocado a se manifestar sobre questões que, em princípio, seriam pertinentes apenas à decisão do agente público sobre qual política pública será adotada para atender aos direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos. Ocorre que ou por falta de vontade política ou por limitação de orçamento, tais direitos, especialmente os sociais, deixam de ser protegidos, o que contribui para um verdadeiro caos social, motivo pelo qual o Poder Judiciário, como já noticiado, é instado a se manifestar. Alguns juízes tomam as decisões para não deixar os cidadãos sem amparo, outros não são adeptos de tal postura. Essa suposta “interferência” do

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004); - Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - (2005); - Advogada em Curitiba, inscrita na OAB/PR sob o nº 38.557; - Advogada Associada ao Escritório Mendes & Zicarelli Advogados Associados; - Mestranda em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008).
E-mail: FALEGIGI@YAHOO.COM.BR

julgado tem provocado enorme discussão entre estudiosos, os quais passaram a discutir o que se passou a denominar de “atuação política” dos juízes. Os limites para tanto, bem como as hipóteses de sua ocorrência são objeto de discussão no presente artigo, cujo conteúdo apresentará casos concretos relacionados a um dos mais importantes direitos sociais, qual seja, o direito à saúde.

ABSTRACT

The useless action of executive and legislative power always make that judges must say something about questions that, at first, should be only decided by public agents in order to establish public decisions to protect citizens rights. But because of no enough money or interest to make it, many rights, especially social rights, are not protect, fact that contributes to social disorder, reason why judges are looked for stare a decision. Some of them decide to avoid letting people without care. Another, otherwise, don't make the same. These kind of decisions let many discussion about the theme, names as 'judge political action". The limits of that action, as well as the ways of it's existence are going to be discussed on the present article, that will study situations related to one of the most important social rights, health right.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Poder Judiciário. Direitos Sociais.

KEY WORDS: DEMOCRACY, JUDICIAL POWER, SOCIAL RIGHTS

1. INTRODUÇÃO

Palavras de um idioma constam da redação das normas jurídicas porque essa é a forma pela qual disciplinam a conduta humana.

Disso decorre a necessidade de fixar o sentido das normas, o significado do seu texto, ou seja, a exata determinação de sua força e alcance.

O processo interpretativo se encarrega disso, o que é fundamental para a aplicação do direito.

A tarefa não é simples e a análise do tema é de relevância muito atual, tendo em vista a dificuldade de desenvolvimento e reconhecimento de valores democráticos nas sociedades contemporâneas.

Tal fenômeno gera a necessidade de atuação do Poder Judiciário, seja para interpretar e aplicar as normas existentes, seja para se pronunciar sobre temáticas ainda não debatidas no âmbito legislativo.

Não raras vezes o debate político sobre elas sequer faz parte da pauta de discussões das esferas brasileiras de poder responsáveis pela discussão dos valores presentes na sociedades e conseqüente elaboração de leis.

Assim, aquele que se propõe a refletir sobre o assunto deve ter como ponto de partida as diversas perspectivas teóricas que tratam da interpretação e aplicação do Direito.

É o que se pretende com este artigo, num primeiro momento sob o enfoque do estudo relacionado à separação e delimitação do âmbito político e do âmbito jurídico.

Após, se demonstrará a possibilidade de nova visão sobre o assunto com base no reconhecimento do *mínimo da sobrevivência*.

2. DELIMITAÇÃO: ÂMBITO POLÍTICO x ÂMBITO JURÍDICO – NOVA PERSPECTIVA

Dentre as diversas referências teóricas sobre aplicação e interpretação do direito, decidiu-se partir do constantemente citado e criticado Hans Kelsen.

Ele explicita que a interpretação é uma *operação mental* que envolve o processo de aplicação do Direito de um *escalão superior* para um *escalão inferior*¹.

Apesar da norma de *escalão superior* poder determinar o processo de produção e o conteúdo da norma ou do ato de execução a se realizar (*escalão inferior*), ela não os vincula sob todos os aspectos, ainda que extremamente pormenorizada.

Ou seja, é um *quadro ou moldura* a ser preenchido por aquele que a cumpre ou executa², pois somente em parte o Direito o determina.

Portanto, o autor não nega ou exclui de seus ensinamentos a existência de inúmeras possibilidades de aplicação da norma, mas a diversidade de sentidos é restrita à *moldura* formada pelo Direito a aplicar, o que significa dizer: "(...) que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível."³

Assim, do processo interpretativo resulta a fixação da *moldura* que possibilitará a definição das várias soluções existentes para alcançar o

¹ Segue um dos trechos de sua obra em que explicita ao leitor o que entende por escalão inferior: "A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou Vinculação." KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 388.

² É a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, no exemplo de Kelsen: "Se o órgão A emite um comando para que órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem das circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever." (IDEM, p. 388).

³ Ibidem, p. 390.

sentido do objeto a interpretar, uma vez que a produção dentro do *quadro* é livre, de livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.

Pensar numa única possibilidade representa exercício de atividade cognoscitiva para além da fixação da moldura, é a fixação do sentido único que a ciência jurídica deve evitar.

Evita-se porque, ultrapassado referido limite, não se estará mais falando em conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas: *moral*, *justiça*, por exemplo.

A vantagem do distanciamento da ciência jurídica da *ficção do sentido único* reside, para o autor, na constatação de que a admissibilidade das diversas significações possíveis, ainda que politicamente indesejáveis, que não-pretendidas pelo legislador, pelas partes, favorece a segurança jurídica até pelo fato de poder ser revelada a imperfeição da obra do legislador.

Em resumo: o cientista do direito fixa a moldura, mas não é ele, dentro do universo estabelecido por tal fixação, quem aplica e interpreta o direito, o que acarreta o seguinte questionamento: seria isso possível?

A resposta tende a ser negativa, razão pela qual as colocações de Kelsen são alvo de diversas críticas, especialmente relacionadas à constatação de que não se permite ao jurista definir todos os significados possíveis de determinada norma, o que lhe acarreta proibição para dizer qual o sentido mais adequado do texto normativo que analisa.

Do exposto, não há dificuldade em se concluir que a teoria kelseniana não é compatível com a análise do fenômeno normativo sob o ponto de vista político, constatação resumida nas seguintes palavras:

[...] apropria-se Kelsen de uma perspectiva unilateral, incapaz de apresentar respostas plenamente adequadas à pluralidade, conflituosidade e permanente tensão inerente às sociedades contemporâneas. Ao invés de apontar soluções a estas demandas, suas construções se conformam simplesmente em negá-las, como se não existissem, desconsiderando os elementos axiológicos inerentes à qualquer ordem social. [...]. Dando aplicação máxima ao seu princípio da

neutralidade, afasta todas as considerações axiológicas da análise do fenômeno jurídico, estabelecendo um limite intransponível entre o político e o jurídico. Todas as respostas estão no jurídico.⁴

Assim, os esforços para compreender e contextualizar a interpretação e aplicação do direito considerando tal aspecto geram diversos posicionamentos teóricos, que debatem calorosamente a separação e delimitação do âmbito político e do âmbito jurídico.

Sobre a temática analisada, é oportuno destacar a exposição de Cláudio Pereira de Souza Neto acerca da restrição ao ativismo judicial no que diz respeito à sua legitimação para decidir sobre a concretização de direitos sociais.

Segundo o autor, o plano central do debate reside na existência ou não de legitimação democrática do Poder Judiciário para tanto:

[...] uma das principais objeções que se formula à noção de que cabe ao Judiciário a concretização de direitos sociais prestacionais diz respeito justamente à legitimação democrática: a concretização de direitos sociais implica a tomada de opções políticas, já que essas opções se dão em cenários de escassez de recursos, e se concretizar direitos sociais implica decidir, estabelecer prioridades, implementar políticas públicas, essa tarefa caberia conseqüentemente ao legislativo e ao executivo, que foram eleitos para tanto e refletem, em suas deliberações, a vontade da maioria. Assim, um dos argumentos centrais para a restrição do ativismo judicial nessa área é justamente o da legitimação democrática.⁵

Ana Carolina Lopes Olsen, ao tratar da atividade jurisdicional e o princípio da dignidade da pessoa humana, defende a aplicação racional do

⁴ (DOMINGOS, G. M. A Teoria da Interpretação em Hans Kelsen. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 28-31)

⁵ SOUZA NETO, C. P. de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional** - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 323- 324.

direito, partindo de certos parâmetros para a atividade hermenêutica do Poder Judiciário, a fim de que não se distancie dos “objetivos da nação brasileira traçados na Constituição”⁶.

Assim, em atenção aos ensinamentos de Ronald Dworkin, considerando a importância dos princípios na atividade jurisdicional e a noção de direito como integridade⁷, expõe ser viável admitir a existência de um forte grau de subjetivismo na atividade jurisdicional, contexto em que se torna extremamente importante racionalizar da melhor forma possível a atividade hermenêutica dos juizes, como meio de garantir a segurança jurídica.

A partir de tais constatações, a autora em apreço, ao relacioná-las ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana com enfoque para o binômio diretriz e limite à atividade jurisdicional, apresenta conclusões interessantes.

Destaca o *mínimo, o mínimo da sobrevivência*, cuja necessidade de existência é inquestionável, pois sem ele não haveria princípio.

Considerando tais aspectos, apresenta ao seu leitor reflexões sobre a possibilidade de interligação do referido princípio com a obra de Ronald Dworkin, quais sejam:

Cotejando a tese de Dworkin referente à ‘única resposta certa’ para os casos colocados sob análise do Judiciário, com esta noção de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, entendemos ser possível vislumbrar que este mínimo (ético) da dignidade está, de fato, fora do poder discricionário do juiz. Ao se defrontar com a possibilidade de violação deste conteúdo da norma, ele não pode ponderar, afastando-a, mas deve, impreterivelmente, aplicá-la, e neste contexto, a tese da ‘única resposta certa’ assume um colorido diferente,

⁶ OLSEN, A. C. L. Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 56.

⁷ No sentido de que os princípios de justiça, equidade e devido processo legal proporcionam a melhor interpretação pertinente à prática jurídica da comunidade, já que as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam deles.

protetor do ser humano como valor último do Direito. Sob esta ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana assume caráter de um instrumento de realização do ideal e dos valores do Estado Democrático de Direito. [...] O Direito é uma categoria intersubjetiva, de modo que as noções de justiça, eqüidade, devido processo legal observadas por Dworkin somente têm sentido em um ambiente social em que todos os seres humanos tenham acesso a esta justiça, eqüidade e devido processo legal. Este acesso só se materializa a partir da existência de algumas condições mínimas, sem as quais o ser humano deixa de ser um indivíduo consciente e autônomo, dotado de livre-arbítrio.⁸

As condições descritas pela autora são as que correspondem ao conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana. Assim, a base do Direito como integridade envolve o respeito a tal dignidade.

As conclusões da estudiosa dão-se, portanto, no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana auxilia a escolha de regras aplicáveis a um caso concreto, fazendo com que as decisões judiciais assumam uma preocupação ética.

Contudo, o fundamento decisório em princípios pode justificar decisões cujo subjetivismo legitime a arbitrariedade, motivo pelo qual a autora enuncia: "O conteúdo ético-valorativo não deve, certamente, ser esquecido. A grande questão é como ele será veiculado. Certamente, com um imenso grau de responsabilidade."⁹

A arbitrariedade também é preocupação de Rafaela Almeida do Amaral, que desenvolve seu ponto de vista sobre o assunto a partir da constatação do que denominou de *judicialização da política*, ou seja, questões de natureza social ou política sendo cada vez mais submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

Esse Poder, na visão da autora, devido à necessária intervenção judicial para fazer a ponderação entre princípios e valores em conflito,

⁸ Idem: p.75-76.

⁹ Ibidem: p. 77.

situação típica dos direitos fundamentais, é visto na perspectiva de ser capaz de proteger os direitos do cidadão¹⁰.

Tal fenômeno, segundo ela, traduz-se numa ameaça de *politização* do Poder Judiciário, com conseqüente risco para a democracia.

Diante disso e reconhecendo a dificuldade de se estabelecer limites para a separação entre os âmbitos político e jurídico, observa-se que:

A preservação do princípio democrático como valor ínsito aos Estados da atualidade exige que seja resguardada a esfera do político, garantindo-se que a discussão de questões políticas esteja inserida no âmbito do espaço público. Assim, a despeito da relevância do papel atribuído ao Poder Judiciário, não se pode alçá-lo à posição de protagonista do Estado contemporâneo. A sua função é corretiva e supletiva, tendo em vista que a discussão e deliberação das questões políticas devem estar situadas no espaço público e protagonizadas pelos cidadãos, que constituem a comunidade aberta de intérpretes da Constituição [...]. e será exatamente nessas deliberações públicas que o Poder Judiciário deverá buscar a legitimação para a sua atuação, cujo controle será exercido mediante o elemento argumentativo inafastável de suas decisões.¹¹

Feitas tais ponderações teóricas, estas auxiliam o estudioso do tema a refletir sobre a atuação do Poder Judiciário em causas que apresentam difícil solução jurídica sob o ponto de vista do relacionamento entre os âmbitos jurídico e político.

Excelente exemplo nesse sentido é o pedido à autoridade judicial para que sejam fornecidos medicamentos pelo poder público.

Tal situação coloca em discussão a efetividade dos direitos sociais, típica necessidade que permite debater a pretensa implementação de políticas públicas por órgão que em tese não teria competência jurídica para tanto, qual seja, o Poder Judiciário.

¹⁰ Essa conclusão dá-se em meio à constatação histórica de que o juiz não tinha liberdade de interpretar a lei no contexto do Estado Liberal, pois era seu mero aplicador. Situação, evidentemente, diversa da atual.

¹¹ AMARAL, R. A. do. A interpretação do direito e o papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109-110.

Há intensos debates sobre a matéria, tendo-se escolhido a exposição de Estefânia Maria de Queiroz Barboza para sintetizar qual a reflexão que se acredita ser compatível com a própria finalidade da existência dos direitos sociais.

Em síntese, a referida autora menciona que os direitos sociais que constam do texto da Constituição da República de 1988 são direitos fundamentais que exigem interferência do Poder Judiciário para que sejam garantidos àqueles que deles necessitam.

Citando como exemplo a experiência do Judiciário norte-americano, contexto em que grande parte dos direitos fundamentais que constam da Constituição americana foram definidos pela Suprema Corte¹², destaca-se que o Poder Judiciário no Brasil deve ter postura *intervencionista* e *ativista* nas demandas em que aprecia questões relacionadas aos direitos fundamentais.

Tal postura a ser tomada, segundo ela, não enfraquece o princípio democrático. Em vez disso, o impulsiona, pois:

[...] os poderes a serem exercidos pelos juízes não são nada mais do que aqueles que lhes foram conferidos pelo Poder constituinte originário, por conseguinte, legítimo e democrático, já que é funcional ao sistema democrático, ou seja, é necessário para o Estado Democrático. [...] No Brasil, os valores substantivos já foram escolhidos pelo povo e alçados a direitos fundamentais, bastando apenas que esses sejam realizados, pois num país desigual como o Brasil, enquanto direitos sociais mínimos não forem garantidos, não se poderá sequer falar em proteção de direitos individuais ou políticos.¹³

¹² Insere-se essa questão no contexto de que o ativismo judicial da Suprema Corte americana transformou o judiciário num território democrático, no qual cidadãos possam participar quanto à defesa de seus direitos. Em síntese, essa é a idéia que a Autora pretende passar ao tratar especificamente do assunto.

¹³ BARBOZA, E. M. de Q.; KOZICKI, K. Programa de Pós-Graduação em Direito. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. (p. 161 e 163).

Assim, resta oportuno destacar que a autora não defende um “governo de juízes”, mas o cumprimento da Constituição.

Ou seja, o Poder Judiciário deve fazer com que as normas definidoras de direitos sociais positivos possibilitem ações concretas, em atendimento, inclusive, ao disposto no § 1º do Art. 5º da Constituição de 1988. Diante disso, conclui que:

[...] uma hermenêutica constitucional emancipadora deverá ser orientada pelo conceito de justiça que se deduz dos valores e dos princípios consagrados na Constituição, inclusive em seu preâmbulo. Assim atuando, o Poder Judiciário poderá efetivar os valores substantivos estabelecidos na Carta Magna, mesmo que isto signifique adotar posições políticas, encontrando aí o fator legitimador de sua atuação jurisdicional num Estado Democrático de Direito.¹⁴

Acredita-se que os ensinamentos há pouco resumidos por si só são suficientes para legitimar as decisões judiciais que permitam, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, o que representa verdadeiramente a concretização de direitos sociais.

A crença explicitada no parágrafo anterior é o sustentáculo para que se entenda que a tarefa do estudioso do tema não é a de buscar insaciavelmente a exata delimitação entre os âmbitos político e o jurídico na decisão que resultou da prestação jurisdicional.

Não se defende a inutilidade de estudos reflexivos sobre tal limite, mas o fato de que seu ponto de partida não é o conteúdo da decisão judicial em si, da identificação do que é âmbito político ou jurídico, mas a natureza do direito discutido no contexto social em que está inserido.

A importância da constatação feita reside na circunstância de que há dificuldade de se realizar tal tarefa, talvez seja até impossível executá-la,

¹⁴ Idem. p. 170

porque representa uma busca constante, a que os críticos e defensores de ideias desumanas abrem seu espaço.

Ideias tais como a *reserva do possível*, a *falta de lei integradora* encontram terreno sólido para criar óbice à efetivação de direitos, seja por motivo político ou econômico ou ambos ou quaisquer outros.

Criam-se meios para desviar a atenção do foco pertinente à imprescindível necessidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem debate sobre direitos sociais.

Tal foco pode ser objeto de reflexão por meio da exposição de Ana Carolina Lopes Olsen¹⁵, já explicitada em momento anterior neste artigo, que traz a idéia do "*mínimo da sobrevivência*", sem o qual o ser humano deixa de ser indivíduo, que está, segundo a referida autora, fora do poder discricionário do juiz.

Retomando a idéia de que os estudos reflexivos sobre o limite entre o político e o jurídico devem partir da natureza do direito discutido no contexto social em que está inserido, tem-se primeiro a identificação do "*mínimo*" para posterior início de estudo da interação entre o político e o jurídico.

Não há a interferência de um no outro enquanto somente se estiver tratando sobre o "*mínimo*", motivo pelo qual questiona-se: que possíveis critérios poderiam ser utilizados para a identificação deste?

A resposta já foi apresentada em parágrafo anterior: a natureza do direito discutido e o contexto social em que está inserido.

O contexto social brasileiro é facilmente descrito: o Poder Judiciário no Brasil é literalmente e infelizmente a última esperança na vida dos

¹⁵ OLSEN, A. C. L. Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 55-78.

brasileiros para a solução de problemas básicos, seu último estágio de lágrimas¹⁶.

Brasileiros que são tratados como se não tivessem identidade, como se não fossem sujeitos de direitos, como se vivessem num país sem Constituição e leis.

Brasileiros que assistem a constantes notícias de aumentos desproporcionais de verbas parlamentares, muitas delas sem razão de ser, de gastos exorbitantes com cartões corporativos, de gastos desnecessários com publicidade que não se destinam à informação, mas à promoção de feitos que sequer deveriam ser noticiados por Prefeitos, Governadores, entre outros, de mordomias injustificadas, além da corrupção desenfreada.

Brasileiros que diante de tudo isso têm o direito de se perguntar: falta dinheiro pelo menos para as atividades essencialíssimas? Não, falta adequada distribuição de recursos.

Sobre a natureza do direito discutido, a simples menção ao fato de que tem a natureza de direito fundamental já é o bastante para perceber o quão importante é sua proteção.

Analisado o contexto social pertinente ao tema, em conformidade com a estrutura de um Estado concebido como Estado Democrático de Direito, a interpretação focada na análise primeira do "*mínimo da sobrevivência*" encontra sua razão de ser.

Se esse mínimo não for respeitado, o Poder Judiciário será conivente com o Estado que repassa o ônus social de prestações essencialíssimas aos cidadãos.

No entanto, não são esses que deverão ser responsabilizados, por exemplo, com suas vidas e saúde em razão de políticas de má distribuição de recursos públicos.

¹⁶ Constatações válidas apenas para aqueles que ainda acreditam no Poder Judiciário, pois sua credibilidade certamente vem caindo nos últimos anos.

Assim, tendo em vista a concepção do “*mínimo da sobrevivência*”, é legítimo ao Poder Judiciário resguardá-lo, porque essa postura é uma forma de não deixar o Direito alheio às características das sociedades contemporâneas, quais sejam, a pluralidade, a conflituosidade e a permanente tensão.

A partir de tais constatações, o questionamento relacionado à *judicialização da política*, expressão de extrema relevância, utilizada por Rafaela Almeida do Amaral, deve ser feito em momento adequado.

Talvez seja mais apropriado pensar sobre esse aspecto, enquanto verdadeira ameaça à democracia, num segundo momento, ou seja, após a conclusão do intérprete acerca da natureza do direito discutido no contexto social em que está inserido.

Opiniões contrárias podem reforçar a idéia de que na definição do “*mínimo*” também existe a atuação política do juiz, também existe grau de subjetivismo, não havendo como separar dois momentos que, na verdade, seriam um só.

Contudo, o referido posicionamento precisará entrar em debate e manifestar-se sobre seu sustentáculo em face das constatações de que no Brasil os valores pertinentes à questão já teriam sido escolhidos pelo povo, que os concebeu como direitos fundamentais, identificados num caso concreto por meio da concepção do “*mínimo da sobrevivência*”, noções já explicitadas anteriormente.

Lançadas tais idéias, estas podem ser melhor vislumbradas por meio de casos concretos, sucintamente descritos em seguida.

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná analisou a possibilidade do fornecimento de medicamento a pessoa portadora de doença mental conhecida como *transtorno de humor (bipolar)*¹⁷.

¹⁷ Acórdão que negou provimento à Apelação Cível em Re-exame Necessário nº 440.873-3, com recurso voluntário do Estado do Paraná contra ordem concedida em Mandado de Segurança impetrado

Apesar de não haver cura, seu controle é possível por meio do uso ininterrupto de medicamentos, alguns deles de alto custo.

Qualquer descontinuidade na medicação significa não só privar seu portador do convívio social, por meio de inúmeros distúrbios de comportamento, tais como fobias e intensa agressividade, mas também condenar os pacientes, em casos mais graves, à morte, uma vez que a possibilidade de suicídio é estatisticamente alta¹⁸.

Na decisão em comento, a paciente demonstrou por laudo médico a necessidade de realizar o tratamento químico, o quão imprescindível é a continuidade desse tratamento e sua impossibilidade de custeá-lo.

A decisão da 5ª Câmara Cível, com data de 22 de janeiro de 2008, entendeu que presentes tais condições, negar o acesso aos medicamentos é violação a direito constitucional à saúde e à vida.

Nela consta conclusão segundo a qual o desprezo dos entes públicos quanto ao fornecimento regular e gratuito dos medicamentos afronta o

por paciente com transtorno bipolar, a qual lhe concedeu a medicação de alto custo, tendo em vista o fornecimento desta ter sido negado pelo Secretário de Saúde de sua Cidade. A relatoria coube ao Des. Jurandyr Reis Júnior e o julgamento ocorreu em 22 de janeiro de 2008.

¹⁸ A adequada informação sobre esta patologia no meio social é muito deficiente, existe grande confusão entre alterações do humor consideradas "normais" pela psiquiatria e o transtorno de comportamento patológico. A parcela da população que tem contato com algum tipo de comentário de "leigos" sobre a doença imagina que esta causa apenas alterações no humor, a ponto até de se autodenominarem "bipolares", palavra que em alguns lugares está na "moda". Contudo, sem tratamento adequado, o paciente experimenta todo o tipo de alucinações, que são espécies de pensamentos extremamente negativos e acelerados, que o levam ao suicídio devido à confusão mental que provocam ao tirá-lo da realidade. Ao contrário do que se imagina, a maior parte deste tipo de morte não ocorre em casos de depressão, posto que nesta fase o doente muitas vezes sequer tem força física para praticar atos de violência contra si. O alto índice de suicídio encontra-se na fase das alucinações, em que o doente, não raras vezes, parece ser apenas "agitado", mas experimenta dentro de si sensações terríveis, a ponto de colocar fim à própria vida. Trata-se, sem dúvida alguma, de grave problema de saúde pública, embora não seja tratado desta forma. Prova disso é a completa falta de empenho governamental para a divulgação do mal que atualmente afeta 1 a cada 100 pessoas. Os doentes que não alcançam a fase avançada da doença não deixam de experimentar sofrimento extremo, pois muitas vezes sua agressividade, seu comportamento desregrado, seja pela euforia, agitação, apelo sexual, seja pela falta de conexão da realidade, tiram-lhe a possibilidade de conviver pacificamente em sociedade. Não são raros os casos em que não conseguem trabalhar, manter sua higiene pessoal, em que são abandonados pela família. Local especializado no tratamento desta e de outras doenças mentais, o Hospital Nossa Senhora da Luz, em Curitiba, tem registro de pacientes deixados por suas famílias para tratamento por meio de internamento em curto espaço de tempo, cujos familiares forneceram endereços falsos à entidade. Não há possibilidade de saírem do Hospital, porque precisam de tratamento que poderia ser realizado em casa, mas que depende da obediência a horários, medição de miligramas, que o paciente, em alguns casos, não consegue fazer sozinho.

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, obrigando o paciente, a quem a recusa se destina a *assistir* o agravamento de seu quadro clínico, além de ter que suportar a enfermidade já existente.

Destacam-se em seu texto, também, comentários acerca da *teoria da reserva do possível*, por meio da qual o poder público pretende justificar a limitação para destinar recursos à saúde. De acordo com a corte paranaense, tal teoria foi desenvolvida na Alemanha, país em que o contexto social não é compatível com a realidade brasileira, para concluir que:

[...] enquanto aquele se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem estar social, este é considerado um país periférico em que as condições oportunizadas se fazem de modo desigual dentre sua população. Logo, esta teoria estrangeira sobre a interpretação dos direitos sociais não pode ser facilmente aplicada para a realidade brasileira, sem as suas respectivas adaptações. [...].

Praticamente seis meses depois, exatamente em 20 de junho de 2008, o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba (CRMC), Estado do Paraná foi provocado a se manifestar, coincidentemente, sobre lide com características muito semelhantes.

Apesar dos dados da demanda não poderem ser mencionados, tendo em vista a tramitação sob segredo de justiça, seu enredo, que não identifica partes, é oportuno para a análise que se pretende fazer ao longo deste artigo.

Trata-se de medida cautelar ajuizada em face de ente público responsável pelo fornecimento do medicamento utilizado por portador de transtorno bipolar, que também demonstrou por laudo médico a necessidade de realizar o tratamento químico, o quão imprescindível é a continuidade desse tratamento e sua impossibilidade de suportar seu alto custo.

Para esclarecer os fatos ao leitor, informa-se que a única diferença de pedido entre as causas deu-se quanto aos nomes dos medicamentos solicitados.

No mais, ambas as partes tiveram diagnosticada a mesma doença (transtorno bipolar), ambas apresentaram laudo médico indicando a necessidade de realizar o tratamento, a indispensável continuidade deste, bem como trouxeram aos autos provas de que não têm recursos suficientes para custeá-los.

O juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, ao contrário da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, indeferiu a liminar sob o fundamento de que essa medida para a concessão de medicamentos é excepcionalíssima.

Para justificar a excepcionalidade destacada, consignou que ao Estado incumbe cuidar da saúde dos cidadãos, mediante política pública que atenda a maior quantidade possível de pessoas.

Considerando a escassez de recursos, a análise de casos individuais não poderia resultar em prejuízo do benefício concedido, em tese, a todos.

Assim, a medida pleiteada deveria ser adotada somente em casos de doenças que apresentem riscos imediatos à vida, o que não estaria presente na lide em virtude da dificuldade de tratamento para a patologia.

Dificuldade essa advinda da inexistência de exame clínico específico para medir a deficiência química de substâncias no sistema nervoso do paciente.

Explica-se: a referência a esse aspecto encontra-se na exordial como base para o fundamento de que a troca de medição é constante, porque não há como medir em valores precisos os desequilíbrios de substâncias químicas no cérebro.

Não existe exame similar a um exame de sangue para verificar quais as substâncias que não estão sendo produzidas pelo sistema nervoso e em que quantidade.

Entretanto, a dificuldade de tratamento em hipótese alguma significa que não existe diagnóstico ou tratamento que dê resultado ao longo do tempo, porque após um certo período, chega-se à estabilização do quadro clínico de tais pacientes.

Tanto isso é possível que em ambas as demandas citadas os respectivos médicos responsáveis fizeram constar em seus laudos que a medicação requerida seria plenamente capaz de manter estáveis os quadros clínicos apresentados, proporcionando aos respectivos pacientes condições dignas de vida.

Analisando as lides mencionadas, num primeiro momento transparece, a qualquer ser humano com mínima sensibilidade, que há algo de errado com a decisão que negou direito ao cidadão aflito pela falta de medicamento que lhe mantém vivo, porquanto livre do pesadelo psicótico.

A decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem méritos ou, simplesmente, os Desembargadores “não fizeram mais do que sua obrigação” enquanto juízes?

Considerando a concepção acerca do “*mínimo da sobrevivência*”, tem mérito por não se distanciar do papel do Poder Judiciário ao se deparar com situação típica de identificação do referido “*mínimo*”.

Este decorre da constatação de que dizer que alguém, com comprovação clínica de necessidade de usar medicamentos, sob pena de cometer atos de violência contra si mesmo, não pode ser atendido em detrimento de uma coletividade, pois sua necessidade não resta devidamente comprovada tendo em vista a dificuldade para o tratamento significar condenar esse alguém à morte, sem qualquer exagero na utilização dessa palavra.

Além disso, aquele que se vê diante de uma postura judicial como essa sente-se ferido no fundo de sua alma, sente-se carente da essencial dignidade que um ser humano deve ter.

Some-se a tais sentimentos à frustração diante da atuação do Poder Judiciário, o que nenhuma lágrima é capaz de fazer cessar, uma vez que este está totalmente desatento às necessidades sociais.

Qualquer indivíduo que se imagine em idêntica situação, colocando-se no lugar daquele que, sem ser culpado por nascer com doença que tamanho sofrimento provoca, tem seu direito à vida jogado no lixo, percebe que é nesse aspecto que reside o "*mínimo da sobrevivência*".

Não há dúvida de que sem a medicação solicitada não há a mínima possibilidade do portador de transtorno bipolar, nos exemplos mencionados, sobreviver com dignidade. Essa é a natureza de seu direito.

Ou seja, embora definir de maneira conceitual e precisa o que se entende por dignidade da pessoa humana traga alguma dificuldade, identificar em casos concretos sua violação não é tarefa impossível de ser cumprida.

Assim, não há dúvida de que a identificação do tal "*mínimo*" é aferida num contexto de razoabilidade, certamente restrito e que não permite atuação ampla e desmedida do Poder Judiciário.

O "*mínimo da sobrevivência*" não deve ser submetido a qualquer tentativa de separação e delimitação do âmbito político e do âmbito jurídico, porque esse mínimo é sinônimo da dignidade humana.

CONCLUSÃO

A preocupação dos estudiosos com a atuação do Poder Judiciário é perene e causa intensos debates relacionados principalmente à deformação de seu papel.

Deformação essa refletida no crescente número de causas submetidas à sua apreciação pertinentes a questões de natureza social ou política.

Sem deixar de reconhecer a importância da reflexão sobre a *politização* da atuação dos juízes, desenvolveu-se sucinta exposição sobre a noção de que seria possível entender que a apreciação da amplitude de atuação do Poder Judiciário em questões de natureza política somente teria espaço a partir do reconhecimento da existência do "*mínimo da sobrevivência*".

"*Mínimo*" esse representado pela essência de vida do ser humano, exemplificada ao longo do texto pela circunstância de pedido de fornecimento de medicamentos pelo Estado, uma das questões mais críticas enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro atualmente.

Nenhum indivíduo que efetivamente esteja precisando de proteção para manter a essência da sua condição humana, seu *mínimo* enquanto ser vivo, colocará a público sua intimidade, sua fraqueza sem necessidade.

Dessa forma, o reconhecimento de que a essência do ser humano precisa ser protegida sem hesitação pelo Poder Judiciário é a única forma de fazer com que a sociedade volte a acreditar na justiça.

Não se deixa de lado, contudo, a constatação de que qualquer manifestação sobre o assunto causa polêmica e proporciona intensos debates. Essa é a função que as idéias postas tentaram cumprir.

REFERÊNCIAS

AMARAL, R. A. do. A interpretação do direito e o papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 93-112.

BARBOZA, E. M. de Q.; KOZICKI, K. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. 2005. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

CITTADINO, G. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, D. de A. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGOS, G. M. A Teoria da Interpretação em Hans Kelsen. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 17-32.

FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

MARQUES NETO, A. R. **A ciência do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLSEN, A. C. L. Atividade Jurisdicional e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. de (Coord.). **Estudos em Direito, Política e Literatura** – hermenêutica, justiça e democracia. v. 1. Curitiba: Juruá, 2006. p. 55-78.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA NETO, C. P. de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, L. R. (Org.). **A nova interpretação constitucional** - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 285-325.