



Anais do XIV Colóquio Internacional "Educação e Contemporaneidade"

24 a 25 de setembro de 2020



Volume XIV, n. 18, set. 2020
ISSN: 1982-3657 | Prefixo DOI: 10.29380

EIXO 18 - METODOLOGIA DE PESQUISA E ÁREAS AFINS.

Editores responsáveis: **Veleida Anahi da Silva - Bernard Charlot**

DOI: <http://dx.doi.org/10.29380/2020.14.18.02>

Recebido em: **31/08/2020**

Aprovado em: **01/09/2020**

**A INTEGRIDADE DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: UMA DISCUSSÃO EM CIMA
DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

AMANDA GREFF ESCOBAR

<https://orcid.org/0000-0002-9119-2903>

A proposta hermenêutica trazida por Dworkin, especialmente em sua obra “O império do direito”, ressalta a necessidade de uma concepção de direito como integridade, combatendo a discricionariedade judicial. Sendo assim, este trabalho tem como objetivo discutir a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), no que se refere aos fenômenos da judicialização da saúde e o ativismo judicial nessa seara, levando em consideração a tese de Dworkin. Para a condução metodológica do estudo, utiliza-se a abordagem qualitativa, através do método dedutivo, com a coleta de dados através do estudo bibliográfico.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O período do pós-segunda guerra mundial trouxe à humanidade a necessidade de uma modificação das concepções sócio-jurídico-políticas, reestruturando a noção de democracia e do constitucionalismo e priorizando a dignidade da pessoa humana e o interesse em proteger os direitos humanos e fundamentais.

No Brasil a redemocratização ocorreu por intermédio da promulgada Constituição Federal de 1988, que incorporou valores a fim de ver efetivados determinados direitos, dentre esses o direito à saúde.

Na atual Carta Magna brasileira, o direito à saúde está consagrado em seu artigo 6º, além deste, o artigo 196 do mesmo diploma estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, devendo este buscar a sua concreção máxima através da promoção de medidas políticas, sociais e econômicas.

Esse *status* constitucional conferido à saúde demonstra uma preocupação do constituinte originário de assegurar o respeito e a garantia de condições mínimas de existência, a fim de salvaguardar o bem-estar da sociedade. No entanto, esse direito social exige uma posição prestacional estatal para sua efetivação, impõe aos poderes públicos obrigações com a promoção de políticas públicas que garantam o seu acesso universal, integral e igualitário à população.

Por sua vez, apesar de haver legislação e atribuição das diversas responsabilidades relativas a saúde aos entes federados, ainda há falta de concretização desse direito fundamental, que depende de políticas públicas, mas também de uma gestão eficiente e da disponibilização de recursos financeiros.

A omissão do Poder Público, no tocante a políticas públicas de saúde, resultou na provocação do Poder Judiciário, tendo em vista ser ele o conhecido como garantidor do novo regime democrático, supervalorizado notadamente a partir da redemocratização e promulgação da Constituinte de 1988, e o responsável por a possível efetivação desse direito fundamental, fenômeno que passou a ser chamado de judicialização da saúde.

Há, portanto, a transferência da atividade inerente ao Estado-administração ao Estado-juiz, devendo este último conferir concretude ao direito fundamental posto em demanda, que não é nem de longe tarefa fácil, pois se reclama uma postura ousada do aplicador do Direito, tendo em vista que deverá ele manifestar-se sobre questões relativas a recursos públicos e controle judicial de atos da Administração.

Vale ressaltar que o problema em torno da discricionariedade judicial se eleva quando há enfrentamento e acentuado protagonismo, pelo Poder Judiciário, de questões relevantes para a sociedade, como é o caso da judicialização da saúde e o ativismo judicial nessa seara, fazendo com que o ato decisório fique à disposição da subjetividade do julgador.

Sendo assim, a partir do fenômeno da judicialização da saúde e o ativismo judicial nas questões relativas a saúde pública, busca-se neste ensaio compreender a importância da integridade do direito.

As reflexões serão desenvolvidas a partir da teoria do Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin, autor que possui vasta crítica à discricionariedade judicial. A metodologia a ser empregada aqui será de abordagem qualitativa, método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

O desenvolvimento do presente estudo partirá da análise da judicialização das políticas públicas de saúde e o ativismo judicial, para então adentrar na discussão sobre a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, desenvolvida na obra *O império do Direito* (1999), onde a defesa da

integridade no direito se apresenta como uma virtude e que deve ser abarcada, principalmente, nas questões de judicialização da saúde e ativismo judicial nessa seara, por se tratar do direito à saúde um direito tão fundamental à sociedade.

2 DIREITO À SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Carta Magna vigente atribuiu ao direito à saúde o caráter de direito fundamental, direitos esses garantidores da dignidade da pessoa humana. A atribuição de direito fundamental social encontra-se no artigo 6º, *caput*, e resultou em uma aproximação do texto constitucional às declarações internacionais de direitos humanos, que, inclusive, foram de extrema importância para o reconhecimento dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

Apesar da Constituição de 1988 trazer, de forma inovadora comparada às demais Constituições nacionais, dispositivos que conferem proteção à saúde, muitos brasileiros ainda não possuem atendimento, cirurgias, exames e medicamentos através do SUS, optando assim pela propositura de ações judiciais na esperança de obter o seu direito concretizado.

Vale comentar que instalou-se uma desconfiança em relação ao Poder Executivo e Legislativo no Brasil pré-Constituição de 1988, e, com isso, o Judiciário, que “tratava-se do único poder que ainda não tinha falhado, muito embora também nunca tivesse se destacado” (KAUFMANN, 2011, p. 170) perdeu sua imagem de figura inerte com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, para uma de garantidor do novo regime democrático.

Essa nova roupagem se deu pelo papel de consolidação da democracia e concretização dos direitos fundamentais, destacando-se os remédios constitucionais, que transpareceram o comprometimento do Estado na superação do regime militar, através da tutela de direitos e liberdades fundamentais.

Sendo assim, a procura pelo Judiciário pode ser vista hoje como uma estratégia de defesa e conquista de direitos, evitando que estes passem de meras promessas do constituinte originário, fato este que resultou no fenômeno chamado judicialização (ASENSI, 2010).

Para Barroso, quando decisões de questões de grande repercussão social ou política passam a ser tomadas pelo Judiciário, traduz-se no fenômeno da judicialização. Discorre o autor (2012, p. 24), que a judicialização “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Barroso (2012) elenca três causas para a judicialização: a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, as garantias conferidas à magistratura, o Ministério Público atuante em outras competências, que não somente a criminal, o fortalecimento da Defensoria Pública; a constitucionalização do direito; e, por fim, o controle de constitucionalidade.

Importante a contribuição de Castro (1997), quando afirma que:

A Judicialização da Política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre “Direito e Política” e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político” (CASTRO, 1997, p. 148).

Sendo assim, através da abertura democrática, aliada à garantia constitucional dos direitos

fundamentais, chega aos tribunais demandas que apelam a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente elencados. Se percebe então que “A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição” (VIANNA *et al*, 1999, p. 40).

Portanto, há judicialização da política quando as decisões dos tribunais envolvem questões de largo alcance político, todavia isso não ocorre apenas no Brasil, ainda que tenha aqui uma presença intensificada, se trata de um fenômeno global decorrente da adoção de diversos países do tribunal constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes (TATE e VALLINDER, 1995).

Haverá judicialização no campo da saúde pública quando houver procura pela garantia de acesso tanto às ações, quanto aos serviços públicos de saúde, através de ações judiciais, que é o que vem ocorrendo após a redemocratização.

O acréscimo de demandas judiciais em busca da concretização do direito à saúde revela um Judiciário mais acessível à população, refletindo verdadeira mola propulsora de acesso do cidadão ao Poder Público, onde a judicialização passa a refletir uma transformação da atuação do Judiciário em verdadeira função política.

Nesse mesmo sentido, tendo em vista no Brasil termos um panorama de insuficiência das políticas públicas, quanto à execução e o planejamento, combinado com a escassez de recursos e má alocação destes, não é surpresa perceber que a judicialização da saúde encontrou aqui lugar propício a sua proliferação. Com isso, o aumento das demandas judiciais relativas à saúde, pleiteando medicamentos, cirurgias, tratamentos, entre outros, pressionou a máquina judiciária a proferir decisões impondo a obrigação ao Estado.

É notório que a judicialização é uma consequência do atual desenho institucional, logo, não se trata de uma opção política do Judiciário, no entanto o dever de se pronunciar sempre que provocado não libera os juízes e tribunais a agirem deliberadamente, sem limitação, apegado apenas à ideia de guardião da Constituição.

Isso traz à tona a discussão quanto a um fenômeno relacionado à judicialização, o ativismo judicial, que, apesar de estarem intimamente ligados, não se fecham no mesmo conceito[1]. O ativismo se relaciona a uma participação mais invasiva do Judiciário, consequência da judicialização da política. Para Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2012, p. 25-26).

O Judiciário atualmente tem arcado com uma posição claramente ativista, e, apesar de admitida a atuação jurisdicional excepcional no campo precípua dos demais poderes, esse intervencionismo traz algumas consequências, como discorre Cristóvam e Cipriani:

Outra grave consequência do ativismo em matéria de saúde está no ampliado senso de insegurança jurídica que povoa o sistema de justiça. Não raro, ações de medicamentos totalmente idênticas do ponto de vista fático e jurídico são julgadas procedentes em alguns juízos e improcedentes em outros. O cidadão comum não entende respostas diametralmente diversas se o direito é o mesmo para todos, se todos são iguais perante a lei! Isso traz grande perplexidade e até descrédito sobre as instituições, ante a ausência de parâmetros de objetividade, previsibilidade e segurança jurídica a indicar os limites e a licitude da interferência judicial nessas searas (CRISTÓVAM e CIPRIANI, p. 179, 2017).

Por outro lado, mais favorável à postura ativista do Poder Judiciário, Dobrowolski, defende o papel ativo deste Poder além do exercício de sua função jurídica e técnica, porém alerta que, ao possuir uma postura ativista, deve-se ter o cuidado de não usurpar funções constitucionalmente outorgadas aos Poderes Executivo e Legislativo, do contrário “[...] não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas” (DOBRWOLSKI, 1995, p. 8).

Portanto, o que se extrai é que a atuação alargada do Judiciário pode ocorrer, mas deve se dar de maneira harmônica com os outros Poderes estatais, devendo o ativismo judicial levar em conta os impactos das suas decisões nas esferas de atuação dos demais Poderes. Quanto ao direito à saúde, deve haver um olhar especial e cuidadoso em relação a administração e execução das políticas públicas e também das contas públicas.

Esteves (2007) tendendo a incentivar o ativismo judicial, a fim de se ter efetivado o direito à saúde, entende que:

Ao lado dos outros dois Poderes, o Judiciário deve atuar de modo objetivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa atuação deve ser ampla, aferindo se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas, e mais do que isso se estão atingindo os objetivos de acordo com o previsto na Constituição. Nessa direção, o Poder Judiciário deve atuar de forma ativa, suprimindo omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes (ESTEVES, 2007, p. 75-76).

Na contramão, oposto ao ativismo judicial, pois este primaria pelas concepções subjetivas de justiça, Dworkin disserta no sentido de que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 452).

Em se tratando da judicialização excessiva em questões de saúde pública, pode-se afirmar que a diminuição de demandas que procuram a garantia dos direitos só será equacionada quando for superada a crise da democracia representativa, ou seja, se os poderes Executivo e Legislativo realizarem efetivamente e de uma forma eficaz suas funções constitucionalmente previstas. Enquanto

ainda houver essa crise, ainda teremos judicialização da saúde em excesso, e, por via de consequência, o ativismo judicial.

Diante disso, é necessário um olhar atento ao ativismo judicial, visto que, na teoria do direito, há uma relação entre o poder discricionário do juiz e o ativismo judicial, onde, quanto maior o primeiro, maior a chance de haver ativismo judicial.

Aqui, o problema a ser enfrentado é o ativismo judicial na área da saúde e sua relação direta a decisões que padecem da discricionariedade oriunda do positivismo jurídico kelseniano. Inclusive, é notório, em demandas relacionadas a concretização do direito à saúde, os julgamentos serem decididos com base em macropincípios, como por exemplo dignidade da pessoa humana e direito à vida, ou no pamprincipiologismo, que, segundo Streck (2012), trata-se de “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”.

3 A INTEGRIDADE DO DIREITO EM RONALD DWORKIN

Antes de abrir uma discussão da concepção de Dworkin sobre o direito como integridade, é necessário destacar que o termo ativismo judicial, no Brasil, possui uma concepção distinta do que se tem em países como Inglaterra e nos Estados Unidos, se fazendo necessário a tomada de tamanha cautela na importação da doutrina de Ronald Dworkin, que não significa dizer, por óbvio, que não haja nenhuma relação ou aproximação dos seus ensinamentos para o ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto, quando há a omissão do poder público na implementação de políticas públicas que efetivem o direito à saúde, o cidadão recorre ao Judiciário, a fim de fazer valer os seus direitos. Logo, aqueles direitos não efetivados na esfera política, decorrente da ineficiência dos demais poderes, são levados à justiça, culminando na chamada judicialização da política.

Por não haver uma teoria de controle da decisão judicial e a consequente aceitação da discricionariedade do órgão julgador frente aos *hard cases*, a problematização da judicialização da saúde se agrava, e, por isso, a necessária reflexão em cima discricionariedade judicial e o ativismo em questões sanitárias.

Dworkin (1999) expõe três concepções antagônicas acerca do di-reito: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade. Nesta pesquisa, analisaremos o direito como integridade, proposta hermenêutica contrária a concepções convencionalistas e pragmáticas sobre o direito, apresentada principalmente na obra “O império do direito”, que possui duras críticas à discricionariedade judicial.

Rafael Simioni traz importante esclarecimento sobre o direito como integridade:

[...] por meio da distinção entre moralidade pessoal e moralidade política, a perspectiva do direito como integridade parece ser a melhor estratégia teórica para estabelecer um equilíbrio adequado entre os ideais do constitucionalismo e da democracia. Esse problema tangencia, também, a questão da alternativa entre ativismo ou passivismo judicial, já que a decisão jurídica que adota uma convicção convencionalista ou pragmatista já está optando, também, por uma atitude passivista ou ativista, que coloca a questão da legitimidade democrática da decisão jurídica. Para Dworkin, três concepções de interpretação abstrata das práticas influenciam com muita força a escolha das convicções morais que permitem descobrir a resposta correta do direito. Tais concepções constituem um complexo de convicções importantes para a justificação de nossas práticas jurídicas. São elas: o

convencionalismo de Hart, o pragmatismo jurídico de Richard Posner e a concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin. Segundo a concepção de Dworkin, a primeira é mais vulnerável, a segunda é mais poderosa e a terceira, a mais adequada. Todas têm como pano de fundo a necessidade de conciliação entre a previsibilidade e a flexibilidade do direito; a previsibilidade como ideal de segurança jurídica, de um lado, e a flexibilidade como ideal de adequação para decisões mais justas ou mais corretas, de outro (SIMIONI, 2011, p. 120-121).

Sendo assim, apesar da inexistência de um método de interpretação que garanta a correção da decisão judicial, sob um viés do pensamento dworkiniano, ao intérprete não cabe optar pelo sentido que melhor lhe convém, não cabe ao julgador desvincular-se da lei, dando abertura à subjetividade, ou seja, à discricionariedade que se consequência na arbitrariedade. Para Dworkin (1999) é inaceitável que a decisão seja um ato de vontade do julgador.

Hart (1994), ao contrário da concepção de Dworkin, sustenta que a discricionariedade é inevitável, justificada pela existência de casos onde o direito pode se apresentar incompleto e até mesmo indeterminado. Nessa linha, o autor defende a liberdade de criação dos magistrados quando o direito se mostra incompleto e sustenta que a criação do direito através da discricionariedade não esbarra na iniciativa do Poder Legislativo, uma vez que, mesmo que aqueles criem normas a exaustão, não conseguirão prever e ditar todas as situações possíveis.

Na contramão de Hart, Dworkin (1999) reconhece a completude do direito, e, para ele, cabe aos juízes exercerem a atividade jurisdicional com o fim de encontrar a resposta correta. Portanto, há em sua teoria o reconhecimento do protagonismo judicial, mas que não deve ser visto como o gozo de liberdade de escolha, isso porque, na concepção de Dworkin (1999) a discricionariedade dos juízes traz sérios abalos para decisões institucionais legítimas.

Importante comentar a distinção entre os *easy cases* e *hard cases*, uma vez que é neste último que, segundo Dworkin (1999), não deve existir atuação discricionária dos juízes, apesar dos positivistas considerarem o contrário.

Sendo assim, os *easy cases* são aqueles solucionados através da subsunção do fato à norma e os *hard cases*, na definição de Hart (1994, p. 335), são os “casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nesta conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto”.

Para Dworkin aceitar uma discricionariedade judicial nos *hard cases*, seria corroborar para uma ideia onde o magistrado seria livre para completar o ordenamento jurídico no sentido de seus critérios pessoais, deixando de priorizar toda a racionalidade.

Vale ressaltar que, da aplicação dos princípios jurídicos em conflito, o autor, ainda como crítica ao juízo discricional, introduz a moral para as decisões, onde as melhores decisões são aquelas que fornecem a melhor resposta para o caso e se transpõe como a mais justa.

A integridade pode ser dividida em dois princípios: integridade na legislação e integridade na aplicação do direito, isso reflete o dever dos legisladores de manter o sistema de princípios em estrita coerência com o direito, além de exigir que o julgador os conceba como um todo, mantendo-se coerente.

Para uma melhor compreensão do direito como integridade, Dworkin introduz duas metáforas: a do romance em cadeia e a do juiz Hércules.

O juiz Hércules transpõe a ideia de que embutido na função de julgador, não lhe serve mais suas

próprias convicções e preferências, a decisão deve ser guiada pela equidade, precisão e argumentos de princípios e não de política. Dworkin considera haver uma única resposta correta, no entanto, essa concepção não se deve confundir com a concepção de uma interpretação de verdade prévia e fechada, mas levar em conta o conjunto de proposições jurídicas verdadeiras que possam oferecer a melhor interpretação do direito, no tocante ao aspecto da justificação e da coerência.

O autor é contrário ao solipsismo subjetivista em se tratando de decisões judiciais, portanto advoga a tese de que a aplicação judicial do direito deve ser menos discricionária, principalmente quando o caso se apresenta mais complexo e exige uma resposta correta, e, por isso, apresenta a integridade como uma possibilidade dessa produção de resposta correta e adequada à Constituição. Para Dworkin:

direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 1999, p. 274).

Dessa forma, a construção de uma decisão correta tem seu pilar na integridade do sistema jurídico, dos princípios e os valores que a comunidade personificada faz vigorar no presente, onde a base se encontra nos princípios de justiça, equidade e do devido processo legal.

Assim se tem evitado o pragmatismo judicial, uma vez que o princípio da integridade, da igualdade, da justiça e do devido processo legal, são o sustento da decisão com que tem e sim padrões de coerência. Logo, a integridade é o limite do campo discricionário/arbitrário nas decisões judiciais, funcionando como alicerce para a orientação do julgador na busca pela resposta adequada.

Sendo assim, a integridade é uma virtude que figura ao lado de outras três figuras, a equanimidade, a justiça e o devido processo legal. “É uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que os juízes interpretem o direito de qualquer jeito, sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política” (DWORKIN, 1999).

Conforme preleciona o autor, os magistrados devem ter a consciência de que o direito é estruturado por um “conjunto coerente de princípios acerca da justiça, equidade e devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 1999, p. 291).

O autor assenta ainda que a decisão é ato de responsabilidade política, devendo salientar a história institucional do caso concreto. Sendo assim, a fundamentação se constitui como um elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, demonstrando a verdadeira condição de

possibilidade da decisão e não servindo como uma mera justificativa de razões subjetivamente que foram elencadas para a tomada de decisão.

No mais, a decisão judicial deve observar a jurisprudência e, agora com a vigência do CPC/15, os precedentes, reconstruindo assim, a história institucional do direito, conforme está disposto no art. 926 do NCPC/15, onde afirma que os órgãos jurisdicionais têm o dever de decidir, sem deixar de levar em consideração os precedentes relacionados com a questão jurídica posta a julgamento.

Isso traz à tona a segunda metáfora abordada por Dworkin, a metáfora do romance em cadeia, que retrata o dever do juiz de interpretar o direito como um romance em cadeia, devendo o magistrado interpretar os capítulos anteriores e dar a sequência da melhor maneira possível aos próximos capítulos.

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2002, p. 276)”

No direito como integridade, os juízes continuam o seu processo de interpretação mesmo depois de proferida a decisão, tendo em vista que deve haver o resguardo da coerência, deve-se ter decisões semelhantes a casos semelhantes.

Sendo assim, a integridade confere legitimidade ao direito e, sobretudo, para a jurisdição constitucional, não devendo compreender o direito como um mero conjunto de normas, pois assim se estaria perdendo de vista um de seus elementos mais necessários, a legitimidade, além de não enfrentar um dos seus problemas mais profundos que é a discricionariedade.

No tocante ao ativismo judicial no direito à saúde no Brasil, o que se percebe é uma grande diversidade de decisões judiciais acerca do mesmo assunto, que acarreta na instabilidade e insegurança jurídica, tendo essas decisões, muitas das vezes, carregadas de uma determinada discricionariedade judicial do tipo “decido conforme minha consciência”, o que é amplamente atacado por Dworkin, principalmente em sua teoria do direito como integridade.

A teoria de Dworkin contribui para o problema do ativismo judicial, pois, sem uma integridade do direito, haverá um estancamento no ordenamento e no imaginário dos operadores jurídicos onde se terá que a discricionariedade é parte integrante do ato decisório, crendo que a decisão é um ato de vontade do órgão julgador.

No mais, revela-se a importância da decisão judicial e sua influência, não só entre as partes, mas sobre toda a comunidade e na formação de seu direito, onde não se deve dar lugar ao uso de juízos valorativos individuais do julgador, devendo este deixar a decisão isenta das suas próprias convicções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, apesar de usufruirmos, a partir de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, de uma democracia mais fortalecida e comprometida com a concretização dos direitos fundamentais sociais, essa dependência de uma atuação estatal vem gerando, diante de omissões estatais, uma

corrida ao Judiciário que passou a receber a função de garantidor da Constituição.

Com isso, a judicialização excessiva em questões de saúde e o ativismo judicial ganharam espaço no cenário jurídico brasileiro diante da chamada crise de representatividade, onde os órgãos representantes da vontade da maioria não chegam a cumprir na totalidade o seu papel previsto constitucionalmente. No entanto essa judicialização acaba por refletir em mais desigualdades e inefetividade do direito à saúde.

A proposta hermenêutica trazida por Dworkin, especialmente em sua obra “O império do direito”, ressalta a necessidade de uma concepção de direito como integridade, combatendo a discricionariedade judicial.

Perceber o direito como integridade em um cenário de grande ativismo judicial, principalmente na seara do direito à saúde, é importante, uma vez que decisões inovadoras também acarretam em insegurança jurídica, necessitando o Poder Judiciário de legitimação nas decisões tomadas.

É aí que o direito como integridade se encaixa, pois, esse processo interpretativo de Dworkin busca justamente oferecer tal legitimação, dentro de uma interpretação crítica e (re)construtiva do direito.

No mais, é necessário compreender a integridade como uma virtude política, juntamente com a equanimidade, a justiça e o devido processo legal, auxiliando e impedindo que os magistrados interpretem as leis sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política, servindo a integridade do direito como um dos antídotos para a discricionariedade.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis** [online], vol. 20, n.1, p. 33-55, 2010. Disponível em: <http://ww-w.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, p.23-32, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 5 maio 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 09 jun 2019.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo n. 34, 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017.

DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, n. 10, ano 5, jul./dez, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: Conjur Editorial, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.co-m.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 09 mai 2019.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. Nova York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck (*et. al.*). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[1] Importante destacar a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial traçada por Barroso: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva [...] A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012 p. 25).

Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especializanda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogada. E-mail: amandagreff@hotmail.com.