

Aluno:	Adriana Maria Neves Laperriere
Orientador:	Efigênia Ferreira e Ferreira Denise Vieira Travassos
Título da Dissertação:	Análise dos acórdãos proferidos pelo tribunal de justiça de Minas Gerais em resposta às demandas por tratamento odontológico no Sistema Único De Saúde
Data de defesa:	23/07/2018

PRODUTO TÉCNICO

1. Proposta para Relatório Odontológico, para auxiliar o usuário e os operadores do direito acerca da destinação da demanda do cidadão, possibilitando uma melhor qualificação técnica das decisões judiciais.

RELATÓRIO ODONTOLÓGICO

O usuário recorre ao serviço odontológico do SUS para atendimento de sua demanda. Caso sua demanda não seja atendida, o cirurgião-dentista encarregado do atendimento fornecerá ao usuário um laudo, informando a natureza do tratamento; a existência de previsão do tratamento solicitado na Tabela do SUS; se há previsão orçamentária para cobertura do serviço; se a demanda inicial corresponde à integralidade do tratamento ou, caso contrário, qual o tratamento complementar para a atingir integralidade. Sendo assim, o laudo tem a intenção de auxiliar o usuário e os operadores do direito acerca da destinação da demanda do cidadão, possibilitando uma melhor qualificação técnica das decisões judiciais.

MODELO RELATÓRIO ODONTOLÓGICO

1. SOBRE O PROFISSIONAL

1.1 Nome do (a) Cirurgião Dentista: _____

1.2 Número do Registro no Conselho Regional de Odontologia: _____

1.3 Especialidade(se tiver): _____

2. SOBRE O PACIENTE

2.1 Nome do(a) paciente: _____

2.2 Nome Social: _____

2.3 Data de nascimento: _____

2.4 CPF: _____

2.5 Sexo : ()F ()M

2.6 Endereço completo (com cep e nº de telefone): _____

3. SOBRE A FORMA DE ATENDIMENTO POR SERVIÇO DE SAÚDE

3.1 Trata-se de paciente atendido pela Saúde Pública () Saúde Suplementar () ou Particular ()

3.1 Houve tentativa de obter o tratamento odontológico no SUS? Sim () Não ()

3.2 Em qual Unidade Básica de Saúde _____

Houve negativa? Sim () Não ()

Escrita () Verbal ()

Se negado, qual foi a justificativa?

Em que data? ___/___/_____

4. ESTADO DE SAÚDE GERAL

4.1 Possui alguma doença sistêmica? Sim () Não ()

Qual(is) _____

Faz uso de medicamento(s)? Sim () Não ()

Qual(is) _____

5. ESTADO DE SAÚDE BUCAL

5.1 Apresenta perda dentária? Sim () Não ()

Quantos dentes estão perdidos? _____

5.2 Apresenta lesão de mucosa? Sim () Não ()

5.4 Tem dificuldade para mastigar? Sim () Não ()

5.5 Tem dificuldade para deglutir? Sim () Não ()

5.5 Apresenta problemas na ATM? Sim () Não ()

5.6 Apresenta gengivite? Sim () Não ()

5.7 Apresenta doença Periodontal? Sim () Não ()

5.8 Apresenta xerostomia? Sim () Não ()

5.9 Apresenta halitose? Sim () Não ()

6. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO

6.1 Qual tratamento foi solicitado?

6.2 Existem exames complementares como radiografias ou outros? Especificar:

6.3 Qual a finalidade da indicação deste tratamento odontológico?

6.4 Existe outro procedimento com capacidade de recuperar a função perdida que possa ser indicado?

6.4 Qual é a urgência do tratamento?

Local _____

Data ___/___/_____

Assinatura do profissional

2. Capítulo do e-book *Temas em Saúde Pública*, intitulado “Judicialização na Saúde Bucal”, construído coletivamente pelos mestrandos do Curso de Mestrado em Odontologia em Saúde Pública, turma 2016

Judicialização na Saúde Bucal

A saúde é condição necessária para existência do ser humano, pois desta deriva a capacidade para exercer as demais atividades necessárias para uma boa qualidade de vida ou até mesmo de sobrevivência.

As políticas públicas no país nem sempre conseguem oferecer as condições básicas de vida como água tratada e saneamento básico, agrava-se a situação de um cidadão que necessita de cuidados especiais que demandam recursos a serem despendidos apenas com ele.

No cenário econômico atual no qual há uma distribuição de renda concentrada em poucas pessoas e muitas vivendo com recurso quase insuficiente para a alimentação da família e, com descrença nas instituições, que são alvo constante de denúncias, o indivíduo ao se sentir desamparado procura alternativas para satisfazer as suas necessidades. A via mais procurada na busca desta garantia tem sido a judicial.

O Poder Judiciário tem sido demandado para resolver conflitos entre os cidadãos que necessitam de uma prestação dos serviços públicos de saúde e não conseguem pela via a Administrativa, interferindo nos órgãos públicos de saúde, obrigando-os às mais diversas ações como fornecimento de medicamentos, tratamentos, internações ou qualquer outra solicitação do cidadão que encontre amparo legal.

Esse fenômeno, chamado de judicialização da saúde, é questionado sob diferentes aspectos: o orçamentário, o ético, o legal e do equilíbrio entre os poderes. Argumentos defendendo e contrapondo todos os pontos de vista podem ser encontrados.

Quanto ao orçamento, na falta de recursos, os gestores públicos argumentam a impossibilidade de cumprir com o princípio constitucional da universalidade. Por outro lado, para um indivíduo que apresenta uma doença, o que lhe interessa é garantia do seu direito à saúde.

Desta forma, surge uma reflexão ética sobre a justiça sanitária em épocas de recursos escassos. A bioética de proteção nasce para abordar as implicações morais das práticas sanitárias na saúde pública verificando a eficácia e efetividade de programas na política sanitária, interagindo saberes distintos, tendo como objetivo a qualidade de vida e o bem-estar dos destinatários, principalmente indivíduos e populações de vulnerados e susceptíveis à vulnerabilidade (SCHRAMM, 2017).

Princípios éticos que norteiam o pensamento moderno da medicina ou da saúde pública devem ser analisados à luz desse problema: a justiça social e a equidade. É questionável o argumento de que ao privar um indivíduo de um determinado tratamento para que o recurso seja utilizado em prol de uma coletividade poderá conseguir realmente uma melhora significativa na qualidade de vida das pessoas.

Para proporcionar uma melhor compreensão da judicialização em saúde bucal foi desenvolvido o presente estudo, que teve como objetivo analisar as solicitações de tratamentos odontológicos ao Sistema Único de Saúde de Minas Gerais (SUS-MG), no poder judiciário, conhecendo suas características, bem como a argumentação jurídica e de princípios utilizada pelos desembargadores na elaboração dos votos.

1.1 Conceito de saúde

O conceito de saúde sofreu inúmeras transformações durante a história da humanidade. Hipócrates, no século IV a.C., associava a saúde da população a seu tipo de vida e a seus hábitos. Paracelso, no século XVI, dava importância às leis físicas da natureza e fenômenos biológicos para a compreensão do organismo humano. Engels, no século XIX, concluiu que o tipo de vida dos habitantes das cidades e seus ambientes de trabalho seriam responsáveis pelo nível de saúde. Descartes, no século XVII, ao contrário dos demais, conceituou saúde como ausência de doença (DALLARI, 1988).

No fim do século XIX e início do século XX, época da revolução industrial, o ambiente social propiciou o debate frente a duas correntes de interpretação da saúde. De um lado, uma população marginalizada sofrendo as mazelas de uma vida precária e acreditando que as causas poderiam vir do meio ambiente, do trabalho, da alimentação e da moradia. De outro lado, a ciência com a descoberta dos germes causadores de doenças, que reforçavam o conceito de saúde como ausência de doença (BITTENCURT, 2016).

Na constituição da Organização Mundial de Saúde, aprovada em 1946, o primeiro princípio define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). O segundo princípio se refere ao direito à saúde: “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Posteriormente este conceito recebeu críticas, pela dificuldade de ser alcançado e por não ser operacional (DALLARI, 1988), considerando a

impossibilidade de se garantir a totalidade do bem-estar continuamente, às pessoas. Entre as tentativas atuais de se definir saúde, ganha corpo a idéia de que saúde é resiliência ou a capacidade de manter e/ou restaurar a integridade, o equilíbrio e a sensação de bem-estar em três domínios: físico, mental e social (BOERS & JENTOFT, 2015). Os autores representam a saúde como um tetraedro sendo suas estruturas de suporte os domínios, físico, mental e social. Se uma das estruturas se enfraquecer as outras duas darão o suporte até a volta á normalidade, desde que as estruturas de suporte estejam fortes. Progredindo o enfraquecimento, o processo pode evoluir para um colapso, reverssível ou irreverssível.

Deste modo devemos compreender que a saúde, neste homem biopsicossocial vai se relacionar às características individuais físicas e psicológicas, mas também ao ambiente social e econômico onde ele vive.

1.2 Políticas de saúde bucal no Brasil

No Brasil, a história do cuidado em saúde se mistura às várias fases da república com modelos de atenção diversos. Antes da criação do Sistema Único de Saúde-SUS, a saúde era tratada com predominância de um sistema de atenção médica “massificado”, em vez de uma medicina social e preventiva (LUZ, 1991), deixando uma grande parcela da população à margem da assistência, pois não pertencia a nenhum grupo de trabalhadores (SILVA & ALMEIDA FILHO, 2009).

Os direitos humanos como garantias fundamentais já eram aclamados na evolução histórica e social do mundo ocidental (TOMASZEWK JR et al., 2016), Em um movimento de redemocratização, a sociedade civil brasileira se organizou na luta por novas políticas sociais (saúde, educação, habitação), que pudessem assegurar plenos direitos de cidadania aos brasileiros, inclusive o direito à saúde e a garantia deste direito pelo estado (BITTENCOURT, 2016).

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve a unificação dos serviços institucionais de saúde com a proposição do Sistema Único de Saúde (SUS). Ela trouxe uma nova formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde estabelecendo atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde, baseadas nos princípios doutrinários da universalidade, equidade e integralidade (BRASIL,1988).

As ações e serviços de saúde integram “uma rede regionalizada e hierarquizada” e “em níveis de complexidade crescente” (Art. 198, caput, da Constituição do Brasil de 1988 e art. 8º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990). Embora cada uma das esferas de governo tenha atribuições definidas na legislação (Art. 16 a 19 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), tem sido reconhecida judicialmente a solidariedade entre os entes federados, tendo em vista que: o dever de realizar as políticas públicas garantidoras do direito à saúde é do Estado em sentido amplo (Art. 196 da Constituição do Brasil de 1988); o sistema é único (Art. 198, caput, da Constituição do Brasil de 1988 e art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), tendo, como uma de suas diretrizes, o atendimento integral (inciso II do art. 198 da Constituição do Brasil de 1988 e inciso II do Art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990). (BRASIL, 1988 e 1990).

Desta forma, a Política Nacional de Saúde vem sendo construída há muitos anos por diversos setores da sociedade, vinculados aos movimentos sociais da saúde pública. O que o governo federal implantou, em termos de saúde pública, vem sendo desenhado desde o início da reforma sanitária brasileira (PUCCA JR, 2006).

Dentre as várias políticas construídas, a Política Nacional de Saúde Bucal (PNSB) foi criada com o propósito de resgatar o abandono histórico e a falta de compromisso com a saúde bucal da população. Recebeu o nome de Programa Brasil Sorridente, que consiste na garantia de ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde bucal, tanto no âmbito individual, como no coletivo da população brasileira (MOYSÉS, 2008). O programa ampliou o acesso ao tratamento odontológico gratuito, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), permitindo mudanças na saúde bucal de sua população, com reflexos positivos em sua saúde geral (BRASIL, 2006).

O Programa Brasil Sorridente alicerça-se na estruturação da atenção primária à saúde bucal. É parte do Programa de Saúde da Família-PSF, implantado em 1994 (atualmente nominado Estratégia Saúde da Família) e as Equipes de Saúde Bucal-ESB iniciaram a participação em 2000, com o objetivo de reorganizar o modelo de atenção à saúde e ampliar o acesso às ações de saúde bucal, garantindo a atenção integral aos indivíduos e às famílias. (MOYSÉS, 2008).

Os Centros de Especialidades Odontológicas (CEO) são responsáveis pela atenção secundária. Foram implantados em todos os estados brasileiros, a partir de 2004. Os CEO são, portanto, unidades de referência para as unidades básicas de saúde reafirmando a integralidade desejada das ações promocionais e reabilitadoras e o planejamento loco-regional, sendo os custos para seu funcionamento compartilhados por estados, municípios e governo federal (NARVAI, 2011).

Além disso, a PNSB ampliou o acesso ao tratamento odontológico gratuito (BRASIL, 2006). No entanto, alguns municípios ao solicitarem tratamentos odontológicos ofertados pelo SUS têm como resposta a negativa. Com o crescente conhecimento dos seus direitos à saúde e/ou insatisfação com o Sistema Único de Saúde-SUS, os cidadãos têm buscado sua realização perante o Poder Judiciário, valendo-se do Ministério Público, da Defensoria Pública, da contratação de advogado e das Organizações Não Governamentais-ONG (TRAVASSOS et al., 2013).

1.3 Direito, justiça e equidade

Quando o indivíduo ou um grupo de pessoas procura o cuidado em saúde, e tem o acesso indisponível ou negado (BIEHL & PETRYNA, 2016), seja pela falta, incompletude ou a má gestão do governo nas políticas públicas, tem se observado a procura do poder judiciário, transformando-o, em alguns casos, no único recurso para garantia da saúde, da vida e da dignidade humana (RAMOS, 2015), no entanto, algumas vezes estas solicitações extrapolam os cuidados de saúde que são descritos nos procedimentos autorizados, da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde-RENASES no âmbito do SUS (BIEHL & PETRYNA, 2016; BRASIL, 2012).

O direito significa o conjunto de normas que regem a conduta humana na sociedade e tem significado subjetivo quando utilizado na reivindicação do direito individual à saúde, ou de âmbito social. Individualmente, as pessoas são livres para escolher seu estilo de vida, em qual localidade viver e quais relações estabelecer com o meio ambiente. Da mesma forma são livres para procurar o atendimento médico e optar pelo tratamento quando necessitam. Outra forma de analisar o direito individual é a liberdade do profissional de saúde em decidir qual o tratamento é o mais adequado. Como direito social, o direito à saúde visa atender a população com igualdade, delimitando com normas as condutas e ações para o coletivo (DALLARI, 1988).

O direito social originou-se da reação da classe trabalhadora e dos que se encontravam à margem da sociedade, contra o Estado, nos séculos XVIII e XIX. Esta reação resultou na necessidade da intervenção do Estado para que se alcançasse justiça social, tornando necessário o redimensionamento do papel prestacional do estado (BITTENCOURT, 2016).

A Constituição Federal Brasileira, que reafirmou o Estado democrático, define o direito à saúde como parte integrante dos direitos sociais como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados por meio das políticas pública, tornando governos responsáveis pela prevenção, tratamento e controle e criando condições para garantir o acesso aos serviços de saúde (BRASIL, 1988).

No mesmo sentido é a orientação da Constituição do Estado de Minas Gerais, que em seu art. 186, parágrafo único, III, garante a "dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento de saúde" (MINAS GERAIS, 1989).

A implantação do SUS constitui o meio para efetivação deste direito social, adotando como uma de suas bases doutrinárias a equidade, que busca a justiça social com objetivo de diminuir as desigualdades. A aplicação do princípio da equidade permite que locais e pessoas diferentes, com necessidades diversas, sejam atendidos por soluções e esforços distintos, com distribuição de investimentos e ações voltadas para as necessidades da população promovendo desta forma justiça social (VIANA & FAUSTO & LIMA, 2003).

O conceito de justiça social surgiu na segunda metade do século XIX para fazer referência à necessidade de alcançar uma repartição equitativa dos bens sociais, uma justiça com equidade. Entre os pensadores de destaque nesta área, foi John Rawls, que em 1971, publicou a obra *The Theory of Justice*, estabelecendo um novo marco em filosofia política no mundo ocidental (SILVEIRA, 2007).

Todos os indivíduos devem ter justa oportunidade para uma saúde em plenitude, em condições iguais, porém observando-se as diferentes necessidades. Os grupos mais vulneráveis necessitam de maior atenção nas ações. A formulação de políticas mais equânimes, o debate da justiça social tem um grande valor pois, elabora ações diferentes tendo como objetivo central, diminuir as grandes diferenças sociais (VIANNA & FAUSTO & LIMA, 2003).

A inclusão do debate da justiça social, justiça distributiva, é importante quando evidenciamos a iniquidade em saúde (desigualdades injustas) na alocação de limitados recursos e na aplicação de políticas e programas públicos mais efetivos que possam diminuir as desigualdades injustas (VIANNA & FAUSTO & LIMA, 2003).

O investimento nas ações em saúde e serviços públicos é realizado pelos entes federados e deve ser observado o limite deste orçamento, pois a necessidade humana, social, coletiva e individual sempre será maior do que a quantidade financeira existente. No direito, este limite orçamentário é chamado de reserva do possível (STIVAL & GIRÃO, 2016).

1.4 Judicialização na saúde

A Organização das Nações Unidas – ONU no dia 10 de dezembro de 1948– na ocasião composta por 58 Estados-membros, entre eles o Brasil – instituiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seus trinta artigos, estão listados os direitos básicos para a promoção de uma vida digna para todos os habitantes do mundo, defendendo que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (DUDH, 1948).

A Declaração Universal do Direitos Humanos constitui-se, um marco regulador das relações entre governos e pessoas. No entanto, um caminho difícil e longo ainda é percorrido para que a efetivação dos direitos contidos na Carta, sejam garantidos.

A judicialização é uma ferramenta utilizada pelo cidadão para reivindicar seus direitos, assegurados por leis nacionais e internacionais, e ampliação de políticas públicas perante o Poder Judiciário (VENTURA, 2010), sem considerar as instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e Poder Executivo (BARROSO, 2012).

A Judicialização envolve uma transferência do poder de decisão para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Algumas de suas causas expressam uma tendência mundial, outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional do nosso país, que no processo de redemocratização levou os indivíduos ao exercício da cidadania e à procura do judiciário, principalmente da defensoria pública que se expandiu para várias cidades do país. A promulgação da constituição, que destaca saúde como direito e ao sistema brasileiro de constitucionalidade, permite questionamentos de qualquer lei perante o juiz e o tribunal (BARROSO, 2012).

A partir de 1990, observou-se um grande aumento de ações ajuizadas nos tribunais de justiça, para garantia dos direitos constitucionais à saúde, em alguns países da América Latina como Colômbia, Brasil e Costa Rica, com semelhanças em suas causas, natureza e repercussão, de acordo com o contexto de cada país. Isto pode estar revelando a fragilidade na garantia do acesso aos serviços de saúde, sobretudo com relação à incorporação de novas tecnologias e medicamentos (REVEIZ et al., 2013).

No Brasil, o Ministério da Saúde teve um aumento no seu gasto com medicamentos entre 2002 (5,4%) a 2007 (10,7%) de mais de 98% e um aumento de 252% para medicamentos excepcionais, se fizermos uma comparação dos anos de 2003 com 2007 devido a estas ações (REVEIZ et al., 2013).

O relatório técnico do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais-TCE-MG revelou gastos financeiros para atender às demandas judiciais em saúde, de cerca de 222 milhões em 2014 e 238 milhões em 2015, um crescimento de 7,34% (TCE-MG, 2015).

Os processos que envolvem a judicialização da saúde versam predominantemente sobre aspectos curativos (medicamentos, tratamentos, próteses) e menos sobre preventivos (vacinas, exames). Embora este fato evidencie uma dimensão parcial das ações e serviços de saúde que são prestadas pelo poder público, o desejo de ter algo muitas vezes símbolo do sistema privado, adquirir um bem disponível no mercado, estabelece uma noção de pertencimento ao grupo social, de inserção ao mercado consumidor e não corresponde necessariamente a um benefício (FERREIRA, 2011; RAMOS, 2015; PORTO & GARRAFA, 2005).

1.4.1 Como ocorre o processo Judicial

O processo é o instrumento hábil para o cidadão solicitar ao Judiciário que determine a realização do procedimento solicitado ou a disponibilidade de medicamentos ou exames, não concedido pelo Serviço de Saúde. Pode ser instaurado por advogados, ONG, Ministério Público ou Defensor Público para hipossuficientes (TRAVASSOS et al, 2013).

O processo que tem por objetivo um pedido na área de saúde começa por uma peça inicial, fundamentada nas garantias oferecidas pela Constituição Federal de 1988, na legislação ordinária e princípios filosóficos, acompanhado de prova da negativa da solicitação dirigida ao ente federado responsável pela : comprovação da necessidade do tratamento por meio de um

laudo elaborado por profissional da área e da descrição das consequências da falta do atendimento pleiteado, na saúde do cidadão.

Um dos princípios gerais do direito processual é a garantia do duplo grau de jurisdição. Este princípio garante a possibilidade, caso seja de interesse de uma das partes ou já previsto legalmente, de revisão da decisão, por meio de um recurso das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau, a chamada primeira instância. Desta forma, poderá haver um novo julgamento por parte de uma jurisdição de segundo grau, chamada segunda instância. As decisões contrárias à Administração Pública são obrigatoriamente submetidas ao reexame necessário, perante a segunda instância judicial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

O voto é a opinião de cada Desembargador componente da Câmara sobre o assunto posto em julgamento. A decisão final para solução das questões postas em litígio é o resultado da maioria das opiniões transcritas nos votos. Os acórdãos são as decisões de segunda instância proferida pelos desembargadores componentes da Câmara encarregada do julgamento do recurso de apelação impetrado, do reexame necessário e do agravo de instrumento interposto contra o despacho proferido pelo Juiz que deferiu ou indeferiu o pedido de ordem liminar ou de tutela antecipada (Brasil, 2015).

O autor da ação pode solicitar a concessão de liminar ou tutela antecipada para atendimento de suas necessidades urgentes, sem que seja ouvida a parte contrária, depois de apresentar as provas dos fatos constitutivos do direito e das alegações.

Caso seja deferido o requerimento urgente do cidadão, o Juiz determina o cumprimento da liminar ou tutela antecipada pelo ente público ao mesmo tempo em que ordena a sua citação para apresentar defesa. O processo segue adiante com a defesa e provas produzidas pelas partes até que seja pronunciada uma sentença. A parte que se considera prejudicada com a Sentença apresenta recurso de apelação, de natureza voluntária (THEODORO JUNIOR, 2014).

1.4.2 A Decisão e a Fundamentação judicial

Um Sistema democrático existe quando instituições que o integram conseguem comunicar-se com os cidadãos, ouvindo suas reclamações, seus pedidos e propondo soluções. Dentre as várias instituições que fazem parte do estado democrático de direito, encontra-se o Judiciário, cujo ator principal é o julgador. Este comunica-se com os requerentes de várias formas, sendo a decisão judicial um instrumento finalizador, que pretende pacificar o conflito existente (ALVES JUNIOR, 2015).

O Estado democrático de direito é um processo pelo qual os países democráticos passam conforme seus costumes e tradições, sendo que o conceito de Direito se altera de acordo com o paradigma adotado. O direito é fruto de um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução (DUARTE, 2011).

A história da filosofia do direito e da produção da decisão judicial do Direito é marcada por três fases distintas. Na primeira fase, denominada naturalista, o poder decisório do conflito era realizado pelo juiz sacerdote que realizava a justiça de alguma forma divinatória, preconizando a verdade e a justiça universal. Com a organização das sociedades antigas, foram criadas instituições decisórias que prosseguiram em seu desenvolvimento até o aparecimento do estado de direito (MONTEIRO, 2012).

Este marco define a segunda fase da produção judicial com o advento do pensamento iluminista e da Revolução Francesa, com ideias positivistas. Nela, a decisão judicial é formulada por órgãos representativos da sociedade para aplicação do direito MONTEIRO 2012 não se utilizando dos

valores, da ética e da justiça, e sim da vontade restritiva das leis. Como por exemplo, o legalismo exacerbado defendido pela Escola da Exegese, que teve como marco o Código Napoleônico de 1804 ou como os filósofos Hans Kelsen e Herbert Leonel Adolphus Hart, que descreviam o direito formado por regras, mas com espaços deixados em aberto para que o aplicador do Direito buscasse a melhor forma de julgar o fato, devendo transcender a lei (regra jurídica) para julgá-lo. Desta forma, haveria uma indeterminação quanto à validade do direito, pois o controle da discricionariedade do julgador, quando de sua aplicação, ficaria prejudicado (Duarte, 2011)

Foi um período limitante, onde casos complexos não teriam soluções se novas leis não fossem criadas (MACHADO 2011). Esta forma gessada de decidir levou a uma crise no sistema judiciário e o surgimento de novos doutrinadores no século XX, que propunham a utilização dos princípios na fundamentação da decisão. Josef EsJosef Esser propunha que os princípios eram como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Para Karl Larenz os princípios eram elementos de um sistema interno que colocava em evidência a unidade valorativa do ordenamento jurídico interno, enquanto os sistemas externos eram conceitos mais abstratos. Para Ronald Dworkin, grande opositor ao positivismo, estabeleceu uma distinção entre regras e princípios de natureza qualitativa ou lógica ((ALVES JUNIOR, IOR, 20152015).). Negar a natureza normativa dos princípios jurídicos, para estes doutrinadores, era o não reconhecimento da força jurídica ativa dos valores doutrinadores, era o não reconhecimento da força jurídica ativa dos valores da sociedade, colocando-os em tipo de intenções sociais que poderia ou não ser ou não ser acatadas (MACHADO, (MACHADO, 2011)2011).. O terceiro período o contemporâneo, denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, acontece com a continuidade do conhecimento dos princípios e chega ao máximo com a constitucionalização dos princípios e chega ao máximo com a constitucionalização na forma dos direitos fundamentais, direitos fundamentais, onde se busca a reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral, o direito e a justiça moral, o direito e a justiça (DUARTE, (DUARTE, 20120111;; MACHADO, MACHADO, 2011).2011).

Representado por Robert Alexy que propunha um direito positivista, com precedentes jurisprudenciais e aplicação dos princípios e a argumentação jurídica. Para Alexy, o aplicador do direito, no caso o juiz, já não estaria vinculado a uma atividade meramente silogista, ou seja, com premissas e conclusão, ou aplicação da lei de forma mecânica, mas a um papel construtivo, vislumbrando a garantia e efetividade dos direitos fundamentais, entendidos como direitos individuais, sociais, políticos e econômicos (DUARTE, 2011).

Desta forma, o estudo da decisão Judicial começou a ter outra conotação, considerando relevante tanto a parte prática quanto a parte teórica, na aplicação e interpretação do direito. A fundamentação ou justificação aplicação e interpretação do direito. A fundamentação ou justificação é a razão que sustenta ou justifica a decisão (PAULA, (PAULA, 2009), 2009), devendo estar articulada com o plano das valorações e da moralidade o plano das valorações e da moralidade (MONTEIRO MONTEIRO, 2012.).

A justificação da decisão judicial tem dois aspectos, a saber: um interno e um externo. O aspecto interno diz respeito à lógica interna da decisão, pois é um externo. O aspecto externo diz respeito à lógica externa da decisão, pois analisa as estruturas formais do argumento, as razões de fato ou de direito apresentadas na fundamentação e investiga se a conclusão lógica a partir das premissas dadas (a partir das premissas dadas (PAULAPAULA,, 2009). 2009).

A lógica utilizada normalmente é a Aristotélica, onde a premissa maior é abstrata, com pequena compreensão e grande extensão. A segunda premissa refere-se ao fato, caso concreto específico, rico em características, com grande compreensão e pequena extensão. Para isto, Alexy propõe regras na sua teoria da argumentação jurídica como da argumentação jurídica como por exemplo, por exemplo, apresentar uma norma universal apresentar uma norma universal como premissa (1ª regra) e seguir logicamente esta norma universal (2ª regra), evitando que tenha sido apresentada sem utilização nas considerações da decisão (PAULA, 2009).

Em casos mais complexos, esta estrutura de silogismo simples pode não ser suficiente, pois várias dificuldades de interpretação das normas jurídicas, rídicas, como a linguagem vaga de preceitos normativos, palavras que permitem várias interpretações, necessidade do juízo de valor, necessidade de suprir lacunas no ordenamento e de superar contradições entre princípios podem dificultar a interpretação. Deve-se fazer uso de outras etapas argumentativas, para que não restem dúvidas quanto a aplicabilidade da regra acrescentada no caso (PAULA,(PAULA, 2009).2009).

Segundo Alexy, em sua teoria do conflito dos princípios, não existem relações absolutas de precedência entre os princípios, pois relacionam-se às ações e situações que não são quantificáveis. Dessa forma, na solução do conflito deve-se utilizar da ponderação entre dois ou mais princípios reconhecidamente válidos, se utilizar da ponderação entre dois ou mais princípios possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto, não há prevalência absoluta e nem invalidez de circunstâncias do caso concreto, não há prevalência absoluta e nem invalidez de um sobre o outro (MACHADO, 2011).um sobre o outro (MACHADO, 2011).

O aspecto externo cuida da fundamentação das premissas usadas na justificação interna, ou seja, da argumentação. Essa justificação significa torná-la aceitável (aceitável (MONTEIROMONTEIRO,, 20122012), devendo ser a mais ampla possível, com argumentos semânticos--gramaticais, teleológicos, históricos, gramaticais, teleológicos, históricos, comparativos comparativos (jurisprudência), sistêmicos e dogmáticos, formas de argumento especificamente jurídicas argumentação empírica (PAULA, 2009), obtendo-se uma conclusão com veracidade, plausibilidade com veracidade, plausibilidade e afastando a arbitrariedade, o senso comum e a irracionalidade das decisões (ALVES JUNIOR, 2015).

No Brasil, em consequência de mudanças solicitadas pela sociedade por meio da Constituição Federal de 1988, um novo Código de Processo Civil entrou em vigor, com uma mudança de paradigma, não significando, no entanto, reforma processual ou do judiciário. Neste novo modelo, a fundamentação das decisões judiciais deixou de ater-se à justificação da tese vencedora, para ainda expor os motivos pelos quais não prosperou a tese vencida. Portanto, uma decisão para ser adequada necessita ser racionalmente explicada (FIALHO, 2016).

1.4.3 Mínimo Existencial e Reserva do Possível

Teoria do mínimo existencial teve sua origem na cultura jurídica Alemã, na segunda metade do século XX, para responder a uma carência deixada pela Constituição germânica, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que negligenciava o direito social prestacional. Esta teoria teve o objetivo de preencher a lacuna deixada pela constituição alemã na questão da dignidade humana (CUNHA, 2015).

No Brasil, esta teoria é muito recente estando em permanente construção em sua doutrina. O mínimo existencial representa o mínimo de direitos sociais sem o qual o ser humano não pode sobreviver com dignidade. No Brasil, em virtude da grande desigualdade social, não existe orçamento financeiro que possibilite todos os direitos fundamentais para todas as pessoas (WANG, 2009). Deste modo, o mínimo existencial está sendo utilizado para racionalizar a suposta escassez, má gestão, má distribuição e corrupção dos recursos financeiros e garantir aos mais necessitados um direito mínimo para existirem de forma digna (CUNHA, 2015).

A teoria da reserva do possível teve sua origem também na Alemanha em 1970, para limitar as vantagens do Estado de Bem-Estar Social. Surgiu de um impasse com a falta de vagas para estudantes na Universidade e teve decisão judicial justificada. Nela, o Estado só poderia atender a um determinado interesse ou a prestação de um benefício, se fossem observados os limites da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que os interessados deveriam equilibrar a racionalidade de cada caso (WANG, 2009; CUNHA, 2015).

A teoria da reserva do possível fundamenta-se em três características: disponibilidade de fato dos recursos, disponibilidade jurídica e a proporcionalidade na prestação. Os direitos sociais são direitos que requerem relevantes custos para sua execução, tendo uma dimensão econômica preponderante. Desta forma, nos direitos sociais existe um limite de fato à sua efetivação: deve existir orçamento público para sua execução. Além desse limite deve existir a disponibilidade jurídica destes recursos. A terceira característica refere-se a razoabilidade do que está sendo pedido (WANG, 2009; CUNHA, 2015).