



A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES DE MEDICAMENTOS NO CONTEXTO DA CRISE DA LEGALIDADE BURGUESA

THE MOTIVATION OF JUDICIAL JUDGMENTS IN DEMANDS OF MEDICATIONS IN THE CONTEXT OF THE CRISIS OF BOURGEOIS LEGALITY

¹Ariadi Sandrini Rezende

²João Paulo Mansur

RESUMO

O fornecimento de medicamentos gratuitos à população para o tratamento de enfermidades é regulamentado pelo decreto n° 7.508/2011, que criou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME. Problema ocorre ao perguntar como os juízes devem proceder em ações de medicamentos que tenham como pedido fármacos não tabelados. Se faz necessário enfrentamento do dogma de que lei é lei e, por conseguinte, demonstração das exigências que o fenômeno jurídico contemporâneo exige das fundamentações de decisões sobre direitos sociais. Demonstra-se a ascensão da ideia de legalidade dentro do Estado burguês. São expostos três problemas que fundamentaram a crise desse modelo político de Direito. Explicita o processo de constitucionalização dos direitos sociais como reforma ao Estado liberal e, por conseguinte, como anseio de controle do poder político legislativo e da legalidade. Expõe como a atividade judicial pode consolidar a reforma iniciada pela constitucionalização dos direitos sociais ao ultrapassar empecilhos impostos contra sua efetivação. Demonstrado estará o anacronismo de decisões meramente legalistas que negam provimentos em ações de medicamento com base em dogmas do Estado liberal oitocentista. Expostas estarão as necessidades de decisões judiciais sérias que se perguntem sobre a função do Estado social e da atividade judiciária no contexto contemporâneo.

Palavras-chave: Ações de medicamento, Direitos sociais, Crise da legalidade, Pós-positivismo, Reforma do estado liberal

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Espírito Santo (Brasil). Professora assistente da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Espírito Santo (Brasil). E-mail: ariadisandrini@gmail.com

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Minas Gerais (Brasil). E-mail: jpmansur@gmail.com



ABSTRACT

The provision of free medicines to the population for the treatment of diseases is regulated by Decree No. 7,508/2011, which created the National List of Essential Medicines. A problem occurs when it is asked how judges should proceed in demands of medication when the drugs desired are not in the list. It is necessary to confront the dogma that law is the law and, therefore, to demonstrate the requirements that the contemporary legal phenomenon requires for the foundations of judicial decisions when they talk about social rights. It is depicted the rise of the idea of legality within the bourgeois state. Three problems that led to the crisis of this political model of law are exposed. It is shown the process of constitutionalization of the social rights with the reform of the liberal state and, therefore, the consolidation of the desire to control the legislative political power and the legality. It is exposed how the judicial activity can consolidate the reform initiated by the constitutionalization of social rights when obstacles imposed against its effectiveness are exceeded by the judge. It will be shown the anachronism of merely loyalist decisions which deny provisionses in judicial demands of medications based on dogmas of nineteenth-century liberal state. It will be exposed the needs of serious judicial decisions which wonder about the role of the welfare state and judicial activity in the contemporary context.

Keywords: Judicial demands of medications, Social rights, Crisis of bourgeois legality, Post-positivism, Reform of the liberal state



INTRODUÇÃO.

No Brasil, o fornecimento de medicamentos gratuitos à população para o tratamento de enfermidades é regulamentado pelo decreto n° 7.508/2011, que criou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME. Nesta lista constam os medicamentos considerados pelos poderes legislativo e executivo como necessários à satisfação do direito social à saúde previsto constitucionalmente. Eis que surge o problema acerca de como os juízes devem proceder em ações de medicamentos que tenham como pedido fármacos não tabelados, ou seja, não previstos na lista RENAME como de distribuição gratuita pelo poder executivo.

Caso se restrinjam à mera observância da regulamentação infraconstitucional, os juízes tenderão ao improvimento das ações com tais configurações de ausência de previsão legislativa. Qual seja, há, nessas sentenças, supervalorização da ideia de legalidade, prevista constitucionalmente, em face a outros princípios também constitucionais, no caso, o direito social à saúde. E, nesta perspectiva, será este o objetivo geral deste trabalho: demonstrar a desconstrução histórica da mera legalidade por que passou e continua a passar o direito contemporâneo. Se enfrentará o dogma de que lei é lei e, por conseguinte, se mostrarão as exigências que o fenômeno jurídico em caráter social exige das fundamentações de decisões sobre direitos sociais. A análise histórica sobre as mudanças por que passou o direito Estatal, aproximando-se, novamente, da ideia de justiça será o método pelo qual se enfrentará o problema. Em objetivo específico, almeja-se demonstrar as justificações que o direito contemporâneo exige das fundamentações de sentenças em ações de medicamento. Não obstante, a mesma construção histórica poderia ser aplicada a outros direitos sociais.

Na seção 1, demonstra-se a ascensão da ideia de legalidade e das práticas jurídicas legalistas com perspectiva à criação do Estado burguês. Haverá foco nas razões e nos objetivos bem definidos pela burguesia para a criação de um Estado que atendesse a seus interesses. Essa análise política tem como objetivo romper o dogma de que a lei é a essência do direito, e não apenas um fenômeno situado historicamente. Qual seja, com a exposição das razões políticas que fundamentaram a criação do Estado, se alcançará o aspecto contingente do mesmo, enquanto passível de reformas quando da necessidade de avanço para modelos mais justos, igualitários, em suma, com melhores razões e objetivos. São expostos, assim, três problemas que fundamentaram a crise desse modelo político-legalista de Direito, o problema social, o problema técnico e o problema axiológico, e com isso, despontam os motivos da mudança.

A seção 2 demonstra o fenômeno da constitucionalização do direito como busca por reforma ao Estado liberal e, por conseguinte, por controle do poder político legislativo e por ofertas de garantias contra a legalidade. Dois novos problemas surgem: a efetivação da constituição e a adequação das leis à mesma. Essas questões, porém, não podem ser resolvidas com novas previsões em abstrato de direitos sociais. Outro meio para garanti-las se faz preciso. A seção 3 vem como solução aos dois novos problemas. Ela expõe como a atividade judicial pode consolidar a reforma iniciada pela constitucionalização dos direitos sociais ao ultrapassar empecilhos impostos contra sua efetivação e por entraves legislativos nos atos de regulamentação constitucional. Ao término, demonstrado estará o anacronismo de decisões meramente legalistas que negam provimentos em ações de medicamento com base em dogmas do Estado liberal oitocentista remanescentes como ideologia jurídica por parte de alguns juízes. Expostas estarão também as necessidades de decisões judiciais sérias que se perguntem sobre a função do Estado social e da atividade judiciária no contexto contemporâneo.

1 - ASCENSÃO DA LEGALIDADE NO ESTADO MODERNO BURGUEÊS E SEU DECLÍNIO FRENTE A TRÊS PROBLEMAS HISTÓRICOS.

Há algum tempo, desde meados do último século, as práticas que compõem o fenômeno jurídico estão mudando substancialmente. A produção bibliográfica, seja em sede de doutrina, ou nos campos mais profundos da filosofia e da teoria do Direito, participa desse processo em mecanismo de recíproca alimentação. Ela observa as práticas para explicá-las como são, mas também as oxigena ultrapassando os limites da descrição e inserindo na análise modelos propositivos de dever-ser. Por conseguinte, as práticas se remodelam em alguma proporção daquilo que for aceito como válido, conscientemente ou não, entre as análises prescritivas da bibliografia. Mas essa configuração do fenômeno jurídico, que será demonstrada em pormenores nas duas próximas seções, é apenas um fenômeno do Direito, existente especificamente na contemporaneidade jurídica, e ainda com dificuldades de consolidação e potencialização dos direitos supralegislativos que ela enseja.

O projeto jurídico da modernidade, diferentemente do modelo atual, foi um projeto apenas da lei. Representava a conformidade do direito à forma escrita, publicizada e regida por um órgão competente para criá-la em exclusividade, sem a concorrência com quaisquer outros atores sociais. Assim, a unicidade da fonte nomogenética desvinculava o direcionamento da lei do vínculo com a tradição dos costumes das sociedades. Ou seja, a



resolução jurídica dos problemas não buscava mais as respostas no poder estável dos costumes, aquilo que era assim e que não se sabe quando foi diferente de tão perdida de vista a origem do costume estava, se embrenhando na prática resolutiva dos problemas há gerações, sempre com o mesmo direcionamento.

No direito moderno, a lei retira o poder daquilo que é para depositá-lo naquilo que deve ser, a partir da vontade do poder político. As respostas aos casos jurídicos, portanto, ganham mais contingência tendo em vista o caráter individualizado da autoridade política (reis ou parlamentos), frente ao costume originariamente coletivo. Além disso, a permanência no tempo da lei não se prolonga como os costumes de uma sociedade sem mobilidade social. O poder normativo pode revogar legislações ou simplesmente impor novas regras em sentido contrário à primeira, fazendo a lei nova se sobressair à primeira. Já em um momento de consolidação desse modelo político do direito, em 1847, essa contingência da forma legal do direito, Julius Hermann von Kirchmann imortalizou-a com a expressão de efeito: "três penas do legislador transformam bibliotecas inteiras em lixo" (KIRCHMANN, 2015, p.33).

Kirchmann tinha em mente a diferença entre a atividade da doutrina do Direito no período medieval e no período moderno. Na idade média, como estudada por Paolo Grossi, a atividade jurídica se colmatava a partir da atividade interpretativa realizada dentro das universidades, que confrontava o *Corpus Iuris Civilis* com os costumes medievais. As orientações provenientes da *interpretatio* (GROSSI, 2014, p.279) conformavam as decisões judiciais de tal forma que, no início da idade moderna, toda e qualquer lei real, para alcançar respaldo jurídico, precisava se adequar à construção universitária. O rei detinha o poder político, mas não o jurídico. Essa era a configuração medieval do direito, em contrapartida à sobreposição da política ao direito, que ocorre na modernidade vivenciada por Kirchmann, a modernidade que não se importa com as glosas medievais escritas em longos tratados sobre a justiça, a modernidade que confere mais força a três penas do órgão político do que a bibliotecas inteiras sobre a justiça. O direito era doutrinário, e não legislativo.

O intuito de demonstrar a transformação fenomênica do direito ao longo dos séculos é romper dogmas modernos, mitos modernos (GROSSI, 2007). A configuração moderna do direito não é sua a ontologia, sua essência, o modelo contra o qual se blasfemaria em caso de qualquer modificação. Pelo contrário, foi um desenvolvimento histórico, conforme demonstrado na reconstrução histórica aqui realizada. Assim, hoje há nova evolução histórica com as práticas jurídicas contemporâneas. Por isso, quando propusermos, à frente, novas justificativas às decisões judiciais em matéria de direito à saúde, se suporá não cometer sacrilégios ao



dogma da lei. Se estará adentrando em problemas que extrapolam o limite legal, ultrapassam a petição de princípio da lei é lei, o positivismo ideológico (BOOBIO, 1995).

Para se compreenderem as práticas jurídicas atuais, assim como as modernas, o recurso ao dogma não vale. "O direito é a lei" nada explica e nada justifica. Sim, o direito foi a lei na modernidade e, em certa medida, continua sendo. Mas a razão não está em uma essência que identifica os dois conceitos, direito e lei. A evolução histórica do fenômeno jurídico traçada mostrou isso. A justificativa extrapola o direito e entra em razões filosóficas historicamente constituídas, observa problemas sociais, identifica erros técnicos, etc. Por isso, a melhor forma de compreender o projeto da lei é perquirindo as suas razões, que buscaram criar e formatar o mundo jurídico e político a partir de princípios e objetivos bem definidos. Ou seja, não se pode perder de vista a construção histórica do direito, mesmo que para defender a ideia de legalidade.

O projeto político-filosófico iluminista, que buscou justificar o Estado de Direito moderno, possuía objetivos delimitados. A conformidade entre justiça e direito da idade média não implicava, de modo algum, uma sociedade justa. Pelo contrário, a estratificação e os privilégios dos nobres e do clero condicionavam vidas austeras aos servos. A crítica à tradição era necessária. A lei, no contexto político, foi a solução dada pela crítica aos costumes ilegítimos, que não prolongam à universalidade das pessoas os seus benefícios. O nome da igualdade a partir da lei se eleva com Kant em um projeto de direito capaz de levar em conta todos os homens ao julgar o que deve ser em detrimento aos costumes que são. A ideia de vontade geral de Rousseau como poder legiferante legítimo elevou a ideia de democracia, da qual a lei deveria ser resultado; o controle do poder político, sintetizado por Locke, por sua vez, fez-se necessário quando do absolutismo moderno, sendo embebido ao projeto moderno.

Em suma, a lei não vale por ela própria. Tinha-se noção do caráter construtivo com base naquelas premissas - a sociedade e o direito criados -, e não dogmático, da lei como indiscutível. Fora fruto de contingências históricas e de ideias filosóficas maduras que sintetizavam os anseios elaborados na época: de controle político, de igualdade política e de controle pela legalidade. Essas ideias nasceram como revolucionárias para a época e foram justificadoras do Estado Moderno, fundado a partir das revoluções liberais, com a burguesia à frente, como classe revolucionária. A filosofia liberal oferecia justificativas para os interesses burgueses de maior circulação de mercadorias e melhores condições de desenvolvimento das atividades de sua classe, como menores tributos, etc. Pensando à frente, seria anacronismo afirmar que a filosofia iluminista justificou as crueldades do modo de produção capitalista,



evidentes somente nas futuras relações de trabalho do início do século XIX, pois elas não eram pensáveis na época dos iluministas. Pelo contrário, a burguesia estava em posição revolucionária, contra a nobreza parasitária. A revolução burguesa era a revolução possível naquele momento.

A legalidade, assim, enquanto fenômeno jurídico construiu-se historicamente sob elaboração iluminista, que se orientavam pelos interesses revolucionários da época, os interesses burgueses. Logo, as questões postas aos filósofos iluministas não eram questões sociais de um proletariado incipiente, eram os problemas de formação política do Estado. Os iluministas não pensaram os problemas sociais, pois não eram ainda a realidade. Alguns textos de filósofos iluministas, quando se propõem a entrar no plano concreto das leis, como a "metafísica dos costumes" de Kant, não podem ser interpretados com a ótica da sociedade contemporânea, em que a problemática social da sociedade capitalista já está bem vivenciada. Antes precisam ser levados à época revolucionária, em que o progresso estava no modelo burguês de Estado e de Direito.

Esse projeto racional, que formatou o Estado aos interesses burgueses, foi abortado quando da inovação da problemática social. A burguesia não possuía mais interesse na causa. É o tempo em que as condições sociais do proletariado ficam em estado deplorável. Enquanto isso, o direito é a lei. A lei é somente em tese vontade geral. Porém, as relações de promiscuidade entre o Estado e os interesses da classe de poder econômico dominante são notórios, enquanto o proletariado não possui inserção em quaisquer dos três poderes. Sua visão de mundo é marginalizada. Suas demandas sociais são inaudíveis. Não há regulamentação de direito social, matéria que lhe interessa. Em suma, a legalidade mostra sua face parcial no que se refere ao **problema social** presente no Estado liberal.

O problema social conferiu novas demandas ao direito, ou seja, à lei, que só disciplinava as relações civis e políticas. Esse problema social é a primeira postura de prescrição da doutrina em sentido amplo, compreendendo as ciências sociais e filosóficas, e das forças sociais organizadas, que o império da lei moderno passou a sentir. A lei, enquanto construção moderna, criação humana para os problemas jurídicos, vê-se questionada, assim como a filosofia que a subsidiava, com base naquele modelo de constitucionalismo Lockeano e na representação democrática. Também fora um abalo às ciências jurídicas menos refletidas, que na época, eram representadas, na França, pela escola jurídica da exegese, que deixava de lado a construção filosófica do legalismo para abraçar um positivismo ideológico da lei é lei.

O problema social implicava duas posturas, uma reformista e outra revolucionária. Se o direito moderno trouxe a hegemonia do poder político parlamentar sob a justiça costumeira, a visão jurídica da postura revolucionária marxista compreendia o poder político como majoritariamente dominado pelo poder econômico. Engels e Kautsky, em "socialismo jurídico", reconstroem a derrocada histórica da ordem jurídica medieval a partir dos interesses burgueses em controlar o poder político estatal de forma a lhes favorecer no controle da propriedade privada sobre os meios de produção. Marx, em "a ideologia alemã", ao expor o método materialista de compreensão das Ideais como reflexos da economia, permite conclusões de inevitabilidade de orientação classista do direito. Lênin, em "Imperialismo, fase superior do Capitalismo", concretiza a análise das relações entre a burguesia e os agentes estatais, demonstrando relações intersubjetivas entre capitalistas e políticos que rompem a prometida igualdade política pelos iluministas. Assim, a fenômeno jurídico da modernidade, para a postura revolucionária, necessariamente precisava ser superado para solução dos problemas sociais.

Por outro lado, o a sociologia jurídica evoluiu em sentido de conciliação entre os problemas sociais e a lei, a exemplo de Karl Ehrlich, o "pai da sociologia jurídica". Em conclusão, o problema social exigia reforma ou revolução da legalidade, enquanto fenômeno histórico do direito, agora em crise. Logo, a lei não poderia mais gozar de plenitude de poder político, o que iniciou novo processo de aproximação da lei às demandas populares. Novos atores sociais, como movimentos grevistas, sindicatos e outros agentes intermediários ganham força e, embora disciplinados pela lei, adquirem até poder normativo, como o caso do direito coletivo do trabalho (WOLKMER, 2001, cap.3). Mas, além disso, o discurso jurídico amplia o *locus* de debate e torna-se meio lugar comum que o direito deve atender às demandas sociais. Embora tenhamos ingentes dúvidas quanto ao caráter emancipador do direito burguês, continuaremos a trilhar exposição da linha reformista do direito neste artigo, tendo em vista a sua, até o memento, vitória discursiva e fática.

Além do problema social, a legalidade enfrentou **problema técnico** para as decisões judiciais. A teoria da tripartição dos poderes, postura política colateral à legalidade, implicava um certo modelo de raciocínio judicial baseado na lógica silogística. A lei corresponde à premissa maior; o caso concreto à menor, e a conclusão deve ser a dedução silogística. Essa situação, porém, beirava ao absurdo em casos cuja complexidade ultrapassava um pouco os limites legais. Uma lei proíbe a entrada de automóveis em um parque. Uma ambulância é um automóvel. Logo, não pode entrar para socorrer um enfermo com risco de morte. A teoria do direito, então, para evitar catástrofes formais em nome da lei, deu o primeiro passo rumo à sua



relativização no âmbito técnico com a inserção de ideias de espírito da lei, e, com Ihering, de finalidade das leis.

Assim, iniciaram-se pesquisas sobre os processos legislativos, que indicariam o porquê das leis. Porém, isso torna-se contraditório com o fenômeno legal do direito moderno, cujas razões no âmbito dos costumes não importam para o poder legiferante. Em pesquisas desse cunho, por exemplo, podemos encontrar respostas para uma lei no lobby político por parte de grandes empresas ou na pressão de partidos da base aliada para determinadas finalidades, o que não justificaria decisões judiciais. Determinado parlamentar pode votar a favor de certa lei de direito de família como objetivo de resguardar direitos sua de concubina e seus filhos bastardos, e não com qualquer finalidade social, ou algo parecido. Mais irrazoável do que as catástrofes em nome da lógica são as fundamentações com base no lobby. Um juiz, conhecendo os motivos espúrios de certo processo legislativo, não poderia justificar que decidia em determinada forma porque foi vontade das empresas financiadoras de campanha chantagear os parlamentares, o que fez a aprovação legislativa da lei. Ou seja, a perspectiva teórica de buscar as razões da lei em seu processo histórico de legislação é um processo questionável.

A tentativa contemporânea da teoria do direito e da teoria da decisão judicial está a retirar espaço da lógica jurídica e conceder predominância a aspectos extralegais, como ideias de razoabilidade perante um auditório, com Perelman, uso de lugares comuns, com Viehweg, ou análise política do direito, com Dworkin. O que essas propostas possuem em comum está em se voltarem para as ideias desenvolvidas em âmbito da sociedade enquanto as teorias da legalidade, da lógica e da finalidade se punham a buscar respostas de dentro do próprio direito e de seu processo nomogenético. Ou seja, por mais uma razão, além do problema social, a legalidade absoluta se vê questionada e se faz retorno a nova forma de justiça com base em alguma forma de tradição.

Mas um último problema que aqui abordaremos é o **problema axiológico**. O holocausto nazista fez a filosofia do direito repensar sua postura legalista. Caso a legalidade fosse única opção correta para se entender o direito, se estaria a agir fora dos parâmetros jurídicos ao se instituir o tribunal de Nuremberg, que julgou por crimes os oficiais nazistas que comandaram o genocídio aos judeus. O direito do terceiro reich não disciplinava como crime aquelas brutalidades, tampouco assinava tratado internacional naquele sentido. Logo, a legitimidade para o julgamento ultrapassou os ditames da legalidade. A filosofia do direito se atualizou. Gustav Radbruch é filósofo paradigmático, ex-legalista, desenvolve filosofia refutando posicionamento anterior após o Holocausto. Logo, o problema axiológico é outro fator

que leva a mais uma crise da legalidade. Poder-se-ia falar de poder de fato que instituiu o tribunal de Nuremberg. Discursos nesse sentido estão a utilizar como parâmetro ainda o da legalidade. Em visão axiológica, se o julgamento pelo genocídio causado pelas bombas nucleares não ocorreu, isso não implica ausência de crime, mas crime não punido.

Com esses três problemas conclui-se essa breve explanação sobre algumas crises que a legalidade vem enfrentando desde a sua instituição pelo Estado moderno burguês. Demonstrado está que a legalidade é fenômeno historicamente construído, que teve suas razões e justificativas válidas para aquela necessidade específica de emancipação frente ao feudalismo e aos Estados absolutos. Não obstante, enfrentou problemas sérios e, hoje, está sendo superado. Alguns práticas jurídicas atuais que desenvolvem-se além da legalidade saltam aos olhos. Elas podem ser classificadas em dois grupos: a) um que relativiza o critério da decisão judicial com base na lei; b) outro que relativiza o Estado como solucionador dos conflitos e, por conseguinte, exclui a lei do âmbito de análise.

Manifestamo-nos em nome da cautela contra os grandes entusiastas dos métodos alternativos ao Estado para solução de conflitos. De fato, o direito burguês possui poder limitado para a satisfação das demandas sociais frente aos anseios econômicos da burguesia. Em momentos de crise, como a por que passa o Brasil atual, acentuam-se as contradições ao o governo federal efetuar cortes públicos em direitos sociais, ao relativizar o direito do trabalho, com PPE e terceirização, e, em contrapartida, os lucros dos bancos baterem recordes e montadoras terem crescimento. Em suma, o direito burguês possui poder limitado para satisfazer as demandas sociais. Não obstante, como os próprios Engels e Kautsky aceitam, o sindicalismo e as movimentos socais conseguem, com base em lutas sociais, garantir alguma melhoria social, como, de fato, o movimento sindical conseguiu na segunda parte do século XIX. A luta social iguala e supera um pouco o peso da balança, que, naturalmente, tende para o lado contrário. Portanto, em alguma medida, a lei será respaldo desse direito conquistado à base da luta.

Retirar esse instrumento jurídico de respaldo dos direitos que é a lei, mesmo que efêmero, significa deixar o cidadão à mercê de toda crueldade do poder econômico. Por isso, as teorias pluralistas devem ter muita cautela para saber se não está a validar anarcocapitalismos neoliberais que desejam excluir o direito e o Estado sem excluir a exploração econômica. Hoje, tradições de mediação e arbitragem em direito público internacional e em direito comercial seguem linhas tênues à barbárie econômica, quando se propõem a eleger foros particulares que oferecem o "serviço da justiça". Tradições de direito alternativo, que se apresentem a validar os costumes de comunidades locais, como o estudo de Boaventura dos Santos Souza, realizando



quase um retono ao direito tradicional, podem ser bem-vindas quando da solução de conflitos cotidianos, entre vizinhos, sobre composição civil de dano entre pessoas físicas, sobre direito de família, sobre algum direito penal, etc. Não obstante, em assunto de direitos sociais, envolvendo partes de poderes distintos, é necessária cautela.

Uma vez provada a característica de mero fenômeno, e não de essência, da legalidade enquanto direito, as próximas seções demonstrarão caminho de efetivação de direitos dos cidadãos com base nas práticas que agrupamos na classe "a", como dito, as que relativizam o critério da decisão judicial com base na lei. Em primeiro lugar, demonstraremos o processo histórico de constitucionalização de direitos sociais como modelo reformador do Estado liberal que almejava impor limites ao processo legislativo-parlamentar e, por consequência, à legalidade. Na última seção, demonstraremos como o grupo de teorias jurídicas e teorias da decisão judicial que respondem ao que chamamos de problema técnico com base na crença popular razoável, a exemplo de Perelman, Viehweg e Dworkin, podem ser eficientes na consolidação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

2 - A SOLUÇÃO REFORMISTA AO PROBLEMA SOCIAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM 1988.

Neste momento, faz-se necessário perquirir o contexto histórico-jurídico do direito à saúde como um direito social e inquirir o porquê é indispensável a adoção de um modelo pós-legalista para que os direitos sociais à saúde se efetivem de uma forma plena. Conforme exposto, a ideia de direito enquanto estrita legalidade esbarrou nos três problemas expostos: o social, o técnico e o axiológico. Nesta seção, a análise histórica nos servirá para verificar, no Estado brasileiro, como a Constituição Federal de 1988 foi importante para garantir o direito à saúde enquanto tentativa de solução ao problema social ao constitucionalizar garantias contra o poder legislativo. Em reflexo às lutas de movimentos sociais organizados, o Estado brasileiro consolidou com a nova constituição formato mais social, a exemplo do fenômeno análogo da constituição mexicana de 1917 e da constituição alemã de 1919, que vieram com base na promessa de solucionar os problemas sociais daqueles Estados liberais, reformando-os em Estados sociais (HORTA, José L. B., 2011, p. 158).

O texto constitucional de Weimar, constituição alemã de 1919, se divide em duas partes. Além da primeira parte que, seguindo conceito clássico de constituição, tratou da estrutura administrativa do "Reich" e dos poderes estatais; a segunda dispôs "sobre os direitos

e as obrigações do povo alemão, dentre os quais os de natureza social, como, por exemplo, a educação, a saúde, a proteção à infância e à maternidade e a dignidade da relação trabalhista." (AUAD, 2008, 339). Da mesma forma, a Constituição Mexicana de 1917 previu os chamados direitos e garantias de segunda dimensão, que são os sociais. "Estes – apesar de constantes, em sua essencialidade, nos arts. 27 e 123 – não se concentram em um único Capítulo da Constituição, apresentando-se, ao contrário, dispersos ao longo de todo o texto da Carta Política." (PINHEIRO, 2006, p.101). Dentre os quais, estava no direito à saúde, (art. 4º, § 2º).

Essas duas constituições são textos históricos paradigmáticos ao se falar de reforma dos Estados liberais a partir da constitucionalização de direitos sociais. Com o Estado liberal não alcançando a promessa de igualdade na representação parlamentar que elabora as leis, tendo em vista a promiscuidade do poder político com a classe dominante economicamente, movimento reformador do Estado liberal encontrou na constituição forma de sobreposição de direitos e garantias contra a legalidade parlamentar. Fábio Konder Comparato focaliza o caráter reformador do Estado Social: "Os direitos humanos de proteção ao trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo,, só puderam prosperar a partir do momento em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores" (COMPARATO, 1999, p.42)

Antes da constituição brasileira de 1988, porém, as constituições brasileiras mantinham, predominantemente, o cunho liberal do constitucionalismo clássico. Competia-lhe não muita coisa além de organizar os poderes e as funções do Estado. A respeito de nosso tema em específico, o direito social à saúde, a Constituição brasileira de 1934 adotou o seguinte trecho: "medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade dos infantes; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis". Definitivamente, nada que implique a garantia à saúde. Já a Constituição brasileira de 1937 afirmava que competia privativamente à União legislar sobre normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente da criança. Outra vez, pendente ao constitucionalismo liberal, pois, se a União não legislasse sobre direito à saúde, nenhum dever estaria descumprindo. A Constituição brasileira de 1946 manteve a sistemática da Constituição brasileira de 1937, inovando apenas ao estabelecer que a saúde visava a melhoria da condição dos trabalhadores, incluindo a assistência médica preventiva. Decerto, a constituição de 1946, inspirada na constituição de Weimar, foi pioneira no Brasil ao inserir alguns poucos direitos sociais.



Na ditadura militar, foram apresentadas duas Constituições: a de 1967 e a de 1969. A primeira determinou que competia à União estabelecer planos nacionais de educação e saúde, mantendo como garantia dos trabalhadores a higiene e segurança do trabalho, bem como a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva; a segunda estabelecia que os municípios deveriam aplicar 6% do valor que lhes fosse creditado, decorrente do Fundo de Participação dos Municípios, em programas de saúde. Ambas entabularam que a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva eram direitos apenas dos trabalhadores formais e contribuintes. Além disso, as políticas públicas na área de saúde abarcavam apenas o tratamento da doença e não a promoção da saúde (RIBEIRO, W. C. e JULIO, R.S., 2010, p.449-451).

O modelo de constitucionalismo da Constituição Federal de 1988, enfim, avança perante o clássico liberal lockeano que guiou as constituições brasileiras anteriores. Alcançou-se, com quase um século de defasagem, a tentativa de um Estado social no Brasil. É a experiência vivida desde então, com a esperança de que o texto constitucional seja limite ao poder legislativo, que, aliás, com o neoliberalismo contemporâneo, alinha-se cada vez mais à burguesia. Inclusive, o ano de 2015 tem sido desesperador aos direitos sociais dos cidadãos, com a promulgação de leis inconstitucionais ou mesmo com reformas constitucionais contrárias aos interesses dos cidadãos. O plano reformador do constitucionalismo social se encontra ameaçado.

Em relação ao nosso objeto, a constituição de 1988 em vigência, tutela o bem jurídico da saúde, que está diametralmente relacionado a outros direitos fundamentais como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. O texto constitucional consagrou o acesso à saúde, colocando fim a um sistema discriminatório que garantia atendimento apenas a quem se encontrava registrado no mercado formal de trabalho, como previam as constituições militares. Desta forma, o direito social à saúde encontra-se disposto como direito social no artigo 6º e, de maneira mais minuciosa no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, não se trata de um plano de desígnios, mas afirmativa peremptória de proteção às pessoas, reconhecendo que possuem direito público subjetivo à saúde e que o Estado tem o comprometimento de garantir sua efetividade. Nesse seara, determina o artigo 196 da Constituição que "a saúde é direito de todos e dever do Estado". Eis a obrigação inexistente até então e que garante direitos dos cidadãos contra o poder legislativo! O artigo se completa com a afirmação de que esse direito é "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às

ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”. (MORAES, P. S. 2011 p.5-6)

Qual seja, a nova constituição extrapola os limites do constitucionalismo liberal, que apenas deixava à discricionariedade do poder legislativo e executivo a confecção ou não de leis em matéria de saúde e a implementação das políticas públicas para sua efetivação. Tampouco afirma a nova constituição apenas que devem ser feitos planos para a saúde, sem determinar, desde já conteúdo, metas e direitos. Pelo contrário, o modelo constitucional de 1988 determina previamente o caráter do Estado enquanto agente político capaz de dizer o que é o Direito. O direito não é a conformidade irrestrita à lei confeccionada dentro das competências previstas. A questão social implicou crise à essa concepção legalista de Estado. Por isso, o modelo de Estado constitucional brasileiro exige conformação do poder político legislativo às diretrizes sócio-constitucionais, que representam demandas sociais de justiça. O direito volta a ter vertente identificável com a justiça.

Tendo em vista a necessidade de adequação das leis ao conteúdo social da constituição, a produção legiferante modificou-se a partir de 1988. Antes dela, a produção legislativa se restringia a campanhas específicas sobre alguns temas, como vacinações. Como exceção está a lei nº 2.312, de 3/ 9/1954, que estabeleceu normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, principalmente, em seu “Art.1º – É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. Mas isso não era regra e a primeira lei a consolidar o direito à saúde no Brasil foi a Lei 8.080/90, que veio com o objetivo de regulamentar exaustivamente o direito à saúde estabelecido naqueles artigos citados da constituição de 1988.

A referida lei, conhecida como "Lei Orgânica da Saúde" dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), previsto no artigo 198 da Constituição Federal, dando-lhe a necessária implementação para funcionamento garantidor da proteção à saúde. De acordo a mesma, compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre a defesa da saúde e sua proteção, bem como sobre o meio ambiente. O dever genérico de proteção à saúde é do Estado, não assim abrangido apenas o Estado-membro da Federação, mas o Estado em todos os seus níveis, isto é, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cada um na medida de suas pertinências.

Dessa forma, tendo a constituição de 1988 como referência, a "Lei Orgânica da Saúde" introduziu um sistema amplo para garantir o direito social à saúde. Contudo, diversos são os problemas trazidos para discussão, na maioria das vezes, por procuradores estaduais e municipais e pelos advogados da União, como desculpas para a não efetivação da referida lei.



Um discurso recorrente trazido por esses defensores judiciais do Estado é o problema do orçamento público. Afirma-se que o Estado, em sentido lato, não possui recursos financeiros suficientes para garantir tratamento de saúde, gratuito e digno para a população. Ora, este discurso é o mais conveniente para justificar os péssimos tratamentos oriundos do sistema único de saúde. Contudo, a questão é simples. O Estado moderno, como já foi dito em passagem anterior deste estudo, não cumpriu as promessas de igualdade política para cada voto dos cidadãos, permanecendo a serviço dos ideais liberais burguesas. Desta forma, não é interessante investir em um direito social como a saúde pública e gratuita, pois esta não desperta muito interesse da classe burguesa. Muito pelo contrário, os burgueses, aqueles mesmos financiadores de campanhas dos parlamentares, estão ansiosos para que o SUS defina cada vez mais para que a população se veja forçada a contratar planos de saúde privados como forma obter tratamentos de saúde. Qual seja, com restrição orçamentária, o **problema social** permanece a nível de **efetivação administrativa** da constituição e da boa lei que lhe regulamenta.

O não cumprimento do direito social à saúde, previsto pela via da lei 8.080/90, é evidenciado quando os investimentos públicos em saúde são contingenciados em nome do pagamento de juros da dívida pública do país, que, no ano passado, chegou à cifra de 245 (duzentos e quarenta e cinco) bilhões de reais. Ora, é evidente que o orçamento público não consegue efetivar os ditames da lei 8.080/90, pois não se destina a verba necessária para esta finalidade. Desta forma, enquanto tivermos um Estado que almeja a todo custo a efetivação de interesses liberais e burgueses, não conseguiremos potencializar os direitos sociais e, por via de consequência, o direito à saúde.

No específico ao direito a remédios, o Brasil possui, outrossim, o Decreto nº 7.508/2011 que disciplina, entre outros temas, a seleção e a padronização de medicamentos indicados para o atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. A referida lei discrimina quais medicamentos serão custeados pelo Estado e entregues gratuitamente à população, tornando-se um balizador do que pode ser custeado ou não pelo Estado. Contudo, a tabelamento de medicamento, por meio desta legislação, nem sempre apresenta os fármacos específicos ou mais eficientes para o tratamento das doenças. Ela traz, apenas, os possíveis de financiamento público. Outra vez, esbarramos no problema do orçamento público destinado à saúde. Os interesses por trás do Estado não tem pretensão de injetar dinheiro na pasta da saúde, por via de consequência, não garante o direito à saúde. A análise contextual da lei de medicamentos mostra-nos que o **problema social** permanece também quando da **incompletude e/ou disparidade entre a constituição e a lei**.

Dessa forma conclui-se a análise do processo de superação do legalismo a partir da constitucionalização de garantias a direitos sociais contra o poder legislativo. Tal processo foi a aposta de posturas reformadoras do Estado liberal para enfrentar a "questão social", que afligia as classes marginalizadas pelo capitalismo. Os avanços são evidentes, mas sempre garantidos à base de luta política, a exemplo do sindicalismo. Mas dois novos problemas surgem como obstáculos aos direitos sociais: o problema da efetivação das garantias constitucionais a nível administrativo, por falta de recursos devido ao direito financeiro de característica burguesa; e o problema da insuficiência da regulamentação legal dos ditames constitucionais.

3 - AS DECISÕES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS CONSTITUCIONALMENTE.

A constitucionalização dos direitos sociais foi um fenômeno histórico em busca da superação dos problemas advindos do Estado liberal. Trata-se de estágio evolutivo à frente da formatação jurídica legalista, que, para alguns, erroneamente, corresponde à "essência" do direito, e não a uma manifestação fenomênica. Conforme nossa demonstração histórica expôs nas seções um e dois, a legalidade fora construída, criada por razões, objetivos e, principalmente, em nossa leitura materialista, por interesses concretos de uma classe. Isso não impede que o ser humano desenvolva estágios mais avançados de acordo com razões justas, igualitárias, e interesses gerais, como ocorrido no fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais.

Porém, como identificamos, dois novos problemas surgem. Em primeiro lugar, o direito financeiro burguês ameaça a efetivação dos direitos sociais com a falsa justificativa de restrição orçamentária. Em segundo lugar, em uma vertente nova daquele **problema técnico** que identificamos dentro do legalismo surge. Ele corresponde ao problema de como correlacionar leis jurídicas que, na regulamentação de direitos sociais constitucionais, não os efetivam por completo. São dois temas que exaurem as possibilidades de solução pela previsão constitucional em abstrato.

Entendemos que o poder judiciário, caso em consonância com o novo fenômeno jurídico inaugurado no Brasil desde a constituição de 1988, é o órgão estatal capaz de superar os entraves forjados contra os direitos sociais. Isso ocorre por tendências contemporâneas desenvolvidas por teorias da decisão judicial, filosofias pós-positivistas e análises em seara de jurisdição constitucional e neoconstitucionalismo, que bem avaliam o problema social e os fenômenos constitucionais do direito para se debruçarem seriamente em análises principiológicas e constitucionais. Não obstante, em caso da permanência do juiz no



dogmatismo oitocentista de que lei é lei, os direitos sociais não alcançarão sua potência, sendo cada vez mais minado por discursos de direito financeiro, principalmente, neste nefasto neoliberalismo.

Ao analisarmos decisões judiciais de concessão de medicamentos não tabelado pelo poder Judiciário, observa-se que há dois grupos de fundamentação de decisões judiciais: o legalista e o pós-positivista.

O grupo denominado de legalista, que ainda encontra-se no paradigma do estrito positivismo oitocentista, busca subsídio para fundamentar as decisões judiciais na legislação infraconstitucional. Neste sentido, observa-se que, para este grupo, a legislação constitucional possui um valor meramente programático. Há uma crença de que só pode-se efetivar o direito dos indivíduos se o legislador infraconstitucional assim disciplinar. Com isso, esbarramos no velho paradigma de que a lei infraconstitucional possui a total completude em disciplinar a solução para efetivação de todos os direitos dos indivíduos. Trata-se de manter hoje, em era de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, o mesmo fundamento de decisões jurídicas do século XIX.

Em análise do nosso problema de justificativas das decisões judiciais em ações de medicamentos, a ideia trazida pelo grupo legalista de que a lei infraconstitucional é fundamento último para concessão de tutelas judiciais pode ser, claramente, observada nas decisões que não concedem medicamentos por não estarem tabelados no quadro de distribuição do Sistema Único de Saúde. Desta forma, acredita-se que a legislação infraconstitucional é suficiente para resolver os problemas advindos dos pleitos judiciais.

Neste sentido, para melhor compreensão da distinção entre os legalistas e pós-positivistas, transcrevem-se partes de decisão proferida por um julgador em um processo de concessão de medicamentos não tabelados.

(...) Com efeito, a lista de medicamentos da RENAME é confeccionada mediante a prévia seleção dos medicamentos mais utilizados pela população, de acordo com as moléstias que a acomete com maior frequência, de modo que sua aquisição preordenada e sistematizada barateia seus custos.(...)

O fato de que a Relação Nacional, conforme assinalado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços. Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos. Visando maior veiculação, a RENAME deverá ser continuamente divulgada por diferentes meios, como a Internet, por exemplo, possibilitando, entre outros aspectos, a aquisição de medicamentos a preços menores, tanto por parte do consumidor em geral, quanto por parte dos gestores do

Sistema."(Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários, Roberto Wagner Lima Nogueira, in Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>, p. 10)

A meu modesto entender, interferir nesse mérito seria atribuir ao magistrado a função de gestor do orçamento público, o que significaria intolerável violação ao princípio da separação dos poderes.

(TJMG nº 1.0145.06.305213-1/001(1) Relator: MANUEL SARAMAGO, Relator do Acórdão: DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA; Data do Julgamento: 13/03/2008; Data da Publicação: 29/05/2008) (Grifos nossos)

O julgador, no contexto de concessão de medicamento não padronizado, consignou que a legislação que disciplina quais medicamentos podem ser oferecidos gratuitamente pelo poder público deve ser respeitada, caso contrário, o poder Judiciário estaria intervindo da maneira equivocada no poder legislativo e executivo. Ora, neste caso, o Judiciário absteve-se de procurar a efetivação do direito social à saúde, previsto constitucionalmente, em nome do estrito legalismo. Neste contexto, podemos caracterizar a referida decisão com argumentos que remontam uma decisão legalista, do direito liberal do século XIX.

Outro ponto relevante que deve ser analisado em decisões judiciais de medicamentos é a sua potencialidade e pretensão de solucionar o problema postulado pela parte. A decisão que possui um viés mais legalista não buscará solucionar o problema da parte. Ela pensa, somente, em julgar formalmente o processo, buscando vícios processuais e afastando a parte cada vez mais do objeto pretendido e, com isso, acaba não efetivando os direitos sociais.

Em contra partida, uma decisão de cunho pós-positivista buscará análise do problema pleiteado pela parte sem apego excessivo à legislação infraconstitucional. Para isso, ela utiliza fundamentação principiológica e embasamento constitucional. O que foi afirmado sobre as decisões pós-positivistas pode ser confirmado nas decisões colacionadas abaixo. Nesse processo, há sobreposição de direitos em relação às leis, efetivando garantias contra o poder legislativo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS OLANZAPINA (ZYPREXA), DULOXETINA (CYMBALTA) E DIVAPROATO DE SÓDIO (DEPAKOTE), A PESSOA ACOMETIDA DE TRANSTORNO BIPOLAR DO HUMOR (CID 10). INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM O DESACERTO DA DECISÃO AGRAVADA. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA QUANDO SE TRATA DE DIREITO FUNDAMENTAL SE PREENCHIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS. PROBABILIDADE DE DANOS IRREVERSÍVEIS À SAÚDE E À VIDA DO PACIENTE, CASO NÃO FAÇA USO DA MEDICAÇÃO. INTERESSE INDIVIDUAL E INDISPONÍVEL. ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUE NÃO CONHECIDA. FÁRMACOS PRESCRITOS POR PROFISSIONAL DA SAÚDE HABILITADO. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS DEVIDAMENTE COMPROVADA. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. DEVER DO MUNICÍPIO EM PROPORCIONAR O TRATAMENTO MÉDICO E IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS



FUNDAMENTAIS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS QUE LEGITIMAM A CONCESSÃO DA LIMINAR. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo Município de Fazenda Rio Grande contra a r.decisão reproduzida às fls. 84/85-TJ, exarada nos autos n.4953- 86.2011.8.16.0038 de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná em favor de Jefferson Araken Pires contra o Município Agravante, que deferiu o pedido de antecipação de tutela e determinou o fornecimento dos medicamentos Olanzapina (Zyprexa), Duloxetina (Cymbalta) e Divaproato de sódio (Depakote), conforme prescrição médica, sob pena de multa.(...)

Extrai-se dos autos que Jefferson Araken Pires é portador de Transtorno Bipolar do Humor (CID 10) e diante dos resultados insatisfatórios com a utilização dos antidepressivos disponibilizados pelo SUS, o médico que acompanha o caso prescreveu-lhe os fármacos Olanzapina (Zyprexa), Duloxetina (Cymbalta) e Divaproato de sódio (Depakote). Como não possuía condições financeiras de arcar com os custos do tratamento, solicitou o fornecimento dos medicamentos junto às secretarias de saúde do Município de Fazenda Rio Grande e do Estado do Paraná, porém, não obteve êxito. Perante a recusa, buscou auxílio junto ao Ministério Público que agindo em favor do enfermo, propôs ação civil pública contra o Município de Fazenda Rio Grande, pretendendo o fornecimento dos medicamentos essenciais ao paciente.(...)

Em que pese os argumentos expedidos pelo Agravante estes não se mostram aptos a infirmar os fundamentos da decisão recorrida.

(...)

Ao contrário do que pretende o Município de Fazenda Rio Grande, não se pode interpretar extensivamente o mencionado dispositivo porque a defesa de direitos fundamentais, dentro do critério da razoabilidade(...). Portanto, não se mostra desarrazoada a determinação legal face à urgência da medida pretendida.

Isso porque, o Ministério Público defende o interesse individual e indisponível do paciente, portador de Transtorno Bipolar do Humor, o qual exerce a função de guarda municipal e necessita do tratamento com os fármacos mais adequados ao seu estado clínico, sob pena de causar danos irreversíveis. Desta forma, é possível a concessão de medida liminar contra o Poder Público, pois o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela, no caso em tela, acarretaria lesão grave e de difícil reparação ao Interessado, podendo, inclusive, culminar na piora do seu estado de saúde já debilitado.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MEDIDA CAUTELAR. MEDICAMENTO ESPECÍFICO. RISCO DE MORTE. NÃO FORNECIMENTO PELO SUS. BLOQUEIO DE VALORES NECESSÁRIOS À AQUISIÇÃO. NÃO-APLICAÇÃO AO CASO DO ARTIGO 1º, § 3º, DA LEI 8.437/92. MEDIDA CAUTELAR PROCEDENTE.

(...) 2. Comprovado documentalmente nos autos que não obstante a determinação judicial, o requerido não forneceu os medicamentos determinados em laudo médico e encontrando-se a requerente, desde agosto de 2005, sem receber o tratamento e em sério risco de morte, sem obter do Estado sequer a insulina comum deve ser confirmada liminar que determinou o bloqueio de valores para tal fim.

(...) 4. **Ainda que o artigo 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 vede a concessão de liminar contra atos do poder público no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, há que se considerar que, tratando-se de aquisição de medicamento indispensável à sobrevivência da parte, impõe-se que seja assegurado o direito à vida da requerente.**

5. Medida cautelar julgada procedente.

(MC 11.120/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 08/06/2006, p. 119). (grifo nosso). **Assim, o impedimento previsto no artigo 1º, § 3º da Lei n.º 8.437/92 é inaplicável à hipótese dos autos, sendo possível a antecipação da tutela se preenchidas as exigências legais.(...)** Como já exposto, o Interessado sofre de Transtorno Bipolar do Humor, sendo que necessita fazer uso dos medicamentos Olanzapina (Zyprexa), Duloxetina (Cymbalta) e Divaproato de sódio

(Depakote), de acordo com a dosagem e quantidade consignada no relatório médico (fl. 27), constituindo tal medicação como alternativa mais eficaz para o tratamento da patologia, conforme se extrai do relatório médico (fl. 28):

"(...) esta doença quando não tratada, pode levar a conseqüências graves, como: cronifica, bem como aumenta o risco de morte (acidente, suicídio, comportamento de risco como brigas, direção perigosa, etc), de doenças sexualmente transmissíveis, de gastos excessivos, etc. (...) O paciente quando do uso do medicamento Olanzapina (Zyprexa) e Duloxetina (Cymbalta) e Divaproato de sódio (Depakote), através de amostra grátis, obteve remissão completa dos sintomas sem apresentar efeitos colaterais. Sendo, portanto, esta a última alternativa de tratamento para o paciente. (...) A duração do tratamento é permanente, visto se tratar de uma doença grave, crônica, cíclica e vitalícia, ou seja, não tem cura, têm controle em períodos que não estão ativos os sintomas da doença."

(...)

Assim, ao deixar de fornecer os fármacos prescritos por profissional habilitado para o tratamento da moléstia que acomete o paciente, o ente municipal desviou-se do seu dever constitucional de prestar assistência a saúde do enfermo nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

Por sua vez, os artigos 197 e 198 da Constituição Federal, também dispõem acerca da participação de todos os entes da federação nos cuidados à saúde da população.

(...)

Então, não prospera as alegações do Agravante de que os órgãos municipais estão obrigados a disponibilizar somente os fármacos constantes da RENAME e que cabe a União e aos Estados a responsabilidade no fornecimento dos medicamentos de alto custo.

Vale destacar que a saúde é um direito fundamental e não pode ficar subordinada às condições e regras que objetivem alterar a legitimidade dos entes políticos em atender um direito constitucionalmente assegurado.

Da mesma maneira devem ser repelidas as argumentações de impossibilidade na disponibilização do medicamento pela administração pública mediante apresentação de receituário médico particular, pois não há como negar a competência do profissional de saúde que assistiu o paciente, o qual é devidamente habilitado para realizar o diagnóstico da enfermidade e atestar a eficácia dos medicamentos prescritos.

Diante da responsabilidade do ente municipal em propiciar o tratamento adequado ao paciente, com o fornecimento da medicação prescrita pelo médico habilitado e que demonstra não possuir condições financeiras de arcar com seu custo, as alegadas dificuldades de ordem orçamentárias não podem servir de obstáculo para garantir o acesso à saúde e à vida do enfermo.

(...). **"À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. (...)"** (STJ AGRESP 200601317493 (855787 RS) 1ª T. Rel. Min.

Luiz Fux DJU 27.11.2006). **Em relação ao valor da multa fixada pelo magistrado de primeira instância, na importância de R\$ 300,00, a quantia se encontra dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, voltando-se à proteção do direito fundamental à saúde e à vida do Interessado, com fim exclusivo de compelir o Agravante a realizar a prestação devida, no termos do artigo 461, § 5, do CPC.** Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Município de Fazenda Rio Grande, mantendo-se hígida a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Acordam os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julgar à unanimidade de votos em conhecer e desprover o recurso de Agravo de Instrumento, nos termos do voto da Relatora. **(TJPR – Relator: Maria Aparecida Blanco de Limal – nº 840671-7 - 4ª Câmara Cível- Comarca: Fazenda Rio Grande, Data do Julgamento: 07/08/2012. Data da Publicação: DJ: 926 14/08/2012).**(Grifos nossos)



Observa-se que o viés principiológico e o constitucional são utilizados em prol de oferecer à parte a solução para o problema trazido ao Judiciário. Neste caso, o princípio da dignidade humana implica a concessão de medicamentos não padronizados e, por via de consequência, consagra o direito social à saúde. Na decisão colacionada posteriormente, observa-se que o problema da necessidade do medicamento é enfrentado em raciocínio amplo, diferentemente do modelo legalista, empregando, outrossim, os valores constitucionais e principiológicos do direito contemporâneo.

AGRAVO DO § 1º DO ART. 557 DO CPC - CONSTITUCIONAL - DIREITO À VIDA E À SAÚDE (ARTS. 196 DA CF E 153 DA CE)- FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO NÃO PADRONIZADO - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DA AUTORA - DEVER DO ESTADO. (...) **O agravante, pertinente à alegação de que o medicamento (Viagra) é experimental para o tratamento da hipertensão pulmonar severa, conforme constou da decisão agravada, em momento algum "apresentou documentos técnicos comprovando a ineficácia do medicamento em relação à doença da apelada, preocupando-se somente em alegar sobre a ineficiência do remédio para o presente caso", (...). É incontroverso que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (arts. 6º e 196, da CF/88 e 153, da CE/89), que passou a ter efetividade com o advento da Lei n. 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde - SUS.**

Não obstante, se a autora buscou o Poder Judiciário para obter a tutela jurisdicional no sentido de obrigar o Estado de Santa Catarina a fornecer os medicamentos de que necessita, é evidente que as políticas sociais e econômicas e o acesso universal e igualitário à saúde ainda não foram implementados pelo Estado, não obstante a sua obrigação de fazê-lo, dado que a população, como se sabe, não dispõe de assistência médico-hospitalar na forma determinada pela Carta Magna.

Logo, "é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves" (STJ - REsp nº. 507.205/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJU de 17/11/2003).

4. Sustenta o agravante que a Carta Magna impõe obediência aos princípios da universalidade do atendimento, da eficiência na administração pública (o que afastaria tratamentos experimentais ou de eficácia não comprovada ou inadequados para o quadro clínico do paciente), da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como anteriormente frisado, o agravante não "apresentou documentos técnicos comprovando a ineficácia do medicamento em relação à doença da apelada, preocupando-se somente em alegar sobre a ineficiência do remédio para o presente caso", fazendo com que sua alegação caia por terra, mormente frente à prova produzida pela autora que demonstrou a eficácia e a necessidade do medicamento no combate à sua enfermidade (fl. 23/24).

É exatamente em virtude da obediência aos princípios da universalidade do atendimento, da eficiência na administração pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, que "o Poder Público tem obrigação de zelar pela melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, pela concretização da igualdade social e pela proteção, de forma ampla e irrestrita, do bem jurídico máximo inserido na Lex Mater (vida)" (AI n. , de São José, Rel. Des. Rui Fortes, julgado em 23/11/2004).

5. O fato de o medicamento não estar disponível ou regulamentado pelo

Sistema Único de Saúde, ou de não ser padronizado, não serve de empecilho para que o Estado cumpra sua obrigação de fornecer o remédio prescrito à autora, porquanto o direito à vida prevalece sobre entraves de natureza burocrática/regulamentos e até mesmo financeiros.

Esta Corte tem orientado: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO - OBRIGATORIEDADE - CF, ARTS. 195 E 196 - CE, ARTS. 153 E 154 - LEI N. 8.080/90.

"O Sistema Único de Saúde, por imperativo legal, deve incluir no seu campo de atuação a execução de ações direcionadas à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Lei n. 8.080/90, art. 6º, inc. I, alínea d).

"O medicamento, ainda que não padronizado, uma vez demonstrada a necessidade do paciente, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado, entendendo-se este em todos os seus níveis - federal, estadual e municipal" (AI n., de São José, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 22/03/2005).

"(...)

"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida"(31.1.97, in DJU 13.2.97, Min. Celso de Melo negando, na espécie, o pedido de suspensão de medida liminar)" (MS n. 04.031825-3, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgado em 09/03/2005).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. III -DECISÃO: Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Volnei Carlin e Cesar Abreu. Florianópolis, 30 de junho de 2005. (TJ-SC - AC 30084 SC 2005.003008-4/0001.00. Data de publicação: 30/06/2005) (Grifos nossos)

Essa decisão acima, ao contrário da legalista, demonstra um caso de atuação séria do poder judiciário em reafirmar aquele propósito reformador do Estado liberal a partir da constitucionalização dos direitos sociais. Embora previsto em constituição, às vezes, as leis regulamentadoras desvirtuam-se do caminho dos direitos sociais, ou, por argumentos de direito financeiro neoliberal, sua execução é dificultada. Diante desse quadro de empecilhos ao projeto reformador do Estado, a atividade judicial não pode se restringir ao anacronismo oitocentista do legalismo, deve ter postura que permita a ultrapassagem desses problemas.

Desta forma, há deslocamento das questões políticas e de efetivação de direitos sociais para o poder judiciário, que se torna efetivador dos direitos sociais nos tempos atuais e dentro daquele projeto que se iniciou com o Estado social. Se desde as últimas décadas do século XIX, houve tentativa de combate aos processos extremamente formais onde o papel do julgador era reduzido a uma figura meramente espectadora; típica do Estado liberal, hoje, o juiz possui função de garantidor das promessas e de engenheiro social. Contudo, o juiz que persistir em linha engessada e legalista, com fundamento irrefletido, dogmático da lei é lei, em teorias de divisão dos poderes que não se adéquam ao Estado social, não efetiva os direitos sociais e, por via de consequência, o direito à saúde, tendo em vista a contaminação neoliberal



do legislativo e do executivo que ele convalidará por sua estrita legalidade, como o corre na primeira jurisprudência trazida.

Embora sem tempo para aprofundar aqui o pensamento dos teóricos pós-positivistas e neo-constitucionalistas, iremos expor algumas análises básicas que Ronald Dworkin realiza nos livros "Levando os direitos a sério" e "Uma questão de princípios" sobre a atividade judicial de nosso tempo. A análise histórica que fizemos para questionar o dogma da lei como essência do direito, Dworkin a faz a nível teórico ao afirmar que não há nenhuma tese de filosofia política que implique a naturalização dessa tese, à maneira de deixar a solução dos casos adstritas a uma pesquisa sobre qual regra jurídica foi trazida ao direito pela regra de reconhecimento. Ele mostra isso também com exposição de problemas técnicos de se identificar essa regra de reconhecimento única, como quando a constituição assume dois princípios que, no caso concreto, determinam deveres contraditórios ao aplicador.

A constituição consagra o princípio da legalidade, que impõe a aplicação das regras jurídicas. Por outro lado, não há porque afirmar sem dogmatismos que os princípios de direito social, por exemplo, devem se adequar aos princípios conservadores, como o da legalidade, tendo em vista estarem ao mesmo nível constitucional. A resposta, portanto, expõe Dworkin, não pode ser dada em análise meramente jurídica. Ingressa-se, necessariamente, em termos político-jurídicos. E é essa a construção que aqui fizemos, em termos histórico-político, para justificar provimentos em ações de medicamentos mesmo quando a legislação não os tabela. A argumentação envolve leitura política daquela forma de Estado temos e que queremos construir. Mesmo que fosse para negar os medicamentos, que se faz preciso em alguns casos, não se pode simplesmente afirmar a legalidade, tendo em vista que essa não garante a si mesma frente aos princípios de direito social. Antes, dever-se-ia observar o caso concreto e demonstrar como ele, dentro de nossa tradição estatal, estaria a ofender graves princípios em caso de provimento judicial.

CONCLUSÃO:

Este trabalho se propôs a analisar o que seriam justificativas corretas na seara das ações de medicamentos no fenômeno jurídico contemporâneo, que constitucionalizou direitos sociais, não permitindo a permanência liberal do Estado, que ocasionava total afastamento dos interesses do cidadão frente às decisões políticas do legislativo. Esse formato político de Estado alcançou apogeu em meados dos oitocentos, tendo a legalidade como instrumento. O projeto filosófico iluminista prometia a superação das tradições ilegítimas a partir da composição democrática e



representativa do direito. Cada cidadão teria a mesma fração de poder político a partir do voto parlamentar. Esse projeto, porém, fora abandonado pela burguesia, que estabeleceu relações íntimas com o poder político, moldando-o a seu interesse.

A situação socioeconômica do proletariado atingiu níveis de exploração degradantes. A lei, somente em tese representante de todos os cidadãos, não lhes atendia aos interesses. A constitucionalização de direitos sociais, inaugurada com a constituição mexicana de 1917 e com a constituição alemã de Weimar, em 1919, almejou solucionar "questão social" a partir do controle do legislativo, impondo-lhes limites e proporcionando garantias aos cidadãos. Essa foi a escolha reformista, em contraposição à revolucionária. O direito, enquanto fenômeno situado historicamente, evolui, ultrapassando a configuração liberal. Nada obstante, esbarra em dois novos obstáculos: a efetivação dos direitos sociais devido à dominação econômica da burguesia, que está à frente do direito financeiro neoliberal, o que implica problemas orçamentários na realização dos direitos sociais; e o novo problema técnico de adequação entre o direito social regulado infraconstitucionalmente e a constituição. Ambos problemas, se não enfrentados vigorosamente, reduzem os direitos constitucionais a meras regras programáticas, que, tendo em vista o caráter burguês do Estado, nunca serão alcançadas. Pró-atividade se faz necessária para contrabalancear os pêndulo da balança que, por inércia, tende para o lado dos interesses burgueses.

Afirmamos, por fim, inclusive demonstrando padrões de decisões judiciais em ações judiciais de pedidos de medicamentos, que o poder judiciário, caso alinhado com as funções contemporâneas do direito, contribui para efetivar os direitos sociais, processo iniciado com a constitucionalização, mas que não pode ser completado apenas com as previsões em abstrato dos direitos. Exige-se aplicação séria por parte do judiciário. Nesse ponto, foi trazido um teórico do direito que esteve a pensar sobre a conflituosidade entre leis e constituição na contemporaneidade. Leis não valem em si mesmas, pois o princípio que lhe garante, o da legalidade ou da segurança jurídica, está a um mesmo nível constitucional do que outros que podem entrar em conflito com aquele. Assim, a resposta ultrapassa os limites jurídicos. Entra-se na seara político-constitucional e cultural. Qual direito temos e queremos ter? São perguntas sérias a que todo juiz precisa responder sem meramente se apegar à legalidade, pois, essa, como dito, não garante a si mesma. Até mesmo para negar medicamentos, o que pode ser necessário em alguns casos, não se pode apegar apenas à legalidade, mas analisar bem os prós e os contras em face da função social do Estado contemporâneo.



A argumentação histórica possibilitou argumentar pelo rompimento do dogma do direito enquanto puramente lei, que atribui à forma legislativa do direito a sua essência, e não um fenômeno histórico. Esse modelo observado por Kirchmann reduziu totalmente o direito à vontade política, e, por conseguinte, à dominação econômica da burguesia. As formas jurídicas posteriores ao Estado liberal estão a afastar-se, em alguma medida, dessa forma política do direito. Com a constitucionalização dos direitos sociais, as demandas dos cidadãos entraram no direito. O problema da justiça retorna. Hoje, fenômeno posterior ao da constitucionalização, o direito se judicializa para alcançar àquelas demandas por justiça. As exigências desse momento aos juízes são patentes no caso das ações de medicamentos não tabelados.

BIBLIOGRAFIA

AUAD, Denise. os direitos sociais na Constituição de weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337-355 jan./dez. 2008

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **Socialismo jurídico**. 2ª ed. trad. Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Boitempo, 2012

GROSSI, Paolo. **A ordem Jurídica Medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HORTA, José Luiz Borge. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

KIRCHMANN, Julies Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia: el carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho**. Trad. Werner Goldschmidt. Madrid: Instituto pacífico, 2015



LÊNIN, Vladimir Ilitch. **Imperialismo: etapa superior do capitalismo**. Campinas: Unicamp, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1989

MORAES, P. S. Direito à saúde: o problema da eficácia das normas constitucionais e exigibilidade judicial dos direitos sociais. **Caderno Virtual**, v.1 n° 24, p. 5-6, 2011.

PERELMAN. Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN. Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2° ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917 **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006, 01/2006

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. México: Fundo de Cultura Económica, 1951

RIBEIRO W. C. ; JULIO, R..S. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 3 - p. 447-460, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

STOTZ, E. N. **Caderno de monitoramento epidemiológico e ambiental**. Rio de Janeiro, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. - Barcelona: Gedisa, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: editora Alfa Omega, 2001.