



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

**ATIVISMO JUDICIAL EM ALAGOAS: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

**Maceió, Alagoas
2013**

MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

**ATIVISMO JUDICIAL EM ALAGOAS: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Adrualdo de Lima Catão

**Maceió, Alagoas
2013**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos

R672a Rocha, Márcio Oliveira.
 Ativismo judicial em Alagoas: atuação do poder judiciário na interpretação
 do direito social à saúde / Márcio Oliveira Rocha. – 2013.
 148 f.

Orientador: Adrualdo de Lima Catão.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito. Maceió, 2013.

Bibliografia: f. 123-127.
Anexos: f. 128-148.

1. Pragmatismo. 2. Ativismo judicial. 3. Direito à saúde. 4. Tribunal de
Justiça do Estado de Alagoas. I. Título.

CDU: 342.72/.73:614



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



MÁRCIO OLIVEIRA ROCHA

“ATIVISMO JUDICIAL EM ALAGOAS: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ADRUALDO DE LIMA CATÃO

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (UFAL)

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: [Assinatura]

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (UFPB)

Julgamento: APROVADO (8,5) Assinatura: [Assinatura]

Maceió, 10 de maio de 2013.

[Assinatura]
Sara Regina A. França
Secretária de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1346708

Agradecimentos

A Deus, pelo dom da vida, por me ter concedido tantas bênçãos ao longo dessa jornada e que, ao sorrir, iluminou a escuridão em que me encontrava, dando-me a graça de conhecer a minha paixão, a mulher, a companheira e a cúmplice da vida inteira, Samara Luz.

Aos meus pais Maria do Carmo e Aguinaldo Rocha, e a minha mãe de crisma Maria Florismar Menezes Torres, que tanto me ajudaram e incentivaram a lutar e crescer na vida, no que espero estar correspondendo.

A Dom Magnus Henrique Lopes, meu amigo, companheiro de todas as horas e diretor espiritual, por todos os incentivos e ensinamentos de vida que, como Francisco de Assis, fez-me observar que a vida se fundamenta nas pequenas coisas.

Ao Prof. Ms. Antônio Castro do Amaral, por todo apoio e incentivo em seguir a árdua, porém gratificante, carreira acadêmica. Obrigado, amigo.

Aos companheiros de estudo, amigos e compadres, Rafael Feitosa e Zilckson Júnior, por todo o apoio profissional e pessoal.

A Thomé Bomfim, por sua intensidade como amigo, que ao estilo de Charles Chaplin insiste em brincar de dizer verdades em que não acreditamos, mas que, falando muitas vezes como um palhaço, jamais duvidou da sinceridade da plateia que sorria.

A Ryldson Martins, amigo e companheiro das desgastantes viagens para as aulas na UFPE, que engradeceram muito o meu conhecimento jurídico.

Ao Prof. Dr. Aduardo de Lima Catão que, com sua maestria ao conduzir esta pesquisa, deu-me a oportunidade de desfrutar do seu companheirismo e de seus conhecimentos filosófico-jurídicos e, principalmente, acadêmicos.

A todos que compõem o mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas, em especial a Sara Albuquerque, secretária do mestrado, que desenvolve seu mister com tanta dedicação e amabilidade, e aos professores do programa que, com a cátedra que lhes é peculiar, prestam um benefício sublime à academia jurídica alagoana e brasileira, formando profissionais aptos a se dedicarem à vida acadêmica.

Por fim, eterna gratidão aos Desembargadores Antonio Sapucaia da Silva e Estácio Luiz Gama de Lima, que me concederam o privilégio de compartilhar de seus conhecimentos jurídicos e profissionais no exercício de suas assessorias jurídicas, e aos amigos pessoais e de trabalho na pessoa de Leonardo Jorge de Lima Caldas, que com competência e placidez soube conduzir as minhas ausências no gabinete, sem as quais não teria chegado até aqui. Muito obrigado, amigo.

Disputas obstinadas em filosofia são mantidas pela própria vida, que se apresenta sob diversos aspectos. [...] Minha palavra definitiva é que a coisa em que você deve apostar seu dinheiro não deveria ser uma doutrina, mas um método. Pois um método vital corrigirá a si próprio e uma doutrina, não. Doutrinas são cristais, métodos são fermentos.

Charles Sanders Peirce

(Carta a Francis C. Russell, de 17 de agosto de 1892. Harvard.)

Resumo

Esta pesquisa tem como escopo desenvolver uma investigação sobre a atuação jurisdicional denominada pela doutrina constitucional de ativismo judicial. Possui como objeto específico de exame a atuação do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em sede de 2º grau, nos casos concretos que envolvem a interpretação e a aplicação do direito à saúde. Empreende, também, uma análise em que contrapõe a doutrina constitucional, no que diz respeito à tão mencionada atuação ativista do Judiciário, analisando a *ratio decidendi* dos acórdãos oriundos dos recursos de Apelação Cível, à realidade prática do referido Órgão pesquisado. Verifica quais as possíveis consequências práticas e teóricas dos resultados obtidos com o estudo. O período desta pesquisa está compreendido entre junho e novembro de 2011. Por fim, adota como método e teoria o pragmatismo concebido por Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Nathan Cardozo e Richard A. Posner.

Palavras-Chave: Pragmatismo. Ativismo Judicial. Direito Social à Saúde.

Abstract

This research points towards to foster a reconnaissance on the jurisdictional activity nominated judicial activism by constitutional scholars. Its specific objective is to assess the role of the State Judicial Court of Alagoas, as a court of appeal (for second instance judgments), in concrete state of affairs concerning the elucidation and appliance of the fundamental right for health. It is also endeavored a scrutiny in which are contraposed constitutional references as regards to the so-called judicial activism, analyzing the rationale for the decisions adopted in civil appeals, and the pragmatic corporeality of the referred researched court. As a conclusion, the possible practical and theoretical consequences of the obtained results from this study are put to the assay. The research was undertaken in the period June to November, 2011. The adopted methodology and theory carried on through the study was the pragmatism as conceived by Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Nathan Cardozo and Richard A. Posner.

Keywords: Pragmatism. Judicial Activism. Social right to health.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 PRAGMATISMO COMO MÉTODO DE ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	
1.1 A teoria e o método pragmático na investigação do problema.....	14
1.2 Perspectiva filosófico-pragmática do ativismo judicial na interpretação do direito social à saúde.....	22
1.2.1 Ponderação pragmática quanto ao ativismo judicial.....	30
1.2.2 O magistrado pragmatista na observação do problema.....	32
1.2.3 Primeira verificação pragmática da pesquisa.....	41
1.3 Política pública de saúde e direito fundamental à saúde, uma perspectiva pragmática.....	43
1.3.1 Ponderação pragmática quanto à política pública.....	49
1.3.2 Segunda verificação pragmática da pesquisa.....	52
2 PERSPECTIVAS DA DOCTRINA CONSTITUCIONAL QUE EXTERIORIZAM O ATIVISMO JUDICIAL NA <i>RATIO DECIDENDI</i> DAS DECISÕES PESQUISADAS	
2.1 Ativismo judicial como aspecto do neoconstitucionalismo.....	54
2.1.1 Fundamentos históricos, filosóficos e teóricos da perspectiva neoconstitucionalista.....	56
2.1.2 O caráter multifuncional dos direitos fundamentais e a ponderação dos princípios e das regras como aspectos do ativismo judicial.....	67
2.2 Terceira verificação pragmática da pesquisa.....	77
2.3 Principais argumentos ativistas encontrados na <i>ratio decidendi</i> dos acórdãos pesquisados.....	79
2.3.1 Responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde.....	79
2.3.2 “Releitura” ou abolição da Separação dos Poderes?.....	86
2.3.3 Fornecimento de medicamentos fora da lista <i>versus</i> reserva do possível.....	91
2.4 Quarta verificação pragmática da pesquisa.....	99

3 ANÁLISE DAS VERIFICAÇÕES PRAGMÁTICAS DA PESQUISA E POSSÍVEIS HORIZONTES TEÓRICOS E PRÁTICOS PARA O FUTURO QUE A DOCTRINA CONSTITUCIONAL TERÁ DE ENFRENTAR	
3.1 Concretização do direito fundamental à saúde. Há uma limitação?.....	103
3.2 Inviabilidade na Gestão de Política Pública de Saúde.....	109
3.3 Parceria Poder Judiciário e Poder Executivo.....	113
Conclusão.....	119
Referências.....	123
Anexo – A.....	128
Anexo – B.....	134
Anexo – C.....	142

Introdução

Esta pesquisa pretende realizar uma análise da atuação jurisdicional denominada pela doutrina constitucional de ativismo judicial, nos casos que envolvem a apreciação, interpretação e concretização do direito fundamental social à saúde por parte do Poder Judiciário de Alagoas, em face das políticas públicas de saúde promovidas e desenvolvidas pelo Poder Executivo.

Assim, pretende-se associar a compreensão consolidada por esta atuação às compreensões da filosofia pragmática, como forma de ponderar questões quanto ao exercício da jurisdição contemporânea na interpretação do direito à saúde, tendo por base o contexto dos ideais neoconstitucionalistas noticiados pela doutrina constitucional.

Nessa perspectiva, realizar-se-á um exame no sentido de contrapor os argumentos da doutrina constitucional à realidade prática do referido Órgão Jurisdicional pesquisado, analisando a *ratio decidendi* – razão de decidir – dos acórdãos oriundos dos recursos de Apelação Cível, verificando se há uma correlação entre os conceitos jurídicos promulgados pela doutrina constitucional consultada e a forma de construção das decisões judiciais pesquisadas.

Nesse ponto, este trabalho se diferencia das demais pesquisas sobre o assunto, pois ao contrapor os argumentos da doutrina constitucional com o que de fato o Tribunal de Justiça de Alagoas vem decidindo na interpretação do direito à saúde, buscar-se-á mostrar como as teorias constitucionais estão sendo utilizadas nos casos concretos relacionados ao direito à saúde e, caso se encontre alguma imprecisão da prática com a teoria, como a pesquisa irá demonstrar, tenha este estudo a possibilidade de complementar a doutrina constitucional ou mesmo de provocar uma nova perspectiva para o tema.

Como forma de aclarar a problemática apresentada, cumpre instituir as diretrizes básicas da filosofia pragmática como método de investigação dos argumentos da doutrina constitucional quanto à interpretação do direito fundamental social à saúde e à atuação ativista do Poder Judiciário, realizando uma análise da possibilidade de concretização e controle de políticas públicas de saúde preexistentes.

Para isso, far-se-á um exame da gênese desse tipo de atuação, aplicação e efetividade do direito à saúde na resolução de conflitos econômico-sociais. Tudo com o

escopo de aperfeiçoar as possíveis imprecisões e consequências práticas e teóricas dos resultados obtidos com o presente estudo.

Este assunto deriva da pretensão de se buscar um contexto dotado de relevância tanto para o mundo acadêmico quanto e, principalmente, para o meio social. Porém, não com o enfoque que normalmente se verifica nos trabalhos apresentados quanto ao tema, no sentido de que o ambiente social atualmente é simplesmente marcado pelo excesso de intervenção política do Poder Judiciário no âmbito dos demais Poderes, mas sob uma perspectiva mais pragmática, ou seja, como e de que maneira o Poder Judiciário vem interpretando, na prática, os casos que envolvem o direito à saúde e quais as possíveis consequências teóricas e práticas deste tipo de atuação.

Desta forma, é possível entrever a relevância e a polêmica sobre o tema em questão, tendo em vista que se trata da ingerência do Poder Judiciário na concretização e controle de políticas públicas sociais, ou mais precisamente, dos direitos fundamentais sociais originariamente previstos na Constituição Federal, em contraponto à suposta discricionariedade de sua implementação e concretização pelos demais Poderes constituídos.

Por ser uma questão que envolve a aplicação direta dos direitos fundamentais sociais, verificar-se-á que a não fixação ou não correspondência prática dos critérios estabelecidos pela doutrina constitucional no âmbito do controle das políticas públicas realizadas pelo Poder Judiciário, seja no caso corriqueiro de fornecimento de medicamentos listados pelo Ministério da Saúde, ou em outros casos mais polêmicos, como fornecer passagens aéreas para os indivíduos realizarem tratamentos médicos em outros Estados, poderá ocasionar algumas antinomias à dogmática constitucional, à ordem jurídica constitucional e, principalmente, à harmonia dos Poderes.

Assim, mostrar uma proposta segura e amoldada à teoria, para o possível controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, revela-se medida que se busca com a utilização da teoria e metodologia pragmática, a qual, ao se verificar certos antagonismos práticos criados no ordenamento constitucional, tem por finalidade aperfeiçoar a construção das decisões judiciais, com a possibilidade de orientar a interpretação e aplicação do direito à saúde pelos magistrados.

Desta forma, com o intento de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, o estudo se desenvolverá mediante a coleta de dados doutrinários e jurisprudenciais acerca do problema versado. Assim, a pesquisa será efetivada de forma descritiva, prescritiva, qualitativa e quantitativa, compreendendo a metodologia um exame

bibliográfico, com o emprego de livros, acórdãos, decisões judiciais e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, bem como de dados técnicos do Tribunal de Justiça de Alagoas, da Secretaria de Saúde de Alagoas e do Ministério da Saúde, disponibilizados por meio eletrônico.

Nesse contexto, no primeiro capítulo, avaliar-se-á o pragmatismo jurídico como teoria e método de análise do ativismo judicial na interpretação do direito à saúde, com a possível concretização de políticas públicas de saúde por parte do Poder Judiciário, analisando-se os julgados objeto da pesquisa.

Desta forma, far-se-á uma ponderação pragmática sobre a atuação ativista do Judiciário, observando-se como um magistrado pragmatista deve conduzir o problema apresentado, estabelecendo-se a primeira verificação pragmática da pesquisa. Outrossim, realizar-se-á uma análise da compreensão de política pública de saúde e de direito fundamental à saúde sob a perspectiva do pragmatismo, fixando-se suas distinções teóricas e práticas. Esta análise consiste na segunda verificação pragmática da pesquisa.

No segundo capítulo, aprofundar-se-ão as perspectivas da doutrina constitucional que exteriorizam uma possível atuação ativista do Poder Judiciário, com a análise da *ratio decidendi* – razão de decidir – dos acórdãos objeto da pesquisa, bem como será apreciado o ativismo judicial enquanto aspecto do neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, far-se-á uma análise dos fundamentos históricos, filosóficos e teóricos da perspectiva neoconstitucionalista, do caráter multifuncional dos direitos fundamentais e da ponderação dos princípios e das regras como perspectivas da atuação ativista judicial, apresentando-se a terceira verificação pragmática da pesquisa.

Destarte, verificar-se-á quais os principais argumentos ativistas encontrados na *ratio decidendi* dos acórdãos pesquisados, desde a responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde ao fornecimento de medicamentos fora das listas do Ministério da Saúde, em contraponto à reserva do possível, instituindo-se assim a quarta verificação pragmática da pesquisa.

Por fim, no terceiro capítulo, serão analisadas todas as verificações pragmáticas desenvolvidas nesta pesquisa e os possíveis horizontes teóricos e práticos que a doutrina constitucional terá de enfrentar. Dentre esses nortes, destacam-se: a possibilidade de limitação de atuação jurisdicional na concretização do direito à saúde; a inviabilidade da gestão executiva das políticas públicas de saúde preexistentes ou novas, diante do gasto provocado com as decisões judiciais; e as parcerias instituídas entre o Poder Judiciário e o Executivo

para conter o gasto e o crescimento das demandas relacionadas ao direito fundamental à saúde.

Assim sendo, por todo o apresentado, pretende-se chegar aos objetivos deste estudo, a saber, o de ponderar um possível método de aperfeiçoamento da doutrina constitucional diante dos casos práticos e estabelecer uma forma de orientação para os magistrados na apreciação do direito nos casos relacionados à interpretação e à aplicação do direito social à saúde.

1 PRAGMATISMO COMO MÉTODO DE ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

1.1 A teoria e o método pragmático na investigação do problema

Primeiramente, ressalta-se que este estudo não tem a pretensão de esgotar a filosofia pragmática jurídica, se é que isso seria possível, uma vez que este movimento epistemológico-filosófico se encontra, desde o século XIX,¹ em ativa ampliação e discussão, sobretudo entre os doutrinadores norte-americanos.

Ademais, esta pretensão jamais seria o propósito de um pragmatista, pois este “valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação”,² de sorte que não se vislumbra no pragmatismo a ideia de pesquisadores descobridores de “verdades” categóricas e inquestionáveis.

Assim, pretende-se desenvolver a filosofia pragmática como método, sob a perspectiva de conduzir experimentalmente a proposta da pesquisa, a qual tem como objeto de investigação o ativismo judicial nas demandas que versam sobre direito à saúde.

Nesse contexto, contrapõem-se à doutrina constitucional³ que trata da matéria os casos concretos pesquisados no Poder Judiciário do Estado de Alagoas, para verificar se, verdadeiramente, existe uma correlação entre os conceitos jurídicos doutrinários e a realidade prática dos fóruns, bem como quais as possíveis consequências pragmáticas desta análise.

De acordo com parte dos atuais estudos constitucionais sobre o tema,⁴ o ativismo judicial não se mostra uma atuação judicial amoldada ao ordenamento jurídico, pois no ato de construção do direito, sem que haja a presença de um texto normativo prévio ou mesmo dentro das lacunas destes textos e do próprio ordenamento, os “juízes e juristas percebem a

¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar claras nossas ideias**. Trad. António Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em 16.8.11.

² POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.

³ Compreende-se aqui como doutrina constitucional boa parte das obras relacionadas ao assunto e indicadas na bibliografia desta pesquisa, sopesando autores renomados, nacionais e estrangeiros. Dentre eles, citam-se: Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Rodolfo de Camargo Mancuso, Maria Paula Dallari Bucci, Eduardo Cambi, João Maurício Adeodato, Paulo Bonavides, Andreas J. Krell, Robert Alexy, Konrad Hesse, Miguel Carbonel, J. J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade.

⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

existência de restrições difíceis de definir e que, por mais impalpáveis que sejam, cerceiam e circunscrevem sua ação”,⁵ caso em que deveriam realizar um juízo de “autocontenção judicial” – ou *judicial restraint*,⁶ para os norte-americanos.

Desta forma, se os magistrados rompem essa tênue barreira entre preencher as lacunas do ordenamento e concretizar efetivamente políticas sociais – no caso em estudo, o direito à saúde –, ultrapassando seus limites jurisdicionais, esta se mostraria uma atuação ativista e contrária aos “ideais de justiça”, se é que estes ideais ainda existem atualmente em sua concepção clássica.

Utiliza-se a expressão limites jurisdicionais no tocante à atuação do Poder Judiciário no ato de dizer o direito nos casos concretos, sem que se aprofundar quanto à compreensão clássica ou atual de jurisdição, uma vez que a jurisdição vive hodiernamente uma disfunção conceitual no direito processual civil, de sorte que não somente os juízes investidos na jurisdição dizem o direito ou resolvem os conflitos de interesse nos casos concretos, mas também o árbitro investido na denominada Justiça Arbitral, inclusive proferindo um ato – sentença arbitral – que tem força de título executivo judicial.⁷

Ou seja, a sentença arbitral se equipara à própria sentença judicial, o que resulta numa celeuma nas compreensões jurídicas anteriormente postas pela doutrina. Pois, a princípio, um ato proferido fora da jurisdição só se transformaria em ato judicial – título executivo judicial – se homologado ou chancelado pelo Poder Judiciário, porém, no presente caso, quem o transforma em ato judicial é o texto legal, em detrimento de quem exerce efetivamente a jurisdição – art. 475-N, IV, do CPC.⁸

De outro lado, os teóricos adeptos da atuação ativista e intervencionista do Judiciário argumentam que em face da mudança de paradigma da hermenêutica constitucional, perspectiva trazida com o movimento do neoconstitucionalismo, rechaça-se a possibilidade de certos limites jurisdicionais, propondo inclusive uma “nova leitura”⁹ do princípio da separação dos poderes, dos ideais de democracia participativa e de questões

⁵ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

⁶ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 78.

⁸ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral;

⁹ SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de S. Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados *apud* KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

orçamentárias – reserva do possível –, o que implica uma ampliação, quase que ilimitada, da intervenção jurisdicional nos demais poderes.

Desse modo, emprega-se o método do pragmatismo como forma de confrontar essa atuação formalista da doutrina constitucional com a realidade prática dos fóruns – no presente caso, com a realidade do Judiciário alagoano, em sede de segundo grau, nos casos relacionados à interpretação e aplicação do direito à saúde.

A expressão “formalista” é empregada aqui por conta da necessidade premente da doutrina constitucional, e das doutrinas de um modo geral, de buscar uma essência jurídica para todos os fenômenos humanos e sociais, preocupação esta não compactuada com os ideais do pragmatismo, pois a inquietação do pragmatismo é com a utilidade prática dos argumentos como forma de solução dos problemas individuais, sociais e coletivos.

Assim, na tentativa de sempre justificar determinados acontecimentos jurídicos, se é que o são essencialmente jurídicos, com conceituações aparentemente lógicas, investiga-se com este estudo se a doutrina constitucional acaba por não refletir estas formas e molduras na apreciação de casos concretos pelo Judiciário, perfazendo um discurso meramente abstrato, sem observar as consequências práticas e úteis para a sociedade.

Nesse contexto, no campo do conhecimento, como forma de responder a determinadas inquietações, anseios concretos sociais e filosófico-jurídicos, destacam-se as seguintes indagações: como os magistrados fundamentam seus julgamentos e exteriorizam direitos a partir de casos concretos? Há ou não limites à atuação dos magistrados? Como as conceituações ditas, essencialmente, jurídico-formais refletem na interpretação dos casos práticos relacionados com o direito social à saúde? Que diferença concreta e observável isso traz para a sociedade?

Em face de perquirições como essas, o pragmatismo surge aos poucos como um movimento filosófico que se preocupa com o *pragma*, ou seja, com a ação, tudo em contraponto a uma filosofia meramente contemplativa, com um fim em si mesmo, pois esta permanece somente no campo da abstração ou no da pura especulação.

Portanto, a filosofia pragmática se mostra “ativa e constitui o instrumento de modificação ou de correção do mundo natural ou humano”,¹⁰ preocupando-se com a análise das consequências práticas e úteis oriundas das indagações filosóficas em abstrato.

Destarte, pode-se vislumbrar o pragmatismo como um método de ensinamento filosófico segundo o qual as suas discussões se exteriorizam como instrumentos

¹⁰ ABBGNATO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 449.

experimentais de ação, as quais se legitimam e encontram utilidade caso possam produzir efeitos pragmáticos – práticos.

O interesse do pragmatismo centra-se no que funciona e é útil, não se preocupando, como dito anteriormente, com a própria essência do objeto ou do que se pesquisa. Desta forma, “olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”.¹¹

Assim, no campo do direito, revelam-se de pouca utilidade as conceituações formais doutrinárias, se na prática os magistrados, ao apreciarem os casos concretos, desconsideram tais compreensões, construindo um direito com consequência prática diversa das molduras estabelecidas pela dogmática e, muitas vezes, até efetivamente contrárias, as quais acabam por gerar compreensões distintas dos mesmos fenômenos jurídicos.

Nesse aspecto, a teoria do pragmatismo que interessa como fundamento para este estudo é a empírica, preocupada com os fatos, devendo o pesquisador pragmático “estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação”.¹² Porém, guardando um moderado ceticismo, em relação aos realistas jurídicos, diante de afirmações sobre “verdades” definitivas sobre qualquer questão.

Desta forma, com estas ideias gnosiológicas, “o pragmatismo surgiu nos primeiros anos da década de 1870, quando um pequeno grupo de rapazes de Cambridge, Massachusetts, se encontrava regularmente para conversar sobre filosofia”.¹³ Neste grupo se reuniam nomes conhecidos e estudados atualmente, como William James, Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Jr.

Assim, o pragmatismo ganhou força como movimento em 1878,¹⁴ com o artigo de Charles Sanders Peirce intitulado *Como tornar claras as nossas idéias*. Nele se menciona: “estaremos completamente salvaguardados desde que tenhamos presente que a função global do pensamento consiste em produzir hábitos de ação”.¹⁵

¹¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4.

¹² POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

¹³ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 16.

¹⁴ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 13.

¹⁵ PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar claras nossas idéias**. Trad. António Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em 16.8.11, p. 11.

Percebe-se nesta obra que Peirce não tinha intenção de instituir uma filosofia pragmática, mas tão só uma preocupação com a obscuridade e a imprecisão dos textos clássicos filosóficos. Daí ressaltar que as “nossas ideias se apresentavam obscuras ao entendimento, logo era preciso traduzi-las em fatos empíricos para que se tornassem claras”.¹⁶

No entanto, estudos sobre o assunto apontam que o pragmatismo filosófico se deve aos pensamentos e discussões do grupo que se intitulava, ironicamente, “O Clube Metafísico”, de William James, Charles Peirce e John Dewey, o qual tinha como objetivo “mostrar que os numerosos termos filosóficos não tinham significado e que certos problemas filosóficos centrais eram causados por falta de clareza terminológica”.¹⁷

Registre-se, por oportuno, que o pragmatismo não descarta ou abomina as “verdades” que não podem ser comprovadas ou experimentadas em concreto, pois o pragmatista, ao mesmo tempo que se manifesta contra as “verdades” do “senso comum”, que Posner denomina de “quadros de referência”,¹⁸ intenta manter o debate sempre vivo e aberto a novas experimentações e investigações, sem descartar por completo o que se entende como “senso comum”.

Assim, “o quadro de referências no qual certas proposições são tidas como senso comum pode mudar, por vezes rapidamente, como ocorreu nas últimas décadas com certas visões acerca das preferências e capacidade das mulheres”¹⁹ e, em outros casos, pode perdurar um pouco mais.

Posner ainda destaca que

o pragmatista valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação. Ademais, vê o cientista não como o descobridor das verdades definitivas sobre o universo (verdades que, uma vez descobertas pelos especialistas, deveriam ser impostas ao resto de nós), mas como um identificador de erros que busca reduzir o conjunto das incertezas humanas ao criar hipóteses invalidáveis e confrontá-las com os dados.²⁰

¹⁶ FREITAS, Lorena de Melo. **Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura.** Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/cognitio_estudos/cognitio_estudos.htm>. Acesso em 10.8.11.

¹⁷ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo.** Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 22.

¹⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

¹⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 6.

²⁰ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.

Além do aspecto puramente filosófico dos ideais do pragmatismo, pode-se extrair uma vertente jurídica desses pensamentos, daí falar-se em pragmatismo jurídico. No entanto, por conta de sua heterogeneidade de pensadores, não há uma “classificação” cartesiana dos segmentos ou desdobramentos do pragmatismo. Por vezes, para não cair em imprecisões, os estudiosos sobre o assunto acabam por aplicar de forma ampla o termo pragmatismo jurídico, enquadrando-o como precursor das teorias do direito norte-americano da jurisprudência sociológica e do realismo jurídico.²¹

Nesse sentido, em que pese a Holmes não ter expressamente se rotulado como adepto de alguma vertente ou movimento, estudos apontam que as vertentes dos ideais do pragmatismo – pragmatismo jurídico, jurisprudência sociológica e realismo jurídico – adotam-no como seu fundador, fato este que acaba por enfraquecer um pouco os argumentos de suas fundações.²²

Esta pesquisa toma por base os ideais filosóficos do pragmatismo e adota como vertente de pensamento o pragmatismo jurídico, o qual possui como concepção o abandono da “ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios; bem como uma determinação de usar o direito como instrumento para fins sociais”.²³

Assim, prefere-se o termo pragmatismo jurídico para não cair em imprecisões semânticas, pois, ao nosso entender, este segmento, em linhas gerais, identifica-se tanto com a preocupação dos realistas jurídicos, quanto da jurisprudência sociológica.

O realismo jurídico possui um ceticismo quanto aos reais motivos das decisões jurídicas e se preocupa “em pôr à prova os dogmas legais que ‘camuflavam’ uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas, e os comportamentos que eram de fato adotados pelos juízes”.²⁴ Já a jurisprudência sociológica preocupa-se menos com a vinculação dos magistrados aos textos normativos e aos precedentes, e mais em possibilitar aos juízes “novas formas – ampliadas – de se trabalhar com essas mesmas normas e

²¹ HALIS, Denis de Castro. Teoria do direito e “fabricação de decisões”: a contribuição de Benjamin N. Cardozo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição, n.º 6 (jul./dez.2005). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), p. 360.

²² HALIS, Denis de Castro. **Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juízes?** O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais. Lisboa: Editorial Juruá, 2010, p. 30-39.

²³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 428.

²⁴ HALIS, Denis de Castro. Teoria do direito e “fabricação de decisões”: a contribuição de Benjamin N. Cardozo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição, n.º 6 (jul./dez.2005). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), p. 364.

precedentes judiciais”,²⁵ advoga uma atuação judicial na busca de uma responsabilidade social, que Cardozo descreve como a procura dos “fins sociais autênticos”.²⁶

Desta forma, o pragmatismo jurídico adota um posicionamento filosófico que tanto põe à prova as “verdades” da teoria jurídica, como analisa a atuação judicial e as consequências prático-sociais das decisões judiciais. Por esse motivo, também pode ser identificado como uma antiteoria e, nesse aspecto, não se revela contraditório ou irracional, como defende Dworkin²⁷ – um dos principais oponentes dos ideais do pragmatismo –, pois em determinados casos haveria possibilidades e “razões pragmáticas pelas quais seria bom que os juízes se considerassem moralmente obrigados a seguir a jurisprudência, em vez de livres para fazer um julgamento pragmático toda vez que se vissem diante da questão de segui-la ou não”.²⁸

Ou, no presente caso – *Civil Law* –, haveria possibilidades e razões pragmáticas pelas quais seria melhor que o magistrado seguisse o texto legal e aplicasse somente a subsunção para a resolução do caso objeto da lide, em vez que utilizar a ponderação, seja de princípios ou regras, como defende Humberto Ávila.²⁹

Nessa linha, Oliver Holmes³⁰ afirma que em face do interesse público de livre concorrência, um homem tem a liberdade de criar um negócio que ele sabe que vai arruinar a sua vizinhança, evidenciando que tais julgamentos de relativa importância podem variar em diferentes épocas e lugares, ao passo que mesmo representando um “senso comum” podem vir a ser questionados e modificados futuramente.

Por esse motivo Holmes refere-se à construção do direito como “as profecias do que de fato farão os tribunais”,³¹ o que na prática se verifica com os julgamentos dos Órgãos Colegiados do Poder Judiciário brasileiro, dentre eles o Tribunal de Justiça de Alagoas, que integra o objeto desta pesquisa. Contudo, a assertiva de Holmes não significa que os

²⁵ HALIS, Denis de Castro. Teoria do direito e “fabricação de decisões”: a contribuição de Benjamin N. Cardozo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição, n.º 6 (jul./dez.2005). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), p. 363.

²⁶ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁰ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010, p. 145.

³¹ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

magistrados podem fazer tudo, empregando um juízo de exercício de construção do direito de maneira ilimitada e sem critérios definidos, mas sim observar a possibilidade que os magistrados têm de construir o direito para a solução dos casos em concreto.

Assim sendo, arremata-se que o pragmatismo jurídico, primeiramente, preocupa-se com a coerência e a clareza das indagações filosóficas em abstrato ante os fenômenos empíricos exteriorizados na vida real, destacando-se, em geral, por observar o objeto a ser estudado de forma empírica, experimental, cética e como instrumento de constante construção. E, depois, com as consequências efetivas dos testes realizados, tem como finalidade corrigir equívocos e aperfeiçoar o máximo possível a teoria jurídica, mantendo sempre aceso o discurso jurídico.

Nesse contexto, utiliza-se a teoria e o método pragmático com escopo de realizar uma investigação nos casos relacionados ao direito à saúde, ocorridos nos seis meses compreendidos entre 1.6.2011 e 21.11.2011. Consta-se que foram recebidas, pelas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Alagoas, 596 Apelações Cíveis tratando sobre direitos subjetivos fundamentais à saúde, das quais 118 recursos foram julgados e analisados por esta pesquisa. Estes já se encontram com baixa às varas de origem.³²

Esta pesquisa foi desenvolvida com os seguintes parâmetros: a) análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Alagoas em sede de segundo grau – 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Cíveis –; b) análise dos acórdãos oriundos dos recursos de Apelação Cível; c) análise dos acórdãos com trânsito em julgado; d) análise dos acórdãos sobre a interpretação do direito social à saúde; e) análise dos motivos jurídicos de decidir – *ratio decidendi* – dos acórdãos e decisões para a interpretação e aplicação do direito social à saúde; e f) verificação da atuação judicial na perspectiva apresentada pela pesquisa, com a constatação das possíveis consequências práticas e teóricas desenvolvidas no decorrer do estudo.

A base dos parâmetros acima apontada foi fixada com fundamento nos critérios de consulta do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ. Primeiramente, quanto à matéria judicializada que, no presente caso, perfaz os serviços de saúde, tratamento médico-hospitalar e o fornecimento de medicamentos. E, por fim, tendo em conta a categoria recursal pesquisada que, conforme delimitado, apresenta-se no recurso de Apelação Cível, com decisões transitadas em julgado.

³² Consulta realizada em 21.11.2011 às 15h10min, pelo Sistema de Automação do Judiciário Segundo Grau – SAJSG.

1.2 Perspectiva filosófico-pragmática do ativismo judicial na interpretação do direito social à saúde

Conforme debatido acima, a proposta do pragmatismo, em linhas gerais, perfilha a ideia de comungar as especulações abstratas gnosiológicas com as questões que ensejam consequências práticas, sem as quais seriam inúteis as discussões filosóficas cognitivas.

Assim, o pragmatista compartilha do ceticismo do positivista lógico “em relação a proposições que não possam ser testadas pela observação, proposições que vão das máximas do senso comum às alegações metafísicas e teológicas”.³³ No entanto, não descarta totalmente as proposições que não possam ser comprovadas empiricamente.

Contudo, embora possua afinidades, o pragmatismo não é positivismo lógico, pois para este “todas as proposições cabem em uma destas três categorias: tautológicas, empiricamente verificáveis ou sem sentido”. Já para os pragmatistas, “esta é uma epistemologia simplista demais, pois não deixa espaço para as proposições tautológicas que não podem ser verificadas”.³⁴

Destaque-se que, após a Segunda Guerra Mundial, o pragmatismo filosófico e o realismo jurídico, o qual integra uma vertente daquele, enfraqueceram-se bastante ao ponto de se falar até na “morte” do pragmatismo, mais ainda com o surgimento do positivismo lógico e “pela escola processual, que alcança seu apogeu em 1958, com *The Legal Process* – o processo legal –, de Hart e Sacks”. Depois, com o esmorecimento das ideias do positivismo lógico, o pragmatismo ressurgiu com Richard Rorty.³⁵

Acompanhando esse ressurgimento do pragmatismo, ocorre o movimento dos estudos jurídicos críticos ou estudos críticos do direito – *Critical Legal Studies* (CLS) –, o qual adota uma versão mais radical da vertente do realismo jurídico, ao criticar “a ideia instituída de que o Direito é alheio à política e que os juristas mais não são do que meros fiéis

³³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9.

³⁴ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 9.

³⁵ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 411.

aplicadores da decisão correcta – a decisão que seria correcta de *per se*, a solução neutral, que não implicaria uma escolha ideológica por parte do jurista”.³⁶

Atualmente fala-se em uma nova versão do pragmatismo, denominada neopragmatismo. No entanto, não se percebe nada de diferente entre o suposto novo pragmatismo e o pragmatismo clássico ou antigo, uma vez que ambos se apresentam “como uma rejeição cada vez mais enfática dos dualismos do Iluminismo, tais como: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade, forma e substância”.³⁷

No entanto, os pragmatistas não se consideram inimigos por completo do Iluminismo, já que “a importância do pragmatismo em relação ao Iluminismo está em desmascarar e desafiar os vestígios platônicos, tradicionalistas e teológicos do pensamento iluminista”.³⁸

Pregadores desse pensamento filosófico, os magistrados da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr.³⁹ e Benjamin Nathan Cardozo,⁴⁰ em seus escritos *The Path of the Law* – O caminho do direito – e *The Nature of the Judicial Process* – A Natureza do Processo Judicial –, respectivamente, contribuíram para a filosofia pragmática sob um enfoque jurídico. Ponderam de que maneira os magistrados se comportam ou poderiam se comportar nos casos levados aos Órgãos do Judiciário, bem como de que forma os magistrados fundamentam e constroem suas decisões jurídicas.

Nesse aspecto, ressalte-se que as proposições filosófico-jurídicas desses dois juízes norte-americanos associam-se ao objeto desta pesquisa, pois ao trabalharem a atuação dos magistrados, aprofundam-se nas questões quanto à criação do direito, perspectiva em que, na discussão do ativismo judicial oriundo das demandas relacionadas à interpretação e aplicação do direito à saúde, o que pragmaticamente consiste numa criação do direito pelos magistrados, reforçam a finalidade do estudo de experimentar a doutrina constitucional contemporânea na prática.

³⁶ MARTINHO, Helena Gaspar. **Indeterminação do Direito e Activismo Judicial**. In: Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas. Prólogo de Manuel Atienza. Coimbra: Almedina, 2011, p. 58.

³⁷ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 411.

³⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 417.

³⁹ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

⁴⁰ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Nesse sentido, não há tanta discordância de que os magistrados ao analisarem um caso concreto criam o direito para as partes envolvidas, principalmente nos casos difíceis – *hard cases*, para os norte-americanos –, muito embora renomados doutrinadores⁴¹ repudiem totalmente tal afirmação, argumentando que não haveria possibilidade de “juízes legisladores”, mas sim de magistrados que no exercício do seu mister verificam tão só a ocorrência ou não da “incidência automática” da regra jurídica aos casos concretos.

Em réplica a essa compreensão, adota-se o pensamento de Benjamin Cardozo, em uma visão pragmática, no sentido de que os magistrados possuem um âmbito de atuação que se alinhava em um ponto comum com a atuação dos legisladores. “Com efeito, cada qual está legislando dentro dos limites de sua competência. Não há dúvida de que os limites para o juiz são mais estreitos. Ele legisla apenas entre as lacunas. Ele preenche as brechas da lei”.⁴²

Refletindo o pensamento de Holmes, Richard Posner acrescenta que, “na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras, ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos”.⁴³

Ressalte-se, ainda, que não se pretende com tais conseqüências defender uma possível tese de insegurança jurídica com a possibilidade de implementação de uma “juristocracia” ou “ditadura do Judiciário”,⁴⁴ como normalmente se faz quando se fala em ativismo judicial em sede de concretização do direito social à saúde.

Busca-se apenas analisar pragmaticamente a posição de que os magistrados, ao resolverem os conflitos de interesses nos casos concretos, principalmente nos casos difíceis – *hard cases* –, envolvendo a solidificação de direitos fundamentais, possuem um “poder-dever” de estabelecer o direito das partes envolvidas ou de interessados, seja aplicando, modificando ou criando propriamente as normas jurídicas para os casos concretos.

Diz-se “poder-dever” em face de o Poder Judiciário possuir como mister a função de resolver os conflitos de interesses nos casos concretos – poder jurisdicional –, bem como a obrigatoriedade de decidir – dever jurisdicional –, de proferir um provimento de mérito da questão levada ao seu conhecimento, devido à aplicação da proibição do *non liquet*, pois “a

⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 36.

⁴² CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

⁴³ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

⁴⁴ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

proibição justiniana de qualquer comentário sobre o produto de seus codificadores só é lembrada por sua futilidade”,⁴⁵ ou seja, não perdura por um tempo a figura do juiz como um simples *bouche de la loi* – boca da lei.

Assim, toma-se como fundamento o pensamento filosófico pragmático, o qual expressa a ideia de que as especulações abstratas do conhecimento devem se voltar à ação, ensejando por sua vez consequências práticas, sem as quais seriam inúteis as discussões cognitivas filosóficas. Constata-se pragmaticamente que os magistrados criam as normas jurídicas nos casos concretos e, conseqüentemente, criam o direito para as partes envolvidas.

De sorte que, em determinadas questões, “a norma da Constituição ou da lei escrita é clara, e então as dificuldades desaparecem. Ainda quando estão presentes, carecem às vezes daquele elemento de mistério que acompanha a energia criativa”⁴⁶ dos juristas. Mesmo no sistema *Civil Law*, como, em princípio, “seria” o caso do sistema jurídico brasileiro, no qual “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”.⁴⁷

Diz-se “seria”, tendo em vista o atual desempenho dos magistrados que, na maioria das vezes, adotam como fundamento primário – fonte primária – em suas decisões os precedentes dos Tribunais Superiores, em vez dos textos normativos, como prescreve o sistema *Civil Law*.

Afirma-se isso tendo como base os acórdãos pesquisados, os quais, a título de comprovação da assertiva acima apresentada, demonstram que os julgadores tomam como *ratio decidendi* de suas decisões os precedentes dos Tribunais Superiores. Confira-se:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PACIENTE NECESSITANDO DE CADEIRA DE RODAS. HIPOSSUFICIÊNCIA. DEVER DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ EM FORNECER GRATUITAMENTE. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA IN CASU. DECISÃO DE 1º GRAU EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003313-7 – Acórdão n.º

⁴⁵ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

⁴⁶ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

⁴⁷ DAVID, René. Trad. Hermínio A. Carvalho. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 150.

1.1143/2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 24.8.11) (grifos aditados)⁴⁸

EMENTA: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. À UNANIMIDADE. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003417-7 – Acórdão n.º 2.0790/2011 – 2ª Câmara Cível – DJ 4.8.2011) (grifos aditados)⁴⁹

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO AO FORNECIMENTO DE UM DOS MEDICAMENTOS PLEITEADOS REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. É pacífico o entedimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que, ante a responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, no que tange à responsabilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS), poderá a parte intentar ação contra todos ou qualquer um deles.

2. A prestação de serviços de saúde é direito de todos e dever do ente público, previsto no art. 196 da Constituição Federal, devendo o Estado oferecer tratamento igualitário a todos os brasileiros.

3. Caso o ato administrativo não guarde similitude com a forma, a finalidade e a competência prescritas no plexo jurídico respectivo (elementos vinculados do ato), não apenas pode, como deve ser atacado por meio de ação judicial, isso porque o mérito do ato administrativo, que o apelante entende intangível pelo órgão jurisdicional competente, se relaciona apenas ao seu motivo e objeto. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003410-8 – Acórdão n.º 6.1433/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 22.11.2011) (grifos aditados)⁵⁰

Destarte, observa-se que as três Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Alagoas, ao apreciarem os casos concretos envolvendo a aplicado do direito à saúde, vêm

⁴⁸ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo município de Maceió/AL, o qual pugna pela reforma da “sentença proferida pelo Juiz de Direito da 28ª Vara Civil da Capital Infância e Juventude, nos autos da ação cominatória com pedido de tutela antecipada n.º 0000651-76.2010.8.02.0090”, que condenou o ente municipal a fornecer uma cadeira de rodas especial para uma menor que possui lesão cerebral (CID G 80), realizando uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas desta atuação. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

⁴⁹ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o “fornecimento do medicamento Remicade (uma ampola a cada quinze dias), para o tratamento da patologia Espondilite Anquilosante”, realizando uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas do caso e de sua atuação. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

⁵⁰ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o “fornecimento imediato, e por tempo indeterminado, dos medicamentos LEVEMIR FLEXPEN (36 unidades por dia), METFORMINA (2 comprimidos por dia), LOSTESIN (1 comprimido por dia) e ANAFRANIL (3 comprimidos por dia)”, realizando uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas do caso e de sua atuação. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

tomando decisões jurídicas com motivações abstratas, sem sequer analisarem a realidade prática dos casos que lhes chegam às mãos.

Diz-se “motivações abstratas”, pois se percebe que os julgadores somente analisam o fato narrado, sem o devido exaurimento da real necessidade, e a responsabilidade estatal em fornecer o serviço, estabelecendo, inclusive, uma responsabilidade solidária dos entes da federação. Ou seja, fixam quase que um enunciado silogístico para a resolução desses casos: se (SF) então deve ser (P), em que a hipótese (=necessidade de algum serviço de saúde) é representada aqui pelo suporte fático (SF) e a tese (=responsabilidade solidária dos entes da federação), pelo preceito (P).⁵¹

Por isso, a pesquisa analisa as razões dos julgados ou a sua *ratio decidendi*, que, para fins deste estudo, perfaz “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas”.⁵²

Assim, analisam-se as teorias constitucionais, as quais mencionam que o ativismo judicial representa, de um lado, uma forma de energia criativa do direito que não se revela amoldada ao ordenamento jurídico e, de outro lado, consiste numa mudança de paradigma da hermenêutica constitucional, perspectiva esta trazida com o movimento do neoconstitucionalismo, rechaçando a possibilidade de limites jurisdicionais, dentre os quais se destacam a separação dos poderes, a segurança jurídica, a reserva do possível e os ideais de democracia participativa, questões que serão enfrentadas oportunamente ao longo deste estudo.

Partindo dessa premissa, pragmaticamente, mostra-se bastante difícil de constatar essa tênue barreira que ultrapassa ou não os possíveis limites de criação do direito na atuação do Judiciário, principalmente em nosso contexto social, onde os Poderes Executivo e Legislativo muitas vezes se encontram omissos no exercício do seu mister, sendo exigida na maioria das vezes uma maior atuação do Poder Judiciário para suprir algumas lacunas do ordenamento jurídico e até mesmo lacunas na esfera legal e administrativa ou de gestão, como se verificará nesta pesquisa.

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221-222.

Nesse contexto, ao se falar em criação do direito, deve-se uma atenção às compreensões de Herbert Hart, que, mesmo positivista, em moderada parte se relaciona com as assertivas de Oliver Holmes.

Hart afirma que nos casos difíceis – *hard cases* – “não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”.⁵³

Ademais, ressalte-se que mesmo com base no entendimento de Dworkin,⁵⁴ ferrenho crítico do pragmatismo, no qual o magistrado não cria o direito, mas apenas o interpreta de acordo com princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico, os quais fecham as lacunas existentes no ordenamento.

Constata-se, extraíndo-se as ideias da hermenêutica filosófica, que o próprio ato de interpretar, um mínimo que seja, leva a uma criação, pois toda compreensão se dá em um momento que Gadamer⁵⁵ tipifica como “situação hermenêutica”, que parte de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia das coisas que estão à volta do sujeito do conhecimento.

Disso resulta que toda compreensão baseia-se numa pré-compreensão que, na verdade, revela-se na expressão daquilo que se é enquanto individualidade subjetiva concreta, ou seja, criador de situações fáticas ou jurídicas e de compreensões fáticas ou jurídicas.

Uma compreensão guiada por uma consciência metodológica procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das próprias coisas. É isso o que Heidegger quer dizer quando exige que se ‘assegure’ o tema científico na elaboração de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, a partir das coisas, elas mesmas. A questão portanto não está em assegurar-se ante a tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.⁵⁶

⁵³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 359.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 359.

Adrualdo Catão destaca que não compete ao intérprete buscar uma forma única de exegese correta, “mas sim a que, diante das circunstâncias, será considerada pelo intérprete como a mais adequada para aquela situação histórica. Assim é que os textos normativos não contêm ‘em si’ o sentido correto para sua aplicação”.⁵⁷

Desta forma, mesmo que Dworkin⁵⁸ defenda que o direito é mais uma questão de interpretação do que de criação, em uma visão pragmática constata-se que o próprio ato de interpretar perfaz uma criação do sujeito intérprete em face do objeto a ser conhecido e interpretado, que no nosso caso seria o direito, fato este que leva à conclusão de que realmente os magistrados criam os direitos dos casos concretos, seja aplicando, interpretando ou constituindo relações jurídicas concretas.

Ademais, saliente-se que mesmo no positivismo kelseniano pode-se observar que há uma margem indeterminada de criação do direito, assumida pelo próprio Kelsen ao instruir que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”.⁵⁹ Assim, mesmo com a lógica da moldura estabelecida pelo texto normativo, vislumbra-se uma margem de livre apreciação do direito por parte do intérprete e aplicador da regra.

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.⁶⁰

Desta forma, pode-se arrematar, em uma perspectiva pragmática, que seja extraído os princípios do ordenamento jurídico, aplicando-os ou ponderando-os, seja interpretando os textos normativos, seja seguindo ou respeitando os precedentes, há uma margem de indeterminação do direito que será suprida no ato de criação da norma, por parte dos magistrados, para o caso concreto. Contudo, se esta atuação não for desenvolvida observando-se as suas consequências práticas, pode-se revelar discordante com a sua

⁵⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007, p. 40.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁵⁹ KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388-389.

⁶⁰ KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388.

finalidade primeira, qual seja o Judiciário como produtor de solução de conflitos e pacificador social.

1.2.1 Ponderação pragmática quanto ao ativismo judicial

Nesse aspecto, possuindo este tópico o escopo de ponderar uma perspectiva filosófico-pragmática do ativismo judicial ao contrapor a doutrina constitucional ativista à conservadora, observa-se que o ativismo judicial se compreende como uma maior energia criativa do direito, que certos magistrados e tribunais possuem em detrimento de outros mais conservadores.

Assim, o ativismo judicial constitui uma maneira de exercício do mister dos julgadores, precisamente diante de um exercício hermenêutico mais criativo, sobretudo diante de um caso difícil – *hard case* –, com a modulação ou “releitura” de compreensões jurídicas relacionadas à competência e às responsabilidades dos Poderes.

Frise-se que o simples fato de o magistrado conferir uma nova interpretação ao caso que lhe chega às mãos não implica dizer que esta atuação seja encarada como ativismo judicial, mas sim tida como uma possível mudança de posição ou entendimento judicial.

Desta forma, em uma perspectiva pragmática, para que a atuação do magistrado ou do colegiado dos Tribunais caracterize o denominado ativismo judicial, além de empreender uma maior energia criativa do direito – por exemplo, no exercício de uma hermenêutica constitucional/neoconstitucionalista –, há necessidade de que esta interpretação ou construção do direito module ou relativize compreensões jurídicas relacionadas à competência e à responsabilidade do Judiciário perante os outros Poderes.

Refere-se à competência e à responsabilidade no sentido de repartição de atribuições e funções; ou seja, a partir do momento em que um Poder constituído começa a desempenhar ou desenvolver uma atribuição que, genuinamente, o ordenamento jurídico não lhe imputa, configura-se uma atuação ativista. Por exemplo: a partir do momento em que o Judiciário ou seus Órgãos desempenham um papel tendente a realizar atos que dilatam suas atribuições previamente definidas pelos textos normativos, estes promovem o ativismo. No entanto, não se quer aqui dizer que essa atuação é contrária à harmonia dos Poderes ou vedada

pelo ordenamento jurídico posto, mas sim destacar que quando houver esse tipo de atuação, seja ela justificada como legítima ou não, configura uma conduta ativista.

Nessa linha, a título de explanação, pode-se vislumbrar um ativismo não só judicial ou por parte do Poder Judiciário, mas também por parte dos outros Poderes, a exemplo da proposta de emenda à Constituição n.º 3/2011, que tem por fim alterar o inciso V do art. 49 da Constituição Federal, estabelecendo a possibilidade de o Legislativo sustar os atos dos outros Poderes – Executivo e Judiciário – que exorbitarem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa.⁶¹

Ou seja, o Legislativo poderá passar a sustar não só os atos do Executivo, como acontece atualmente, mas também os atos do Judiciário. Assim, se futuramente esta proposta se efetivar e o Congresso Nacional sustar uma decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, poder-se-á falar em uma forma de ativismo legislativo, ou seja, o Poder Legislativo começa a desempenhar uma atribuição que, genuinamente, o ordenamento jurídico não lhe atribuiu.

Destarte, a mera mudança de posição judicial, desde que não se relacione à competência e à responsabilidade dos demais Poderes, não implica ativismo judicial, mas a atuação ativista judicial implicará uma mudança de posição judicial, seja ela considerada uma opção boa ou ruim, desde que adotada pelo magistrado.

O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte Constitucional alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsiderem a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões.⁶²

Assim, quando de criação advinda do seu próprio “poder-dever” jurisdicional, há possibilidade de constatar se um magistrado é conservador ou ativista mediante a análise pragmática dos casos concretos, bem como se o conservadorismo foi bom ou ruim em determinado caso, ou se a atuação ativista foi ou não uma boa escolha do magistrado, e quais consequências práticas esta atuação ativista ou conservadora pode gerar.

Na concepção de Posner, o ativismo judicial perfaz uma “visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante outros órgãos do Estado”. Assim, “um pragmatista

⁶¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>> Acesso em 8.2.2013.

⁶² VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 28.

poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos”.⁶³

Nesse contexto, Cardozo destaca que os “códigos e leis escritas não dispensam o juiz nem tornam seu trabalho superficial e mecânico. Há lacunas a preencher. Há dúvidas e ambiguidades a esclarecer. Há dificuldades e erros a atenuar, se não evitar”.⁶⁴

Deste modo, os magistrados no ato de criação do direito para os casos que lhes chegam às mãos, aliados às consequências práticas e com um olhar para o futuro, devem descobrir “por si mesmos, à medida que adquirem o senso de adequação e proporção que vem com os anos de hábito na prática de uma arte”,⁶⁵ os possíveis contornos de sua atuação.

De outro lado, a doutrina constitucional tem a função de oferecer aos julgadores teorias que reflitam os problemas concretos e não que fiquem no campo da pura especulação, com conteúdos abstratos e sem utilidade prática.

Assim, utiliza-se a filosofia pragmática nesta pesquisa como meio de contrapor a teoria constitucional à aplicação prática dos casos relacionados ao direito à saúde, trazidas por essa conduta mais ativa do Poder Judiciário. Desta forma, esta investigação não tem por objetivo criticar ou defender o ativismo judicial, mas verificar esse tipo de atuação na prática, acendendo o discurso sobre o tema e, caso encontre distorções entre a teoria e a prática, possibilitando um aperfeiçoamento da teoria constitucional ou mesmo uma forma de orientação de aplicação do direito pelos magistrados.

1.2.2 O magistrado pragmatista na observação do problema

Partindo da avaliação filosófico-pragmática do ativismo judicial, considerada nas linhas do tópico anterior, estudam-se agora algumas questões da doutrina constitucional quanto à origem da expressão ativismo judicial, as possíveis consequências jurídicas deste tipo de energia de criação jurídica, bem como a possibilidade de se verificar este fenômeno nos casos concretos objeto desta pesquisa, sob a ótica de como deve agir o magistrado

⁶³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

⁶⁴ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 5.

⁶⁵ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

pragmático, uma vez utilizado o pragmatismo como método de aperfeiçoamento da teoria e da atuação judicial.

Nesse contexto, ressalte-se que a expressão ativismo judicial – *judicial activism* – tem sua origem em uma revista norte-americana voltada ao público leigo, denominada *Fortune*. No artigo *The Supreme Court: 1947* (A Corte Suprema: 1947), em que o periodista Arthur Schlesinger Jr. descreveu o perfil dos magistrados da Corte Suprema norte-americana, destacando como “ativistas judiciais” quatro juízes entre os nove atuantes⁶⁶ nesta Corte.

Desde então, o termo ativismo não é bem-visto por alguns constitucionalistas norte-americanos, os quais ainda hoje travam discussões jurídico-doutrinárias para explicar tal atuação, inclusive no que diz respeito à “dignidade da legislação”⁶⁷ *versus* sua revisão judicial em controle de constitucionalidade, o que não chega a ser objeto de crítica ou discussão entre os constitucionalistas brasileiros.

Aliados aos doutrinadores norte-americanos que criticam essa energia criativa dos juízes, alguns juristas brasileiros⁶⁸ vislumbram o ativismo judicial como o exercício hermenêutico da função jurisdicional em descompasso com o papel típico do Poder Judiciário.

Assim, com essa concepção, toda atuação que afaste ou suplante de forma ilimitada o previsto pelo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, as garantias constitucionais da separação dos poderes, da segurança jurídica, dos ideais de democracia participativa – a soberania popular –, das questões orçamentárias e das possibilidades jurídicas do ordenamento é considerada como conduta ativista, indo de encontro ao desenvolvimento e ao progresso nacional, não refletindo os anseios de igualdade de um corpo socialmente organizado.

Em uma perspectiva pragmática, não se corrobora o pensamento de que toda possível modulação da separação dos poderes, da segurança jurídica, do orçamento ou dos ideais de democracia participativa consiste numa quebra do interstício do sistema jurídico, pois tais compreensões em contraponto a outras podem ser ultrapassadas para que se garanta a própria ordem jurídica por elas estabelecida.

Pois, “o pragmatista crê no progresso através da ação humana calculada”, e essa questão está ligada ao próprio “caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da

⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 20.

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. Trad. Luís Carlos Borges. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.; VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista”.⁶⁹

Assim, um juiz pragmatista orienta as suas decisões por suas consequências práticas, ou seja, ao apreciar o caso concreto um juiz pragmático se perguntará, das possibilidades jurídicas, “qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências, considerando-se tudo aquilo que é ou deveria ser do interesse dos juristas, incluindo-se a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes”.⁷⁰

Um pragmatista, sem cair em contradição, poderia dizer que os juízes deveriam ser conservadores, em vez de ativistas. De sorte que “se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador”.⁷¹

Registre-se, por relevante, que não se pretende aqui defender qualquer linha de pensamento da doutrina constitucional, seja por um Poder Judiciário que preze pelo conservadorismo ou “passivismo judicial”,⁷² seja pelo ativismo judicial, mas sim confrontar questões da doutrina constitucional e considerar as predileções da filosofia pragmática, no sentido de verificar as atuações dos magistrados dos casos objetos desta pesquisa, para constatar ou não uma atuação ativista ou conservadora, e quais as consequências práticas dessa investigação, com fins de um possível aperfeiçoamento da teoria.

Assim, em uma análise pragmática, verifica-se que nem toda criação do direito caracteriza uma atuação ativista do Poder Judiciário, pois se o magistrado ao estabelecer a norma jurídica do caso concreto toma por base a tradição jurídica de seus predecessores, aplicando o texto legal ou os precedentes, e desde que esta tradição jurídica resolva a situação de fato – os problemas práticos do caso –, deve o magistrado optar por esta tradição, em detrimento de uma visão neoconstitucional, por exemplo.

No entanto, quando essa tradição jurídica não estiver mais respondendo aos problemas práticos dos casos concretos, haverá razões pragmáticas para que o magistrado tenha uma atuação ativista, no sentido de adequar as situações jurídicas práticas ao atual contexto social.

⁶⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

⁷⁰ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 422-423.

⁷¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.

⁷² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

Desse modo, em se tratando do objeto desta pesquisa, qual seja a concretização dos direitos subjetivos fundamentais sociais relativos à saúde, constata-se que esta se encontra no campo de atuação ativista do Judiciário, por duas razões pragmáticas.

A primeira, em face de esses casos se mostrarem, em sua maioria, casos difíceis, o que exige do julgador uma maior energia de criação do direito, chegando a relativizar e, muitas vezes, superar alguns textos normativos e compreensões da doutrina constitucional – a ideia de segurança jurídica, de separação dos poderes, de orçamento e de democracia participativa.

E, a segunda, em face de a tradição jurídica doutrinária e legislativa não estar mais respondendo a estes problemas complexos e práticos da sociedade contemporânea, seja como exercício do “poder-dever” jurisdicional de criação e análise do direito, seja como forma de instituir efetivamente possíveis planos de governo ou políticas públicas, principalmente na área da saúde.

Chega-se a estas questões após a análise das razões dos acórdãos objeto desta pesquisa, tendo em vista que o Tribunal de Justiça de Alagoas, em seus julgados, por vezes até suplanta textos normativos de planos de governo – políticas públicas de saúde –, para salvaguardar o direito à saúde.

Senão vejam-se três ementas que refletem literalmente a *ratio decidendi* desses julgados, uma de cada Órgão pesquisado – 1ª, 2ª e 3ª Câmara Cível:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE NECESSÁRIO CHAMAMENTO AO PROCESSO. REJEITADA. MÉRITO: DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. DIREITOS SUBJETIVOS INALIENÁVEIS, CONSAGRADOS NA CF, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – 2ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003315-1 – Data Julgamento: 29.9.11 – Acórdão n.º 2.1116 / 2011.) (grifos aditados)⁷³

⁷³ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do “medicamento Xeloda VO 500mg, tomando 05 (cinco) comprimidos por dia, durante ciclos seguidos de 14 (quatorze) dias, com intervalo de 07 (sete) dias por, no mínimo, 01 (um) ano”, sendo este um fármaco de lançamento, de alto custo e fora da lista do SUS, por possuir a autora neoplasia de cólon EC IV fígado – CID C18. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas e da real efetividade do fármaco para o tratamento da enferma. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 188, §1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 5ª, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DE INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJAL – 1ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003394-8 – Data de Julgamento: 10.8.11 – Acórdão n.º 1.1076/2011.) (grifos aditados)⁷⁴

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM FUNDAMENTO NOS ART. 543-B E 543-C REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DEVER DO ESTADO DE ALAGOAS DE FORNECER O MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA A APELADA. À UNANIMIDADE DE VOTOS, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJAL – 3ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003419-1 – Data de Julgamento: 29.8.11 – Acórdão n.º 6.1247/2011.) (grifos aditados)⁷⁵

Em uma análise pragmática, observa-se que, em que pese uma parte dos estudos desenvolvidos sobre o tema tente justificar a ingerência moderada do Poder Judiciário no âmbito de competência e responsabilidade dos demais Poderes, principalmente no que se refere à interpretação do direito à saúde e das políticas públicas sociais, propondo uma “nova leitura”⁷⁶ do princípio da separação dos poderes, na verdade, do mesmo modo como essa posição poderá promover um combate aos interesses despóticos de quem gere o ente estatal,

⁷⁴ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do medicamento Tarceva (1 comprimido de 150 mg por dia), por tempo indeterminado, sendo este um fármaco de alto custo e fora da lista do SUS, por possuir a autora neoplasia maligna do pulmão – CID C 34.9. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas e da real efetividade do fármaco para o tratamento da enferma. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

⁷⁵ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do medicamento EXELON PATCH 10mg, por tempo indeterminado, sendo este um fármaco de alto custo e de responsabilidade da União. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem sequer mencionar qual a enfermidade a ser tratada com o fármaco solicitado. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

⁷⁶ SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de S. Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados *apud* KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

pode ser utilizada de maneira abstrata e “inconsciente” pelos Tribunais, como se pode observar nos casos demonstrados acima.

A separação dos poderes não pode ser vista, de forma geral e abstrata, como um obstáculo à concretização de direitos fundamentais, mas sim como uma garantia democrática sob o aspecto de um juízo de ponderação de criação do direito amoldada ao sistema, impondo-se pois “saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção”.⁷⁷

Desta forma, vislumbra-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas está se encaminhando para uma relativização abstrata da garantia da separação dos poderes sem observar as consequências concretas desta conduta, seja de longo ou de curto prazo, o que reflete uma atitude contrária aos ideais de como deve agir um magistrado pragmatista, e que poderá ensejar uma revisão de conceitos e compreensões de questões jurídicas.

Nesse aspecto, destaca-se que “as consequências importantes para o pragmatista são tanto as de longo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais; a importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça as partes individuais”.⁷⁸

Assim, em uma verificação pragmática, observa-se a 2ª Câmara Cível ao apresentar a seguinte fundamentação jurídica:

[...] O direito à saúde a todos os cidadãos é garantia constitucional prevista no artigo 196, da Carta Magna, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de Saúde com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe a Constituição, especificamente em seu artigo 198.

Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no artigo 6º, da Lei Maior, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, consagrados na Constituição Federal, cujo primado há de superar quaisquer espécies de restrições legais. A Constituição não é ornamental. Reclama efetividade real de suas normas. Portanto, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. **Direito e Democracia**: entre a Facticidade e Validade. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 247.

⁷⁸ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 423.

destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

No caso, está-se diante de um bem maior que é a vida, bem que tem valor maior, devendo sempre ser o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior.

Ademais, a discussão sobre a competência para a execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode sobrepor ao direito à saúde, assegurado na Constituição Federal.

O artigo 196, da Carta Republicana, não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação. [...] (TJAL – 2ª Câmara – Apelação Cível n.º 2011.003315-1 – Data Julgamento: 29.9.11 – Acórdão n.º 2.1116 / 2011.) (grifos aditados)

Eleva o direito à saúde – no caso, o fornecimento de medicamento por parte do ente estatal – à classe de um verdadeiro direito absoluto, não cabendo discussão alguma por parte do Poder Executivo quanto à maneira de gestão, de divisão de gastos, de repartição de atribuições de políticas públicas de saúde, para a sua possível efetivação e concretização.

Desta forma, vislumbra-se uma importante constatação pragmática desta pesquisa: que essa atuação do Tribunal de Justiça de Alagoas elege uma conduta ativista não compactuada com os ideais propugnados pelo pragmatismo, pois se está diante de um caso difícil que modula compreensões jurídicas relacionadas à competência e às responsabilidades dos demais Poderes, sem observar as consequências práticas desta conduta.

Ademais, contrapondo os argumentos teóricos observados, nada produz ou defende a doutrina constitucional quanto ao direito à saúde como sendo um verdadeiro direito absoluto que está acima de qualquer limitação de textos legislativos e de compreensões constitucionais – a ideia de segurança jurídica, de separação dos poderes e de orçamento.

O constitucionalista Ingo Sarlet, um dos grandes juristas defensores do Poder Judiciário mais ativo, adverte no sentido de que “a mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa”⁷⁹ mais econômica do tratamento médico, para que se garanta uma isonomia em relação aos indivíduos que se encontram em situação semelhante.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 42.

Desta forma, mesmo a doutrina constitucional, que atesta com veemência a intervenção ativa do Judiciário ou do ativismo judicial, não comunga com a ideia de um direito à saúde como sendo direito absoluto, sem a possibilidade de uma contra-argumentação por parte do ente estatal que conte com a possibilidade de convencer o Órgão jurisdicional do contrário.

Sarlet⁸⁰ conclui que:

perece-nos inarredável que o Juiz deva assumir um papel mais ativo na condução da demanda. Nesse sentido, deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada. Se não há protocolos clínicos ou mesmo diretrizes terapêuticas estabelecidas, há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita, o que, à evidência, não resta (sempre) atendido apenas mediante apresentação de receituário firmado pelo profissional da saúde que tem relação direta com o interessado, de tal sorte que menos haverá de poder a questão ser submetida ao contraditório, sem prejuízo da concessão de tutela antecipada, quando as circunstâncias o indicarem.

Assim, constata-se que, em uma atuação um tanto desarmônica com os ensinamentos da doutrina constitucional, o Tribunal de Justiça de Alagoas eleva o direito à saúde a uma espécie de categoria de direito absoluto, tornando praticamente nula a possibilidade de influência, por parte do ente estatal, nos motivos determinantes do julgado, o que acaba também por desprezar a garantia processual constitucional do contraditório em sua perspectiva substancial.

Destaque-se que, atualmente, o princípio do contraditório consiste tanto na possibilidade de participar prestando informações, como em possibilitar às partes influenciar na decisão judicial, ou seja, “participação e poder de influencia são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional”.⁸¹

A doutrina processual⁸² compreende o princípio do contraditório sob duas vertentes: em uma *dimensão formal*, que consiste na visão clássica do princípio do contraditório de possibilitar à parte ser ouvida, participar do processo, ser informada, se

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45-46.

⁸¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 14ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 58.

⁸² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 14ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 57.

manifestar no processo; e em uma *dimensão substancial*, que consiste no poder de influência das partes, ou seja, deve-se possibilitar às partes que, ao participarem do processo, tenham condições de influenciar na decisão do magistrado.

Assim, diante da perspectiva de um novo momento do Estado Democrático Constitucional, ou seja, de uma nova necessidade de melhor justificar as decisões jurídicas, “faz-se mister verificar que o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.⁸³

Desta maneira, não tem se vislumbrado mais um contraditório meramente formal, com a possibilidade de simples participação das partes, senão com base nos mesmos ideais constitucionais que recomendam uma atuação mais ativa do Judiciário. Busca-se uma participação mais efetiva das partes com o poder de influência cognitiva na construção da decisão jurídica mais justa.

Nessa perspectiva, cria-se “uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis, mas, de modo a se implementar uma participação real com a assunção da corresponsabilidade endoprocessual por todos”.⁸⁴

Ademais, cumpre destacar que na perspectiva da isonomia processual, exige-se do magistrado “que confira às partes igualdade de oportunidades, para que, exercendo o contraditório, possam ter a chance de tentar participar do seu convencimento, trazendo os elementos necessários e suficientes a demonstrar o acerto da respectiva tese ou defesa”.⁸⁵

Portanto, um magistrado pragmático deveria agir verificando se “há necessidade de prova científica robusta que embase a postulação feita”⁸⁶ nas demandas relacionadas à concretização do direito social à saúde, orientando as suas decisões por suas consequências práticas e vislumbrando uma participação mais efetiva das partes com o poder de influência cognitiva nos motivos determinantes de suas decisões judiciais.

⁸³ THEODORO JR., Humberto. O princípio do contraditório – tendências de mudanças de sua aplicação. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, nº 28. Pouso Alegre, jan./jun./2009, p. 178.

⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. O princípio do contraditório – tendências de mudanças de sua aplicação. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, nº 28. Pouso Alegre, jan./jun./2009, p. 202.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2012, p. 29.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In.: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45-46.

1.2.3 Primeira verificação pragmática da pesquisa

Conforme mencionado no primeiro tópico deste capítulo, as verificações pragmáticas, na investigação do problema, serão demonstradas durante o desenvolvimento da pesquisa, tendo como arremate destas verificações, no último capítulo, a análise dos possíveis horizontes teóricos e práticos para o futuro que a doutrina constitucional terá de enfrentar.

Assim, como primeira verificação, constata-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas, nos casos objeto desta pesquisa, possui uma atuação ativista, pois modula compreensões jurídicas relacionadas à competência e às responsabilidades dos demais Poderes, modificando a compreensão de um direito fundamental social – direito à saúde –, elevando-o a uma espécie de direito absoluto, mitigando não só compreensões constitucionais – a ideia de segurança jurídica, de separação dos poderes e de orçamento –, como também compreensões constitucionais processuais – contraditório, igualdade processual, motivação das decisões e, principalmente, o devido processo legal.

Diz-se mitigação do devido processo legal, partindo da premissa de que o devido processo legal assegura uma proteção de direitos, no sentido de que “as decisões jurídicas não de ser devidas, não bastando a sua regularidade formal,” sendo “necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta”.⁸⁷

Ressalte-se ainda que, atualmente, estudo na seara processual⁸⁸ vem defendendo o princípio do devido processo legal em duas perspectivas: a primeira, como um devido processo legal formal ou procedimental, compreendido como conjunto de atos processuais que visam garantir o exercício do contraditório, do juiz natural, das decisões motivadas, da duração razoável do processo, dentre outros; e a segunda, como um devido processo legal substancial, o qual visa garantir decisões jurídicas substancialmente devidas, com a finalidade de coibir possíveis excessos do Poder Público, “qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”.⁸⁹

Esclareça-se que esta perspectiva substancial do devido processo legal, que restringi excessos dos órgãos públicos, advém de sua própria fundação histórica, onde se constata que “Conrado II edita, em maio do ano de 1037, em uma das expedições germânicas

⁸⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 14ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁸⁸ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 290.

⁸⁹ (STF – RTJ 176/578-580, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

a Milão, na Itália, um decreto que seria conhecido pela história como sendo o primeiro a reduzir a texto escrito o direito feudal e as práticas relativas à transmissão da propriedade – e o paradoxo, neste ponto, se mostra de inevitável menção, vez que Conrado II, como a grande maioria dos imperadores medievais que fundaram dinastias, era analfabeto – que, como visto, embora destoando em alguns aspectos, no plano interno – Alemanha do Norte e Alemanha do Sul –, apresentavam a nota característica da regulação costumeira”.⁹⁰

Assim, “o edito de Conrado continha quatro normas fundamentais, merecendo destaque especial a primeira dessas ordenações”, segundo a qual “nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal – *mesne lord* –, senão pelas leis do Império – *laws of empire* – e pelo julgamento de seus pares – *judgment of his peers* –, expressões que, reiterar-se, foram escritas em 1037, e que, segundo Stubbs, foram simplesmente copiadas na Carta Magna Inglesa de 1215”. Desta forma, “lançam-se as verdadeiras bases para o que, poucas décadas depois, seria conhecido como devido processo legal – *due processo of law* –”.⁹¹

Como a menção da “norma feudal não possuía um caráter estritamente procedimental, como pretende a doutrina, mas estava dotada de nítidos contornos substantivos”, pode-se arrematar, segundo a evolução histórica, que o princípio do devido processo legal tem um caráter substantivo, o qual tem o escopo de proteger o indivíduo de possíveis excessos do Estado garantindo os julgamentos por seus pares e com bases no sistema normativo.

Ademais, mesmo que Humberto Ávila⁹² compreenda que não se deve fazer distinção entre processo formal e substancial, e que deste não decorre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e sim os princípios da liberdade e da igualdade, em uma perspectiva pragmática, comunga-se que “os princípios não têm pretensão de exclusividade: um mesmo efeito jurídico – proporcionalidade e razoabilidade – pode ser resultado de diversos princípios – isonomia ou devido processo legal –”, como ressalta Canaris.⁹³

⁹⁰ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17.

⁹¹ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 20.

⁹² ÁVILA, Humberto. **O que é “Devido Processo Legal”?** In.: Leituras Complementares de Processo Civil. 9ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 407-415.

⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 90 *apud* DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. I. 14ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 52.

1.3 Política pública de saúde e direito fundamental à saúde, uma perspectiva pragmática

Ao se estudar a política pública como forma de concretização de direitos fundamentais, principalmente em uma perspectiva filosófica, inúmeras indagações podem surgir. Contudo, ocupa-se este estudo somente com algumas compreensões no âmbito jurídico, tendo como aspecto a possibilidade ou não de controle judicial da política pública, utilizando como método a teoria filosófico-pragmática.

Destarte, destaque-se que o debate sobre o direito constitucional, ao longo da história, passou por diversas revoluções e lutas entre regimes sociais – monarquia, aristocracia ou oligarquia e democracia.⁹⁴ Entre estes debates, sobressai-se a valoração da pessoa humana e sua dignidade como marco para o surgimento dos chamados direitos fundamentais.⁹⁵

La garantía de la dignidad humana reconocida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley Fundamental supone la asunción en el Derecho constitucional de un valor ético fundamental, predominante en la historia espiritual europea, que hace referencia a un fundamento prepositivo y que viene a constituir, al decir de Böckenförde, una suerte de ‘ancla iusnaturalista’. Dicha garantía posee, a su vez, una validez universal, ya que afecta a todo el ordenamiento como un derecho fundamental subjetivo, sino como una norma jurídica-objetiva ‘intangibles’, sin limitación alguna.⁹⁶

Frise-se, para melhor compreensão do tema, que se utiliza neste estudo a doutrina constitucional que reconhece os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos indivíduos nas relações jurídicas com o ente estatal, sem, com isso, adentrar nas discussões quanto à supraestatalidade dos direitos fundamentais mencionada por Pontes de Miranda,⁹⁷ ou qualquer outra que fuja ao objetivo central desta pesquisa.

Assim, segundo Robert Alexy,⁹⁸ dentro da perspectiva dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, seja classificando seu conteúdo como questões *normativas*, as quais

⁹⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: 2009, p. 27-28.

⁹⁵ CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores: problemas jurídicos y políticos**. Granada: 2005, p. 20.

⁹⁶ CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores: problemas jurídicos y políticos**. Granada: 2005, p. 20.

⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 621.

⁹⁸ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 180-190.

encontram discussões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas; *empíricas*, que são compreensíveis no âmbito dos argumentos históricos e sociológicos; e *analíticas*, que buscam uma análise da norma e das posições jurídicas dos sujeitos de direito, recomenda-se que o sentido utilizado para a expressão direito subjetivo siga “seu uso corrente, como um supraconceito para posições em si bastante distintas, para que, a partir daí, sejam feitas diferenciações e classificações terminológicas”.⁹⁹

Desta forma, com a compreensão de direito subjetivo em uma perspectiva ampla, a classificação alemã na perspectiva *analítica* melhor se acomoda ao propósito deste estudo, uma vez que ela trata das posições jurídicas dos sujeitos nas relações jurídicas, caracterizando-se assim, segundo a doutrina pontiana,¹⁰⁰ a relação jurídica de direito absoluto, oriunda dos direitos subjetivos fundamentais dos indivíduos com o Estado. Nessa perspectiva, versa-se de forma detalhada somente sobre a classificação dita *analítica*, para não fugir à temática apresentada por este estudo.

Segundo a doutrina constitucional alemã, para compreender os direitos subjetivos fundamentais na perspectiva *analítica*, faz-se necessário, primeiramente, a distinção entre *norma e posição*.

Norma é aquilo que um enunciado normativo expressa, seja de forma universal ou individual, e a *posição* consiste exatamente no direito que um indivíduo tem, em face do Estado, de, por exemplo, expressar livremente sua opinião.¹⁰¹

Desta forma, deve-se observar a *posição* sob uma perspectiva estabelecida pelas relações normativas entre pessoas ou entre pessoas e ações,¹⁰² tendo em vista que os sujeitos ativos (indivíduos) se acham em uma posição jurídica mais favorável em relação ao sujeito passivo (Estado), no sentido de exigir direitos subjetivos fundamentais, seja, segundo Alexy, por *predicados diádicos* (“01” tem um direito a y em face de “02”), ou por *predicados triádicos* (“01” em face de “02” um direito a “03”).¹⁰³

Exemplificando a situação acima referida, Robert Alexy destaca que:

⁹⁹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 193.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 184.

¹⁰² ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 185.

¹⁰³ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 185.

Se a *norma* individual, segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*, é válida, então, *a* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a *G* que ele tem em face de *b*; e se uma *posição* jurídica de *a* consiste no fato de *a* ter, em face de *b*, um direito a *G*, então, é válida a norma individual segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*.¹⁰⁴

Essas premissas são pragmaticamente constatadas quando se observam as posições dos indivíduos e do Estado no desenvolvimento dos direitos fundamentais em suas fases, as chamadas gerações ou dimensões, estabelecendo, inicialmente, os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração ou dimensão.

Ressalte-se que, para os fins deste estudo, observa-se, conforme a atual doutrina constitucional, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não como fases, mas como “múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal – primeira dimensão –, na dimensão social – segunda dimensão –, na dimensão de solidariedade – terceira dimensão –”,¹⁰⁵ e assim por diante, não havendo hierarquia entre as dimensões, uma vez que elas representam uma mesma realidade ativa, permitindo, inclusive, a restrição de direitos fundamentais de uma dimensão em detrimento de direitos fundamentais de outra dimensão.

Nesse aspecto, deve-se constatar que em uma relação de restrição de direitos fundamentais, vislumbra-se o *direito e sua restrição*. Sendo assim, pode-se dizer que dentro desta relação “há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido”, nesse sentido mostra-se a *teoria externa*. No entanto, em contrapartida a esse posicionamento doutrinário, a *teoria interna* acredita que não existem duas proposições como a *teoria externa* conclama – o direito e sua restrição –, mas somente uma: o conteúdo do direito.¹⁰⁶

Desta forma, na *teoria externa* não há uma relação conceitual entre direito e restrição, mas esta relação se constitui “a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”. Já na *teoria interna*, a preocupação se restringi ao conteúdo e limites do direito no que concerne à restrição, pois se surgirem indagações quanto aos limites do direito, estas não se mostram sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas sim sobre o próprio conteúdo do

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 185- 186.

¹⁰⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 58.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 277.

direito. Por isso a doutrina alemã fala em *restrições iminentes*,¹⁰⁷ ou seja, aquelas que são oriundas do conteúdo dos direitos e não questões exteriores como defende a *teoria externa*.

Segundo Alexy, a *teoria externa* parte do modelo de princípios para possibilitar a restrição a direitos fundamentais, o que caracteriza um direito fundamental *prima facie*, ou seja, correspondente a um princípio, uma vez que para Alexy a concepção das normas de direitos fundamentais corresponde a princípios, diferentemente das *posições definitivas* que somente permitem restrição aos bens jurídicos tutelados pelo direito fundamental e não uma restrição ao próprio direito fundamental, ou seja, a *posição definitiva* ou *abstrata definitiva*, na linguagem de Alexy, somente é obtida ao se combinar o suporte fático da norma com uma cláusula de restrição, e não o próprio direito fundamental, correspondendo esse a um princípio.

Alexy exemplifica asseverando que:

Mantido o pressuposto da existência apenas de posições definitivas, então, não é correta a suposição de que as liberdades fundamentais podem ser restringidas. Não existe uma liberdade fundamental definitiva para o uso de capacete, ou seja, uma permissão constitucional de usá-lo ou não. Assim, uma liberdade fundamental não pode ser restringida pela obrigação de se usar capacete. O que pode ser – e, de fato, é – restringido é a liberdade jurídica geral, que pode ser designada como “bem protegido” pelo art. 2º, §1º, da Constituição alemã. Se se parte exclusivamente de posições definitivas chega-se à conclusão de que posições de direitos fundamentais nunca podem ser restringidas, mas que os bens constitucionalmente protegidos podem.¹⁰⁸

Assim, as posições *prima facie* correspondem a uma regra ou a um princípio fundamental, já as posições *definitivas* correspondem a uma norma de direito abstrato definitivo, o qual “não pode ser concretizado em um direito em face do Estado a que este não produza aquelas normas”,¹⁰⁹ por isso não se pode falar em restrição de direitos e sim de própria violação aos direitos.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 278.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 280.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 279. Para melhor compreensão transcreve-se o trecho: Se, como resultado (definitivamente), é admissível obrigar ou proibir uma ação *h*, então, não existe, como resultado (definitivamente), um direito a que *h* seja facultativa. Normas que excluam algo sobre o qual não existe um direito não podem restringir direito algum. Mas se, como resultado (definitivamente), existe um direito a que *h* seja facultativa, então, as normas que obriguem ou proibam *h* não restringem esse direito, elas o violam.

Em um precedente do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar um caso de restrição a direitos fundamentais, onde os deveres jurídicos não foram cumpridos pelos sujeitos de direito quanto à utilização do domicílio, pois se extrai como dever deste direito fundamental a não utilização do domicílio de maneira que contrarie a ordem jurídica, sob pena de se restringir o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio. Confira-se:

PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. (STF – Inq 2424, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341)

Desta forma, pode-se constatar que são restringíveis “os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário), e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”.¹¹⁰

Manuel Gracia-Pelayo¹¹¹ destaca que o desenvolvimento das sociedades politicamente organizadas acabou por demonstrar que o “Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade”; bem como não se mostra o único ente que “impõe relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas, em sua realização, a situações e poderes extra-estatais”.

Assim, em atenção a essa observação que pode se dizer pragmática, a doutrina constitucional retrata esse momento como o surgimento da chamada dimensão social dos direitos fundamentais – segunda dimensão –, a qual teve como característica fundamental a garantia, por parte do ente estatal, dos direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos,

¹¹⁰ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 281.

¹¹¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p. 203.

interferindo diretamente em sua esfera jurídica. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade:¹¹²

Os direitos a prestações, ao contrário, imporiam ao Estado o dever de agir, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação).

Ao olhar pragmático, esta classificação das dimensões ou fases dos direitos fundamentais somente possui um fim didático e histórico, o que não deixa de ser importante e relevante para o estudo do direito. Porém, para a finalidade do presente estudo, não produz efeito concreto na prática, pois sejam de primeira, segunda, terceira, quarta ou quinta dimensão, os direitos fundamentais serão assim considerados desde que correspondam à realidade social em que se apresentam, não se revelando de tanta utilidade o momento em que foram vislumbrados, mas sim se podem ser tratados com a mesma perspectiva de sua época ou não.

Assim, a responsabilidade dos magistrados na construção da adequada solução jurídica para o caso concreto “não se restringe a um exercício teórico-abstrato, segundo regras formais baseadas, em tese, numa lógica jurídica pura”,¹¹³ mas também na busca dos, nas palavras de Cardozo, “fins sociais autênticos”, ou seja, o magistrado deve produzir suas decisões realizando uma leitura da realidade social que se apresenta e observando as consequências sociais de sua decisão, mesmo que este ato possa restringir direitos fundamentais.

¹¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.

¹¹³ HALIS, Denis de Castro. Teoria do direito e “fabricação de decisões”: a contribuição de Benjamin N. Cardozo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição, n.º 6 (jul./dez.2005). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), p. 366.

1.3.1 Ponderação pragmática quanto à política pública

Atualmente, partindo da perspectiva da doutrina constitucional alemã de direitos subjetivos fundamentais, constata-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – art. 5º, XXXV, da CF/88.

Assim, em uma concepção filosófico-pragmática desse dispositivo, o pesquisador pode se perguntar: há possibilidade de o Judiciário apreciar questões sem que haja um direito envolvido, ou seja, existe a possibilidade de acionar o Judiciário sem que exista um direito lesado ou ameaçado?

A princípio, em um juízo comum, tende-se para uma resposta negativa, mesmo que a doutrina pontiana¹¹⁴ contemple a possibilidade de ação “sem direito”, justificando sua assertiva no caso de ações de interdição por insanidade física ou mental. Pois entende-se que, mesmo nesses casos, há um conglomerado de direitos envolvidos e questionados no Judiciário, seja da própria integridade do interditado, seja de bens e direitos deste e dos seus sucessores e possíveis credores. Por esse motivo Oliver Holmes refere-se ao direito como “as profecias do que de fato farão os tribunais”,¹¹⁵ ou seja, o que se discute no Judiciário envolve o direito em todas as suas acepções.

Desta forma, quanto à possibilidade de concretização e controle judicial das políticas públicas em matéria de direito subjetivo fundamental, outra indagação se constata relevante: política pública é um direito? Verdadeiramente, existe um direito à política pública? Ou: o direito subjetivo fundamental à saúde pleiteado no Judiciário, por exemplo, é uma coisa e a materialização desse direito através de uma política pública é outra?

Surgem inúmeras questões quanto à própria natureza jurídica da política pública, à qual, segundo Maria Paula Dallari,¹¹⁶ não se revela recomendável fixar um conceito jurídico, mas sim uma compreensão ampla do instituto de que se servem os magistrados, como forma de conduzir seus trabalhos na análise dos casos concretos. Assim, a autora destaca que

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 197.

¹¹⁵ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

¹¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. Texto: O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, 2006.

eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹¹⁷

Portanto, com a análise pragmática dos casos pesquisados, extrai-se que a política pública não totaliza um direito subjetivo propriamente dito, pois o indivíduo ou o Ministério Público ao ir ao Judiciário, não pleiteia a instituição de algum programa de governo, mas, na realidade, a efetivação de determinado tipo de direito, já que a política pública consiste num programa governamental que resulta de um conglomerado de procedimentos que tem por finalidade atingir objetivos sociais, concretizando e efetivando direitos subjetivos fundamentais.

Assim, compreende-se que a política pública satisfaz um poder-dever de iniciativa típica do Poder Executivo que visa à materialização e efetivação de direitos, como forma de garantir o desenvolvimento nacional – art. 3º, II, da CF/88.

Diz-se “poder-dever” em face de o Poder Executivo possuir como mister a função de administrar e executar o que a lei determina e autoriza – poder administrativo –, bem como a obrigatoriedade de promover os planos de governo – dever administrativo –, pois a legislação constitucional nos âmbitos federativos determina que compete à autoridade administrativa – Presidente, Governador e Prefeito – remeter o plano de governo em sessão legislativa, solicitando as providências para as situações sociais que entender necessárias.

Desta forma, em conjunto – Poder Executivo e as Casas Legislativas –, possuem o poder-dever administrativo na condução de programas e políticas públicas necessárias ao bem-estar social.

No entanto, no caso do Estado de Alagoas, e no Brasil, em geral, os planos de governo na maioria das vezes nem sequer são remetidos às Casas Legislativas, e quando são enviados, apreciados e aprovados, não encontram efetividade no seio social.

Dessa forma, surge a seguinte indagação: pode o Poder Judiciário instituir efetivamente uma política pública, substituindo os demais Poderes e o procedimento estabelecido pela própria Constituição Federal?

¹¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. Texto: O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, p. 39.

Com base nas proposições filosófico-pragmáticas de criação do direito, associadas às razões jurídicas até aqui apresentadas, julga-se temerária tal possibilidade. Adverte Holmes que “os juízes não conseguiram reconhecer de forma adequada o seu dever em ponderar considerações sobre benefício social”.¹¹⁸

[...] O dever é inevitável, e o resultado da aversão judicial, frequentemente anunciada para lidar com tais considerações, consiste simplesmente em deixar o alicerce das decisões inarticuladas, e muitas vezes inconsciente, como já disse.

Quando o socialismo começou a ser falado, as classes favorecidas da sociedade ficaram bastante assustadas.

Eu suspeito que esse medo tenha influenciado a ação judicial, tanto aqui como na Inglaterra, no entanto ele não é um fator consciente nas decisões judiciais a que se referem.

Acho que algo semelhante tenha levado as pessoas que esperam não mais a controlar as legislaturas e a olhar para os tribunais como expositores das Constituições, e que em alguns tribunais novos princípios foram descobertos fora do corpo desses instrumentos, o que pode se generalizar quanto à aceitação das doutrinas econômicas que prevaleceram cerca de cinquenta anos atrás, e uma proibição do que um tribunal de juristas não pensam sobre o direito.

Não posso deixar de crer que se a formação de juristas levou habitualmente a considerar mais correta e explicitamente as vantagens sociais em que a regra que estabelece deve ser justificada, às vezes hesitaria no que agora estão confiantes, e ver que realmente eles estavam tomando posição sobre discutíveis e muitas vezes questões ardentes. [...] ¹¹⁹ (tradução livre)

Assim, recomenda-se que o Judiciário deve atentar para, e não confundir ou desvirtuar o seu poder-dever de criação e análise do direito, como forma de instituição de um programa de governo, tendo em vista que este reflete um conglomerado de procedimentos administrativos que tem por finalidade atingir objetivos sociais de forma gradual e articulada.

Pondera-se, tendo por base as assertivas do pragmatismo, em que pese uma parte da doutrina constitucional encontre certa razão em denominar o ativismo judicial como uma forma de criação do direito não amoldada ao sistema jurídico, ou uma disfunção jurisdicional, que não há uma preocupação das teorias em verificar e justificar na prática suas afirmações, resultando num discurso meramente abstrato.

Constata-se isso na obra de Elival da Silva Ramos,¹²⁰ quando relata o que seria uma conduta ativista do magistrado:

¹¹⁸ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010, p. 146.

¹¹⁹ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010, p. 146-147.

¹²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.

Todavia, o pragmatismo não comunga com esse tipo de discurso, pois há momentos em que o Judiciário tem a necessidade de inovar, de ser ativista, ultrapassando os limites do sistema jurídico, possibilidades estas que podem ser verificadas a partir da análise de casos concretos, desde que esse ativismo reflita uma resposta concreta aos anseios sociais, seja no sistema *Common Law* ou *Civil Law*.

Ressalte-se, por oportuno, que o Judiciário também não pode utilizar o seu poder-dever de criação e análise do direito como forma de instituir efetivamente planos de governo/políticas públicas, pois estes cabem ao Executivo, segundo a doutrina constitucional até aqui exposta.

1.3.2 Segunda verificação pragmática da pesquisa

Assim, constata-se que quando o Judiciário tem como *ratio decidendi* justificativas abstratas, como a utilizada pela Corte alagoana, em suas Câmaras Cíveis, resolvendo casos concretos sem analisar detalhadamente o caso, lançando mão de precedentes vagos, promove uma interferência social e político-organizacional, não promulgadas nas teorias e estudos constitucionais.

Pois quando se analisa o teor da fundamentação jurídica dos casos pesquisados, constata-se que os julgadores não atentam para as especificidades da matéria em concreto, nem sequer para o tipo de doença que acometeu as partes e a possibilidade do uso de uma medicação efetiva e de custo menor, consistindo tal atuação numa verdadeira efetivação de uma política pública de saúde que suplanta até as já existentes. De sorte que o Executivo de Alagoas nada pode alegar em face do direito à vida e à saúde, ao passo que deve sim suplantar qualquer óbice legislativo ou administrativo de lista fornecida pelo Ministério da Saúde e fornecer o tratamento ao indivíduo enfermo, custe o que custar.

Nesse contexto, mostra-se de bom alvitre registrar que o anseio de Montesquieu¹²¹ limita-se a evitar o exercício arbitrário do poder, revelando-se a prova mais inequívoca da afirmação de que há repartição e distribuição das ditas principais funções do Estado, de forma a evitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa, caso claro da supervalorização de um dos poderes, o que pode gerar, em um juízo de ponderação pragmático, uma criação do direito que não resulte efetivamente em consequências práticas úteis à realidade social.

Assim, no campo de atuação do Poder Judiciário, percebe-se que sob essa ótica os direitos fundamentais, em suas dimensões ou gerações “individual-liberal”, “social” e de “solidariedade”, transformar-se-ão de forma efetiva e adequada, no seio da sociedade, nas predições do pragmatismo, por intermédio de um magistrado que recolhe em si a “consciência” jurídica das consequências práticas e úteis de sua atuação.

Outrossim, deve o magistrado verificar os possíveis limites do sistema jurídico, revelando os critérios jurídicos formais e materiais na construção de suas decisões, ao exercer uma atuação ativista ou conservadora na aplicação, execução e criação do direito nos casos concretos.

Por fim, destaque-se o preceito de George Sarmiento,¹²² que mesmo adepto ao Judiciário mais ativo, menciona que a efetividade dos direitos fundamentais “está condicionada a uma ambiência democrática em que o Estado de Direito assegure a prevalência do princípio da legalidade, a independência dos três poderes, a eficiência do controle de constitucionalidade e a normalidade das instituições republicanas”.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. Trad. Fernando Henrique Cardoso. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

¹²² SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008, p. 76.

2 PERSPECTIVAS DA DOUTRINA CONSTITUCIONAL QUE EXTERIORIZAM O ATIVISMO JUDICIAL NA *RATIO DECIDENDI* DAS DECISÕES PESQUISADAS

2.1 Ativismo judicial como aspecto do neoconstitucionalismo

Partindo da concepção filosófico-pragmática de criação do direito considerada nas linhas do capítulo anterior, este capítulo tem o escopo de analisar as principais perspectivas da doutrina constitucional quanto ao ativismo judicial, em matéria de direito à saúde – política pública de saúde –, perspectivas estas extraídas da *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta pesquisa.

Destarte, cumpre ressaltar que, segundo a doutrina constitucional,¹²³ essa atuação ativa do Poder Judiciário no exercício de um juízo hermenêutico de inovação se verifica com as perspectivas trazidas pelo movimento constitucional denominado neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, em que pese não possua uma identidade cartesiana, questão esta reconhecida pelos seus próprios divulgadores e adeptos, segundo a doutrina constitucional, de uma forma geral, é um movimento que idealiza uma mudança de paradigma na maneira de se observar e encarar o ordenamento jurídico, no sentido de fortalecer o texto constitucional, dando ênfase à rigidez constitucional, à força normativa da Constituição, à interpretação conforme a Constituição e, principalmente, à irradiação constitucional nos demais ramos do direito, inclusive no direito privado,¹²⁴ revelando-se uma verdadeira configuração de “onipresença da Constituição”.¹²⁵

Em uma perspectiva pragmática, pode-se ponderar que, em um ponto de vista global, o neoconstitucionalismo se identifica com um dos pensamentos defendidos pelo

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12.

¹²⁴ LÔBO, Paulo. **Novas Perspectivas da Constitucionalização do Direito Civil**. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

¹²⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 106.

pragmatismo jurídico, no sentido de se preocupar com a “normatividade dos fatos”¹²⁶ e com a consequência prática e útil da decisão jurídica.

De sorte que um juiz pragmatista orientando suas decisões por suas consequências práticas, pode até encarar o ordenamento jurídico como um todo constitucional – onipresença da Constituição –, desde que isso se revele uma forma de adequar as situações jurídicas práticas ao contexto social.

No entanto, ao se ponderar essa perspectiva, não se pensa que o magistrado somente deve observar o ordenamento jurídico em uma perspectiva constitucional, como defende categoricamente o movimento neoconstitucionalista, uma vez que o ideal pragmático não permite tal definição como única verdade a ser aplicada, pois o pragmatismo “valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação”,¹²⁷ de sorte que não se vislumbra no pragmatismo a ideia de pesquisadores descobridores de “verdades” cartesianas e inquestionáveis.

Assim, por possuir uma característica antiessencialista, o pragmatismo jurídico não admite que as “verdades” científicas ou do senso comum sejam taxativamente e exclusivamente preestabelecidas como conceitos dogmáticos e princípios valorativos intangíveis, sem a possibilidade de novas investigações.

Portanto, o pragmatista possui “um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada”,¹²⁸ mas sim, devidamente verificada e construída com a intenção de aperfeiçoar cada vez mais o conhecimento científico. Um pragmatista, sem cair em contradição, diria que os juízes poderiam, em determinados casos, ser pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, em vez de positivistas; ou o contrário.

Assim, “se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador”.¹²⁹

¹²⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 111-112.

¹²⁷ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.

¹²⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

¹²⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 12.

2.1.1 Fundamentos históricos, filosóficos e teóricos da perspectiva neoconstitucionalista

A doutrina constitucional,¹³⁰ de uma forma geral, compõe o pensamento ou o movimento *neoconstitucionalista* a partir da passagem de determinados acontecimentos históricos, filosóficos e teóricos.

A abertura histórica marcante dessa mudança de paradigma surge após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente na Europa – Alemanha e Itália –,¹³¹ período em que os textos constitucionais passaram a não se limitar a estabelecer as responsabilidades e atribuições do Estado, mas também previam textos normativos que condicionavam a atuação do Estado, ressaltando os direitos subjetivos aos indivíduos e atribuindo ao ente estatal finalidades e objetivos a serem alcançados para fins de construir um possível Estado igualitário de direitos.¹³²

A doutrina constitucional¹³³ destaca como exemplo dos textos normativos que marcaram essa mudança de paradigma – neoconstitucionalismo –: a Constituição da Alemanha de 1949 – Lei Fundamental de Bonn –, a Constituição da Itália de 1947, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição da Espanha de 1978 e, em nosso país, a Constituição de 1988, que após um período histórico de muita repressão e opressão, passou a estabelecer inúmeros direitos e garantias individuais, os quais muitas vezes não foram observados de maneira satisfatória pelo Estado.

Assim, com os textos normativos constitucionais condicionando a atuação do Estado e estabelecendo normas substantivas à tutela dos indivíduos, surge uma nova forma de enxergar e interpretar o ordenamento jurídico, no exercício de uma nova hermenêutica dos fatos jurídicos. Utiliza-se uma espécie de lente constitucional, superando o ideal clássico

¹³⁰ CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. / BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12. / SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113. / VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12.

¹³² CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 10.

¹³³ CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 10. / BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12.

positivista de segurança jurídica extraído com a simples subsunção de textos normativos em detrimento da atividade criativa dos intérpretes e aplicadores dos textos normativos.

Segundo a doutrina constitucional,¹³⁴ a filosofia volta a possuir um papel importante na observação e construção do direito contemporâneo, pois com o enfraquecimento do positivismo jurídico – direito associado à lei como texto normativo – e o surgimento de novas reflexões, que foram denominadas de pós-positivistas – direito associado à moral, à ética e ao ideal de justiça –, o direito volta a se aproximar das compreensões éticas e morais oriundas do pensamento filosófico clássico.

De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de “virada kantiana” (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico.¹³⁵

Ressalte-se que não se está aqui com tais afirmações a defender a aplicação ou o retorno a uma filosofia metafísica e meramente contemplativa, até porque o pragmatismo jurídico rechaça tal pensamento, pois a filosofia pragmática se mostra “ativa e constitui o instrumento de modificação ou de correção do mundo natural ou humano”,¹³⁶ preocupando-se com a análise das consequências práticas e úteis oriundas das indagações filosóficas em abstrato.

Assim, com base no que menciona a doutrina constitucional, somente se expõe esta perspectiva filosófica como momento em que o direito volta a se associar às compreensões morais, éticas e de justiça. Ideais estes que se associam também com o pretendido pela filosofia pragmático-jurídica, no entanto sem apego a rótulos ou fórmulas prontas e acabadas, a verdades absolutas e sem a possibilidade de questionamentos.

Desta forma, pode-se dizer que o pragmatismo jurídico contém algumas características desta virada filosófico-jurídica denominada pela doutrina constitucional de pós-positivismo. De sorte que o pragmatismo jurídico se utiliza das compreensões morais, históricas, sociológicas e éticas para a construção e o aperfeiçoamento de um direito que

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12.

¹³⁵ TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**: Valores e princípios constitucionais tributários. São Paulo: Renovar, 2005, p. 41.

¹³⁶ ABBGNATO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 449.

oferte solução para os problemas da sociedade, resultando estas apreensões gnosiológicas em consequências práticas e úteis para tanto.

Todavia, ressalte-se que o pragmatismo jurídico não despreza o texto normativo e a ideia de segurança jurídica advinda do positivismo com a noção de moldura; pelo contrário, para o pragmatismo a legislação também deve ser observada, porém a partir do momento em que os textos normativos se mostrarem obscuros e imprecisos para a solução dos casos concretos, compete aos magistrados observarem o direito a partir realidade concreta social.

Por sua vez, essa adequação do direito não deve ser realizada como um processo de livre decisão por parte dos magistrados, mas como um processo de decisão e um método de consequências práticas e úteis para a solução do caso, o que normalmente não se verifica quando se trabalha a perspectiva do que a doutrina constitucional convencionou denominar de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, adotando em sua maioria conceitos e compreensões semelhantes e abstratas, com fins meramente retóricos de uma decisão intimamente já tomada pelos magistrados.

Os mesmos problemas de método, os mesmos contrastes entre a letra e o espírito, são problemas agudos em nosso país e em nosso direito. Sobretudo na esfera do direito constitucional, o método da livre decisão tornou-se, em minha opinião, o que predomina em nossos dias. As grandes generalidades da Constituição têm um conteúdo e um significado que variam de uma época para outra. O método da livre decisão vê através das particularidades transitórias e alcança o que há de permanente por trás delas. Assim ampliada, a interpretação se torna mais do que a verificação do propósito e da intenção dos legisladores cuja vontade coletiva foi declarada.¹³⁷

Assim, em uma perspectiva pragmática, partindo da análise das possíveis consequências práticas dos casos levados à apreciação dos magistrados, constrói-se um direito fundado em uma margem razoável de segurança jurídica, no sentido de se poder almejar uma solução jurídica adequada às compreensões jurídicas, morais, sociológicas e éticas que a filosofia pode fornecer ao estudo do direito.

Ademais, ressalte-se que mesmo com o ideal de segurança jurídica estabelecido com o positivismo jurídico, no qual o aplicador da norma jurídica está limitado à moldura do texto normativo, há, dentro dessa moldura, uma margem indeterminada de aplicação do direito, o que, de certa forma, relativiza a segurança jurídica como um instituto absoluto ou com ideal absoluto defendido pelos positivistas.

¹³⁷ CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

Em uma análise pragmática, seria utópico pensar a segurança jurídica como um instituto absoluto, seja no contexto do positivismo jurídico ou no do neoconstitucionalismo; aliás, nada no corpo social implica uma ideia de segurança absoluta.

Holmes¹³⁸ destaca uma situação de possível injustiça e insegurança provocada por uma teoria que supervaloriza e dá importância absoluta aos seus dogmas, ao indagar o porquê que uma afirmação falsa e prejudicial privilegia, se for feita honestamente, dando informações sobre um servo? É porque ela foi pensada mais de suma importância do que a informação oferecida de forma livre, do que um homem deve ser protegido daquilo que em outras circunstâncias consistiria um erro impugnável.

Desta forma, a reaproximação do direito às compreensões filosóficas, históricas, morais, sociológicas e éticas, em que pese deixar os magistrados em um campo maior de atuação, não pode ser considerada como uma forma de excitar a insegurança jurídica de maneira extrema, no exercício de uma “discricionariedade política” dos magistrados ou de um “governo” de juízes,¹³⁹ mas sim como um método de melhor obter informações de forma livre e sem apego a dogmas absolutos e inquestionáveis, com o escopo de encontrar as soluções possivelmente mais adequadas aos casos concretos.

Sob esta ótica pragmática, a reaproximação do direito às compreensões filosóficas, históricas, morais, sociológicas e éticas gerará uma margem razoável de segurança jurídica, desde que aplicada utilizando-se como método a observação das consequências práticas e úteis do caso que chegam às mãos dos Tribunais.

No campo de desenvolvimento teórico, segundo a doutrina constitucional,¹⁴⁰ o neoconstitucionalismo ganha fundamento com o reconhecimento da rigidez constitucional, da força normativa da Constituição, da interpretação conforme a Constituição e, principalmente, com a expansão da jurisdição constitucional e a irradiação constitucional nos demais ramos do direito.

Nesse aspecto, o texto normativo constitucional passou a se fortalecer primeiramente quanto ao seu processo de alteração legislativa, o que prevê um processo de alteração mais rigoroso e específico, diferente da alteração do texto normativo infraconstitucional. Isso resulta no que a doutrina constitucional denomina de rigidez

¹³⁸ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010, p. 145.

¹³⁹ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. 1ª Ed. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁴⁰ CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 10. / BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 8.8.12.

constitucional, inclusive com previsão expressa de vedação, em nossa Constituição Federal, de reforma que tenha por objeto reduzir ou abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e as garantias individuais (art. 60, §4º, CF/88).

Nessa linha de pensamento, com o propósito de se contrapor à teoria que visualizava a Constituição – Constituição Jurídica ou Formal – como uma mera “folha de papel”,¹⁴¹ que somente encontrava força quando da sua ratificação pelos denominados “fatores reais de poder” exercidos pela sociedade – os quais são compreendidos como uma “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” –, defende-se uma teoria constitucional com força oriunda da própria Constituição ou de seu próprio texto normativo, a qual se passou a denominar “força normativa da Constituição”.¹⁴²

Para essa teoria constitucional, a Constituição detém força normativa na medida em que possui, por parte dos concretizadores da ordem constitucional, uma pretensão de eficácia do texto normativo constitucional, sob o aspecto “concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida”.¹⁴³

Assim, segundo essa teoria constitucional, compete aos magistrados uma mudança de pensamento e espírito jurídico, para que a Constituição se converta em uma força ativa. A isso o doutrinador alemão Konrad Hesse, precursor desta teoria, denominou de “vontade de Constituição” – *Wille zur Verfassung*.¹⁴⁴

Cumprido destacar que a “vontade de Constituição” instituída por Hesse persegue a essência da “força normativa da Constituição”, porém possui limites, os quais são expressamente reconhecidos pela doutrina constitucional alemã e pouco compreendidos no momento de sua aplicação.

Estes limites muitas vezes são esquecidos pelos concretizadores da ordem constitucional, pelo menos é o que se constata no Órgão Jurisdicional pesquisado, como se pode perceber da análise da *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta análise:

¹⁴¹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-11.

¹⁴² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (*Die Normative Kraft Der Verfassung*)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁴³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (*Die Normative Kraft Der Verfassung*)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 16.

¹⁴⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (*Die Normative Kraft Der Verfassung*)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PACIENTE NECESSITANDO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA. DEVER DO ESTADO DE ALAGOAS EM FORNECÊ-LOS GRATUITAMENTE. LEGALIDADE. DECISÃO DE 1º GRAU EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003433-5 – Acórdão n.º 1.1201/2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 12.9.11)¹⁴⁵

[...]

No que toca à afirmação de impossibilidade de controle judicial sobre o mérito de ato administrativo, suscitada pelo apelante, esta não pode prosperar, pois o Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder dos Entes Públicos que se omitem na efetivação das garantias constitucionais, *in casu*, o direito à saúde.

Salienta-se que o Judiciário tem o dever de fazer cumprir as normas toda vez que a este for requerido, não se configurando violação ao princípio da separação dos poderes. (Precedente do STJ: REsp n.º 746.781/RS).

Dentro dessa intelecção de ideias, cumpre afirmar que é lícito ao Magistrado, à vista das circunstâncias do caso concreto com base no princípio da proporcionalidade, proceder a um juízo de harmonização entre o fim da norma e a preponderância dos interesses envolvidos, no caso: a dignidade da pessoa humana e questões atinentes a direito administrativo.

Nesse pórtico, vislumbro que o direito à saúde, à vida da apelada que está pleiteando os aludidos medicamentos deve prevalecer sobre a necessidade de se atender a cronogramas orçamentários e financeiros.

Ante o exposto voto no sentido de conhecer da presente apelação cível para negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em todos os termos. (grifos aditados)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. MEDICAMENTO NÃO INCLUSO NA LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FORNECER MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.004460-4 – Acórdão n.º 6.1622/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 17.10.11)¹⁴⁶

¹⁴⁵ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pugna pela reforma da “sentença proferida pelo Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Capital/Fazenda Estadual, nos autos da ação cominatória com pedido de tutela antecipada n.º 001.08.089856-5”, que condenou o ente estatal a fornecer medicamento Exelon 10 mg, 01 (um) adesivo por dia, 12 caixas em 01 (um) ano, a fim de auxiliar no tratamento da doença de Alzheimer do requerente, mencionando que o direito à vida e à saúde deve prevalecer sobre as questões orçamentárias estatais, realizando uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas desta atuação. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

¹⁴⁶ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pugna pela reforma da “sentença do juiz da 17ª vara cível da Capital – Fazenda Pública que, vislumbrando pertinência no pleito autoral, determinou ao apelante o fornecimento imediato dos medicamentos rituximabe (mabthera) 100 mg (dois frascos por ciclo) e

[...]

Como dito, a Constituição Federal de 1988, em seu 196, estabeleceu ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Deduz-se, a partir de então, que qualquer dos entes federativos é responsável pela efetivação de tal direito, que está intrinsecamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a lei n. 8.080/90, lei infraconstitucional, não pode restringir o direito à saúde, garantia constitucional. As normas de organização nela previstas não podem, em nenhuma situação, dificultar a efetiva garantia do direito à saúde. Não tem respaldo jurídico, portanto, a alegação de que cabe somente ao Estado de Alagoas o fornecimento dos medicamentos excepcionais e de alto custo.

Aduziu ainda, o apelante, ser defeso ao Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo. Mais uma vez, razão não lhe assiste, e o motivo é simples.

Caso o ato administrativo não guarde similitude com a forma, a finalidade e a competência prescritas no plexo jurídico respectivo (elementos vinculados do ato), o Poder Judiciário não apenas pode, como deve, após o ajuizamento da respectiva ação judicial, analisar o mérito do ato administrativo, que guarda relação com o motivo e como objeto do ato administrativo.

O caso dos presentes autos foge da seara meritória do ato administrativo, passando à incidência da legalidade, já que se discute a finalidade do ato, bem como a proporcionalidade e a razoabilidade do ato denegatório do fornecimento de medicamento. Portanto, o órgão judicial não pode se eximir da prestação jurisdicional. (grifos aditados)

Em uma análise pragmática, não se vislumbra nos casos apreciados a menção ou uma justificativa jurídico-dogmática que supere os pressupostos e limites ao exercício da “força normativa da Constituição” que a doutrina constitucional alemã apresenta, tais como: a análise da correspondência do conteúdo do texto constitucional com a realidade social de seu tempo; a práxis jurídica dos participantes da construção constitucional no exercício da “vontade de Constituição”; a frequente revisão dos textos constitucionais – o que enfraqueceria a sua força normativa –; e, por fim, uma forma de interpretação que promova a correlação do texto normativo constitucional com a realidade social, sem que se tenha de modificar a finalidade ou o sentido original do texto em detrimento da situação fática a ser analisada.¹⁴⁷

rituximabe (mabthera) 500 mg (um frasco por ciclo), durante 8 (oito) ciclos de 21 (vinte e um) dias”, destacando que “a lei n. 8.080/90, lei infraconstitucional, não pode restringir o direito à saúde, garantia constitucional. As normas de organização nela previstas não podem, em nenhuma situação, dificultar a efetiva garantia do direito à saúde. Não tem respaldo jurídico, portanto, a alegação de que cabe somente ao Estado de Alagoas o fornecimento dos medicamentos excepcionais e de alto custo”, realizando uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas desta atuação. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

¹⁴⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Este último pressuposto e limite ao exercício da “força normativa da Constituição” nem sequer foi considerado ou justificado como não existente pelos casos objeto desta pesquisa, pois o intérprete do direito à saúde – Tribunal de Justiça de Alagoas – exercita a normatividade do texto constitucional utilizando um critério de interpretação baseado no método dedutivo, consoante se extrai do seguinte trecho, que acima foi destacado:

[...] Como dito, a Constituição Federal de 1988, em seu 196, estabeleceu ser a saúde direito de todos e dever do Estado. **Deduz-se, a partir de então**, que qualquer dos entes federativos é responsável pela efetivação de tal direito, que está intrinsecamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito. (grifos adotados)

Desta forma, compreende-se que no campo hermenêutico existem vários meios de se chegar à interpretação dos fatos. Dentre estes métodos e mecanismos de interpretação e integração, destacam-se a subsunção, a ponderação, a indução, a abdução, a retrodução e a dedução como método da *Escola de Exegese*. Nestes “a codificação representava a razão jusnaturalista que deveria ser ‘operada’ por um modelo *dedutivo* que descreve a aplicação do fato à norma”.¹⁴⁸

A subsunção é uma atividade mental de interpretação jurídica que se utiliza de um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. Nesse sentido, “a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento”, sem que haja, por parte dos concretizadores do ordenamento jurídico, alguma contribuição para uma suposta concepção do direito ao caso concreto.¹⁴⁹

O método da ponderação, por sua vez, segundo a doutrina constitucional,¹⁵⁰ impõe um sopesamento no confronto de vários elementos – princípios, bens, direitos, interesses, valores –, o que muitas vezes o torna sem critérios definidos e bem identificados, possuindo o vocábulo “ponderação” uma maneira de interpretação quase que ilimitada, com a possibilidade de qualquer construção jurídica ou argumento retórico para o exercício discricionário do poder.

¹⁴⁸ CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 186.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

¹⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A dedução comporta uma forma de se chegar à conclusão partindo de premissas gerais, para se alcançar parciais – regra, caso específico e conclusão. A indução parte das premissas particulares para as gerais – conclusão, caso específico e regra –, porém nessa perspectiva a indução provoca um silogismo inválido, tendo em vista que pela conclusão e pela análise de um caso específico não se vislumbra sempre a regra.

A abdução, por sua vez, parte de premissas gerais como suposições de resultados concretos – regra, conclusão e caso específico. E, por fim, a retrodução se utiliza de premissas empíricas como forma de observação e correlação das regras gerais com os fatos concretos.

O que se constata dos julgados analisados por esta pesquisa é que se “ponderam” até os meios de interpretação – ponderando um caso com o método dedutivo –, sem esclarecer sequer o que se entende por ponderação, qual o conteúdo utilizado que está a se ponderar ou como se dá a ponderação. Nas palavras de Humberto Ávila:¹⁵¹ “preparar a ponderação”, “realizar a ponderação” ou “reconstruir a ponderação”.

Nesse contexto, as formas exegéticas de concreção – concretização – dos direitos fundamentais, dos quais se lança mão para interpretação, aplicação ou mesmo criação do direito e das relações jurídicas oriundas dele em concreto, são aplicados indistintamente e sem um critério que possua uma margem razoável de objetividade para que seja viabilizada uma possível impugnação ou correção da análise.

Ressalte-se que a doutrina constitucional tenta estabelecer parâmetros para que se realize uma ponderação com um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade possível, evitando ou proibindo uma atuação hermenêutica de excesso.

Ademais, como já se destacou, o emprego da ponderação pode ter consequências da maior gravidade. Por essas razões, a questão que hoje parece da maior relevância no estudo da ponderação diz respeito à necessidade de estabelecer parâmetros de controle para esse processo, tanto normativos, como argumentativos.¹⁵²

Portanto, nesse aspecto, de uma forma aparentemente retórica, o Tribunal de Justiça de Alagoas se utiliza de um método exegético, que se passa a denominar aqui de ponderação-dedução –, em face da confusão verificada na aplicação dos meios de

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 59.

interpretação e maneira dissonante à que desenvolve a doutrina constitucional como forma de exercício hermenêutico da “força ativa” da Constituição.

Pois, para o alcance da finalidade do que a doutrina constitucional alemã apregoa como “força normativa da Constituição”, o intérprete deve buscar uma forma de interpretação que promova a correlação do texto normativo constitucional com a realidade social, sem que se tenha de modificar a finalidade ou o sentido original do texto em detrimento da situação fática a ser analisada, caso em que o texto constitucional deve ser reformado e revisto pelo Poder Legislativo, e não reinterpretado ou redimensionado pelo Judiciário.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.¹⁵³

Destarte, indaga-se: será que quando o constituinte originário redigiu o art. 196 da Constituição Federal de 1988, destacando que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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”, a finalidade era responsabilizar solidariamente todos os entes da Federação da República sem distinção alguma, obrigando todos a fornecer medicamentos,¹⁵⁴ fraldas descartáveis,¹⁵⁵ passagens aéreas para realização de transplante de córneas em outro ente da Federação,¹⁵⁶ exames médicos,¹⁵⁷ intervenções cirúrgicas,¹⁵⁸ medicamentos ou qualquer procedimento médico independentemente da análise orçamentária,¹⁵⁹ da repartição de atribuições públicas e da própria criação de políticas públicas regionalizadas?

Em uma análise bastante modesta, ao que parece esta resposta tende a uma presciência negativa ou, no mínimo, questionável, o que constitui um dos objetos desta investigação.

¹⁵³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (*Die Normative Kraft Der Verfassung*). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

¹⁵⁴ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.004641-9 – Acórdão n.º 1.1474 /2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 9.11.11).

¹⁵⁵ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003492-6 – Acórdão n.º 2.1092/2011 – 2ª Câmara Cível – DJ 22.9.11).

¹⁵⁶ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.007234-2 – Acórdão n.º 1.1425 /2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 9.11.11).

¹⁵⁷ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.004073-0 – Acórdão n.º 1.1276/2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 6.10.11).

¹⁵⁸ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.004172-5 – Acórdão n.º 1.1472 /2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 9.11.11).

¹⁵⁹ (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003759-9 – Acórdão n.º 6.1535/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 6.10.11).

Ou a melhor compreensão ou exegese do dispositivo não seria dada com base em uma verificação pragmática da realidade social, política e econômica de cada ente federativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, com a adoção de medidas e ações devidamente calculadas e organizadas, em respeito ao que a doutrina constitucional prega ao trabalhar a ideia, mesmo nos casos de interferência do Judiciário no âmbito dos demais Poderes – ativismo judicial –, de observar a reserva do possível, o mínimo existencial, o ideal de democracia e a “releitura” da separação dos poderes?

Por outro lado, não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc. Além disso, assume relevo a existência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida. Isso porque os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento no âmbito do sistema de saúde brasileiro, têm por base o trabalho de profissionais especializados, buscando (pelo menos vale, em princípio, a presunção), acima de tudo, a garantia de eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos indicados, encontrando-se abertos à participação da comunidade científica, à qual é viabilizada a possibilidade de opinar sobre o protocolo em estudo, antes que seja definitivamente aprovado e estabelecido.¹⁶⁰

Até porque, promulgando esse tipo de atuação, o Órgão Jurisdicional objeto desta pesquisa promove um ativismo judicial desmedido, sem observar as possíveis consequências de cunho teórico e prático de sua atuação, explicitando uma maneira de exercício intenso da tão proclamada “força normativa da Constituição” ou da “vontade de Constituição”, precisamente quando do exercício hermenêutico neoconstitucional, sobremaneira diante desses casos difíceis, como se mostra a promulgação e tutela do direito à saúde por parte do Poder Judiciário.

Assim, conforme constatado, ao realizar um juízo verdadeiramente ilimitado de modulação e “releitura” de compreensões jurídicas relacionadas à competência e responsabilidades dos demais Poderes, o Órgão Jurisdicional pesquisado desnatura a própria essência pregada pela doutrina constitucional alemã que trata da “vontade de Constituição”,

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. *In.*: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44.

pois essa “vontade” deve possuir como vetor os fatores de cunho social, político, econômico e as especificidades de cada ente estatal.

Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela ideia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites.¹⁶¹

Nessa linha, ao tratar das práticas jurisprudenciais contemporâneas no exercício hermenêutico do pensamento neoconstitucionalista, Miguel Carbonell¹⁶² destaca que atualmente “os juízes têm de lidar com a dificuldade de trabalhar com ‘valores’ que estão constitucionalizados e que exigem uma tarefa hermenêutica que seja capaz de aplicá-las a casos específicos de forma justificada e razoável”, não de forma retórica e ilimitada, como se mostra a investigação filosófica objeto desta pesquisa.

2.1.2 O caráter *multifuncional* dos direitos fundamentais e a ponderação dos princípios e das regras como aspectos do ativismo judicial

Com o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental exigível e não programático,¹⁶³ deve-se, primeiramente, atentar para sua historicidade e desenvolvimento perante a sociedade, para que se imponha sua concretização.

De sorte que, como alerta José Carlos Vieira de Andrade,¹⁶⁴ dependendo da época ou momento histórico social, os direitos fundamentais podem se apresentar em diversas perspectivas, inclusive “podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo

¹⁶¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (*Die Normative Kraft Der Verfassung*). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

¹⁶² CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 10.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: 2003, p. 476-477.

¹⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo – perspectiva universalista ou internacionalista”, o que não quer dizer que este direito seja concretizado indistintamente sem a justificação e a observação das compreensões jurídico-doutrinárias criadas pela própria doutrina constitucional, quando da visualização da força normativa dos textos constitucionais e da possibilidade de concretização e efetivação de normas anteriormente ditas programáticas.¹⁶⁵

Nesse contexto, a doutrina constitucional brasileira, associada aos ensinamentos e pensamentos da doutrina constitucional europeia, delinea os direitos fundamentais em duas grandes perspectivas: primeiramente, em seu aspecto subjetivo de defesa dos indivíduos contra os atos do Estado e, em seguida, no sentido objetivo, com uma carga normativa de eficácia irradiante, segundo Konrad Hesse.¹⁶⁶ Desta forma, os direitos fundamentais se tornam afluentes de várias perspectivas e funções que muitas vezes não são bem compreendidas por parte dos aplicadores do ordenamento constitucional, como vem se constatando nos julgados objeto desta pesquisa.

Destarte, com base nessas perspectivas, a doutrina constitucional sustenta a tese da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, em face dos aspectos subjetivos e objetivos, estes direitos exercem diversas funções na ordem jurídica. A doutrina europeia chega a listar doze funções típicas dos direitos fundamentais, quais sejam:¹⁶⁷ 1 – direitos de defesa; 2 – direitos de participação ou quota-parte; 3 – garantias institucionais; 4 – garantias procedimentais; 5 – direitos fundamentais como ordem de valores; 6 – direitos fundamentais como normas objetivas; 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social; 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; 10 – direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; 11 – função legitimadora dos direitos fundamentais; e 12 – função pacificadora e de parâmetro de justiça.

Em matéria de direitos fundamentais, no contexto do neoconstitucionalismo, que integra essa mudança de paradigma na esfera constitucional que se reflete em todo o ordenamento jurídico, inclusive com a interferência do direito constitucional em ramos exclusivamente privados. Este teve como marco um caso oriundo da Alemanha, denominado

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: 2003, p. 476-477.

¹⁶⁶ HESSE, Konrad. trad. Gilmar Ferreira Mendes. **A Força Normativa da Constituição** (*Die Normative Kraft Der Verfassung*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 156.

caso *Lüth*,¹⁶⁸ em que a Corte constitucional alemã aplicou questões constitucionais na análise de uma controvérsia privada. Os métodos de interpretação, em um juízo pragmático, mostram-se cada dia mais complexos e, ao mesmo tempo, insuficientes para a resolução dos casos concretos com a análise de suas consequências, tendo em vista o conteúdo extremamente aberto revelado pelos direitos fundamentais ditos multifuncionais – direito ao bem estar ambiental, físico e mental como corolário do direito à saúde.

Cumprido destacar de forma bastante sucinta que Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*,¹⁶⁹ realiza um trabalho com base na Constituição alemã e nos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, o qual, em certos casos, proporciona, em sua ótica, uma abertura ainda maior das discussões do que as já constantes dos direitos fundamentais, gerando com isso grandes discussões filosófico-jurídicas sobre o assunto.

Desta forma, em busca de soluções para essas discussões e um possível excesso de abertura dos direitos fundamentais, desenvolve uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais no âmbito constitucional alemão com a substância de uma teoria integrativa e estrutural dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, aliado às ideias de Alexy, segundo a doutrina constitucional, o método que deve ser utilizado na interpretação dos direitos fundamentais é o da ponderação, o qual se associa aos ideais do neoconstitucionalismo, da força normativa dos princípios e das técnicas de argumentação e justificação jurídica.

Porém, como visto, este método ainda provoca grandes discussões na doutrina, principalmente em face da abertura quase ilimitada que ele proporciona em matéria de concretização de direitos fundamentais, impondo questionamentos quanto à possibilidade de ponderação de princípios, regras ou textos normativos em detrimento da operação mental da subsunção.

Dworkin, um dos maiores críticos do pragmatismo jurídico, trabalha primeiramente com a ideia de princípios em sentido amplo, tendo como vertentes os *principles* e a *policy*. Os *principles*, em sua ótica, consistem nos princípios em sentido restrito a tutelar direitos individuais e as políticas, no sentido de planejar desígnios coletivos.

Assim, destaca que “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como

¹⁶⁸ CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores**: problemas jurídicos y políticos. Granada: 2005.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

um todo”. De outro lado, “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.¹⁷⁰

Segundo esta teoria, os princípios dispõem aos magistrados meios, no sistema jurídico, de realizar uma interpretação em maior conformidade ao texto constitucional, quando se deparam com os casos difíceis.

No entanto, ressalte-se que os princípios são extraídos do ordenamento jurídico fechando suas lacunas, ao passo que Dworkin critica o positivismo quanto à abertura de argumentação permitida na aplicação do direito.

Desta forma, Dworkin menciona que as regras são ou não aplicadas aos casos concretos sem a possibilidade de alguma ponderação ou criação, revelando uma condição de *tudo ou nada – all-or-nothing* –, “no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”.¹⁷¹

Os princípios, por sua vez, aplicam-se aos casos concretos sob uma dimensão de peso – *dimension of weight* –, possuindo um caráter de sobreposição, no sentido de que o princípio de maior peso se sobrepõe à aplicação do outro, sem que este perca a sua validade.

No entanto, em uma análise pragmática, ao contrário do que defende Dworkin, que os princípios são extraídos do próprio ordenamento jurídico fechando suas lacunas, verifica-se, na verdade, com a investigação dos julgados objeto desta pesquisa, a possibilidade de uma abertura ainda maior de alcance das questões e implicações jurídicas concretas, principalmente quanto à interpretação, ao se defender a ponderação para o exercício de uma hermenêutica mais adequada à concretização de princípios e dos direitos fundamentais.¹⁷²

Humberto Ávila,¹⁷³ ao desenvolver o estudo dos princípios e sua forma de interpretação, cita doutrinadores que pensaram e pensam a respeito de em que consiste o princípio, estabelecendo a sua distinção das regras, verificando que alguns critérios para estabelecer essa distinção foram sempre utilizados, dentre eles o critério do *caráter hipotético-condicional*, o do *modo final de aplicação*, o do *relacionamento normativo* e o *fundamento axiológico*.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

¹⁷² ALEXY, Robert. trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

O primeiro critério de distinção tem como fundamento o “fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminaram a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*”;¹⁷⁴ já os princípios apontam para um suposto fundamento que servirá de base à construção da norma, quando da análise dos casos concretos. Nesse contexto, o segundo tem sustentação “no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*”.¹⁷⁵

Já o terceiro critério possui como fundamento a ideia de um verdadeiro choque ou conflito entre as regras, que somente pode ser assentado com o afastamento de uma regra “ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles”. Por fim, o quarto critério, ao nosso sentir mais temerário – no sentido de sua abertura exegética –, “considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada”,¹⁷⁶ o que em uma apreciação pragmática pode possuir dois caminhos, um possivelmente bom, que permita a adequação do ordenamento jurídico às consequências dos casos em concreto, e outro possivelmente ruim, que permita o uso desmedido, sem critérios e, o pior, sem reflexos efetivos de adequação da doutrina constitucional às consequências úteis e práticas dos casos judicializados.

Desta forma, com base nesses critérios, Humberto Ávila¹⁷⁷ elabora uma distinção epistemológica entre princípios e regras, ao mencionar que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

¹⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 78-79.

Assim, com base nesse pensamento da doutrina constitucional, pode-se dizer que os princípios são normas valorativas que têm como essência a finalidade de suas predições, ou seja, eles possuem uma essência finalista e instituem um determinado fim a ser alcançado. Para uma melhor compreensão Ávila cita como exemplo o princípio da moralidade, o qual estabelece como finalidade “a *realização* ou *preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação”.¹⁷⁸

Partindo da premissa da doutrina constitucional de que as regras são os textos normativos “com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência”,¹⁷⁹ em uma verificação pragmática, pode-se entender que, como textos normativos que são, inclusive por possuir um caráter abrangente, há possibilidade de ponderação das regras, relativizando o modo do *tudo ou nada* e da exceção, porém sem questionar a validade dos textos não aplicados, pois mesmo quando as regras entram em conflito e, ao aplicar o modo do *tudo ou nada* ou da exceção, a regra que não serviu para o caso, via de regra, continua plenamente válida e aplicável ao ordenamento jurídico.

Nessa linha, segundo essa teoria, o conflito entre princípios se resolveria utilizando a técnica da ponderação. Assim, não se resolve o choque com a exclusão cartesiana dos princípios conflitantes, pois os princípios “possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras”.¹⁸⁰

Ávila também defende a possibilidade da ponderação de regras, inclusive quando a regra – texto normativo – dá suporte a um princípio ou, no ato de sua interpretação, ela revela um princípio ou um valor a ser observado. Daí, pondera-se tanto a regra como o princípio que se extrai da regra. De sorte que os exemplos que ele cita em sua obra¹⁸¹ são exemplos que suplantam o texto normativo em face do grau de indeterminação e, muitas vezes, revelam-se verdadeiros princípios – dignidade humana, que reflete o direito à saúde e preservação da vida do cidadão.

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

Com base nos ideais do pragmatismo jurídico, verifica-se que os textos normativos às vezes se apresentam com um grau de indeterminação bastante elevado, ao passo que a atividade mental da subsunção ou do *tudo ou nada* para a solução do choque entre as regras ou mesmo para a aplicação do caso concreto, tende mais à aplicação de uma forma de interpretação com uso da ponderação do que de mera subsunção. De sorte que a própria doutrina constitucional não vislumbra uma distinção cartesiana, em certos casos, entre a subsunção e a interpretação, consoante se constata nas lições de Andreas Krell:¹⁸²

Na prática, essa diferenciação entre subsunção e interpretação se apresenta complicada. O conteúdo pouco definido dos conceitos indeterminados faz com que a sua concretização somente aconteça mediante aplicação ou não aplicação no caso individual. No decorrer do tempo, eles ganham nitidez através de um “material de amostra” (*Anschauungsmaterial*) formado por estes casos já decididos pelo administrador. Assim, a interpretação está sendo “alimentada” pela própria subsunção (anterior) e, muitas vezes, verifica-se ser um problema de interpretação o que no início parecia ser uma questão de subsunção. Nesse contexto, torna-se evidente que todo ato de interpretação jurídica possui características construtivas e criativas, não havendo somente uma subsunção lógica mecânica.

Ademais, a doutrina constitucional ainda menciona a possibilidade de conflito de regras com princípios, o que na prática facilmente se pode constatar, porém sem uma solução facilmente detectável. Segundo entendimento de Humberto Ávila, haveria uma solução com base na premissa de que tanto as regras quanto os princípios possuem um peso e que nesse caso específico o aplicador do direito sopesaria o caso concreto e “resolveria” a questão e, conseqüentemente, o conflito.

Mas, como se verificou, falar em ponderação implica trabalhar com questões subjetivas de cunho pessoal do indivíduo que está a realizar a ponderação, de sorte que ele realiza um “sopesamento” no confronto de vários elementos – princípios, bens, direitos, interesses, valores – e da forma como visualiza tais elementos. Sopesamento este que não possui critérios definidos e bem identificados pela doutrina constitucional.

Destarte, a utopia da neutralidade do intérprete não encontra mais guarida nesse tipo de discussão, ao passo que a ideia clássica de neutralidade, advinda dos ideais de um Estado de direito burguês, o qual vislumbrava um Judiciário distante da influência política,¹⁸³

¹⁸² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental** – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 43.

¹⁸³ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

encontra-se superada, até mesmo pelo positivismo kelseniano,¹⁸⁴ seja em face do grau de indeterminação do texto normativo, seja pelo contexto social estabelecido pela sociedade contemporânea ou por movimentos essencialistas como o neoconstitucionalismo, impondo ao Judiciário uma atuação constitucional mais ativa no âmbito funcional dos demais Poderes.

Não fazendo sentido falar-se numa essência significativa nos textos normativos, só com a análise do momento histórico da aplicação é que o sentido do texto é dado, o que demonstra a necessidade de uma visão pragmática da interpretação.

[...]

Com a visão do humano como ser histórico inserido num mundo linguístico, torna-se impossível pensar em conhecimento “objetivo” ou “neutro” em contraposição a “subjetivo”. Daí que o intérprete jamais estará livre de seus pré-conceitos e, portanto, qualquer interpretação será sempre circunstancial e nunca “objetiva”.¹⁸⁵

Assim, como demonstrado, além da subjetividade característica da essência do indivíduo, a doutrina constitucional de um modo geral diverge bastante quanto ao modo de interpretação, aplicação e concretização do direito, seja em verificar se perfaz um caso de subsunção ou interpretação, seja na resolução dos conflitos de regras. De um lado se defende o modo do *tudo ou nada*, da exceção e da especificidade, porém sem questionar a validade dos textos não aplicados. Pois mesmo quando as regras entram em conflito ao aplicar o modo do *tudo ou nada*, a regra que não serviu para o caso, via de regra, continua plenamente válida e aplicável no ordenamento jurídico. De outro lado se defende também a ponderação como forma de solução para o conflito entre as regras e entre as regras e os princípios.

Ademais, ao lado de toda essa gama de conceituações e discussões jurídicas, estudos constitucionais trabalham a teoria de normatividade dos princípios,¹⁸⁶ no sentido de ofertar ao princípio uma carga normativa própria da norma jurídica, inclusive defendida pela doutrina positivista pontiana,¹⁸⁷ ao mencionar que os princípios atendem aos pressupostos de completude das normas jurídicas, sobretudo em sua estrutura “lógico-formal”, como conteúdo de normas jurídicas *sancionistas* ou *não-sancionistas*.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁸⁵ CATÃO, Adualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007, p. 39.

¹⁸⁶ BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa** – análise da prática jurisprudencial. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas**. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

Com efeito, os princípios têm uma estrutura lógico-formal normativa completa conforme a doutrina *não-sancionista*, pois contêm a descrição de um *antecedente* (=suporte fático) e a prescrição de um *consequente* (=preceito), embora, em geral, sejam formulados com acentuado grau de indeterminação, tanto no que se refere ao enunciado de seus pressupostos fáticos de incidência (=descrição do suporte fático), quanto no que diz respeito à definição do correspondente preceito.

[...]

Também se apreciarmos o problema em face da concepção *sancionista*, que exige haver uma sanção punitiva como dado essencial para caracterizar uma norma jurídica, iremos, forçosamente, concluir que os princípios atendem a esse requisito.¹⁸⁸

Assim, ao analisar a *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta pesquisa, pode-se constatar um ativismo judicial que não reflete as compreensões teóricas da doutrina constitucional. Na verdade, em uma análise pragmática, observa-se um formalismo excessivo de conceitos e definições jurídicas, que perturbam até os próprios criadores das teorias, os quais propulsionam, no mister dos magistrados, a possibilidade de uma espécie de atuação sem limites, consoante se extrai do seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. **PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS EM QUE OS DIREITOS SOCIAIS SUPLANTAM A SUPOSTA FALTA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.** PRIORIDADE ABSOLUTA DO ART. 227 DA CF/88 E PROTEÇÃO INTEGRAL DO ART. 4º DO ECA. RAZOABILIDADE DO VALOR DA MULTA FIXADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. RECONHECIMENTO DO DIREITO DE REGRESSO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003438-0 – Acórdão n.º 6.1484/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 29.9.11)¹⁸⁹

[...]

Pois bem, quanto à interpretação que deve ser dada aos artigos referentes ao capítulo da saúde, previstos na Constituição Federal entre os arts. 196 a 200, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou indubitável entendimento de que a interpretação sistemática converge para a conclusão de que os entes que compõem o Estado Federal têm o dever de fornecer medicamento à pessoa que não possui condições

¹⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas.** Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008, p. 105-107.

¹⁸⁹ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Município de Maceió/AL, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente municipal a custear o “fornecimento, mensalmente, 30 (trinta) comprimidos de CONCERTA 18mg, enquanto perdurar a necessidade do uso no tratamento de saúde” do enfermo. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem sequer mencionar qual a enfermidade a ser tratada com o fármaco solicitado. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo)

financeiras para arcar com o tratamento de saúde, além de que entre as referidas pessoas jurídicas federadas, a responsabilidade é solidária, cabendo ao propenso legitimado unitário a correspondente compensação de recursos públicos dispendidos unilateralmente, como forma de regresso, o que certamente não será discutido nesta alteração.

Utilizando precedentes do Superior Tribunal de Justiça AgRg no Ag 961.677/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 11/06/2008; REsp 439833 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0066513-9 - PRIMEIRA TURMA - Ministra DENISE ARRUDA – Data do Julgamento: 28/03/2006 - DJ 24.04.2006 p. 354 e REsp 772264 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0128500-8 - SEGUNDA TURMA - MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – Data do Julgamento: 16/03/2006 - DJ 09.05.2006 p. 207, esta Terceira Câmara já possui solidificado posicionamento neste sentido.

A Constituição Federal entendeu pela solidariedade entre os membros, em beneplácito ao direito à saúde e, conseqüentemente, atendendo ao maior dos bens jurídicos, A VIDA, e a Lei apenas veio limitar e assegurar dentre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, qual seria a área de atuação de cada um, cabendo àquele que foi demandado e condenado, entrar com uma Ação Regressiva contra quem entender ser o obrigado a prestar o serviço, dentro da organização do SUS.

Aqueles que compõem o Sistema Único de Saúde deveriam, administrativamente, criar um mecanismo de compensação orçamentária nestes feitos, onde restasse evidente que a solidariedade foi reconhecida, porém um outro ente é que estaria obrigado, por lei, a satisfazer tal obrigação. (grifos aditados)

Como se verifica, em nada interfere a alegação estatal de responsabilidade organizada dos entes que compõem o Sistema Único de Saúde, inclusive no aspecto orçamentário – reserva do possível –; pelo contrário, os entes federativos, segundo a “ponderação” que o julgado acima exposto realiza, devem criar uma forma de compensação orçamentária quando custearem medicamentos ou qualquer tratamento oriundo do direito à saúde de responsabilidade orgânica de outro ente, consoante distribuição de atribuições e responsabilidades estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde e pelas portarias do Ministério da Saúde. Confira-se:

[...]

Aqueles que compõem o Sistema Único de Saúde deveriam, administrativamente, criar um mecanismo de compensação orçamentária nestes feitos, onde restasse evidente que a solidariedade foi reconhecida, porém um outro ente é que estaria obrigado, por lei, a satisfazer tal obrigação.¹⁹⁰ (grifos aditados)

Ademais, na prática, como se resolveria esta “compensação” estabelecida no julgado acima? No contexto processual, teria o ente federativo que foi acionado que denunciar

¹⁹⁰ (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003438-0 – Acórdão n.º 6.1484/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 29.9.11)

à lide – art. 70, III, do CPC –¹⁹¹ o outro ente federativo que teria efetivamente responsabilidade em prestar o direito à saúde, segundo as normas do Sistema Único de Saúde e das portarias do Ministério da Saúde, para garantir o seu direito à ação regressiva, ou bastaria simplesmente promover uma ação de restituição ou de cobrança? Ou, ainda, caberia ao ente federativo que foi acionado chamar ao processo – art. 77, III, do CPC –¹⁹² os entes federativos que respondem pela dívida em comum, para garantir a repartição da obrigação de custear o direito à saúde do indivíduo?

Assim, além de responsabilizar qualquer ente da federação sem critérios teóricos e processuais bem definidos, este argumento, na prática, institui uma verdadeira imposição de relação de poder institucional, pois já que o Poder Judiciário reconheceu a responsabilidade solidária dos entes, então cabe aos entes criarem uma forma de compensação orçamentária para não ficarem com o prejuízo de uma conta que não pertence ao ente demandado. Isso não parece ser uma atitude idealizada pelo neoconstitucionalismo, como defendido pela doutrina constitucional aqui apresentada; muito menos pelo pragmatismo jurídico.

2.2 Terceira verificação pragmática da pesquisa

Assim, com a terceira verificação pragmática, constata-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas, nos casos objeto desta pesquisa, adota um ativismo judicial sem critérios justificados ao caso, no sentido de não utilizar de forma correspondente os institutos jurídicos fornecidos pela doutrina constitucional para a solução dos casos relacionados à concretização do direito à saúde.

Pois, para o alcance da finalidade do que a doutrina constitucional apregoa como “força normativa da Constituição”, o intérprete deve buscar uma interpretação que promova a correlação do texto normativo constitucional com a realidade social, sem que se tenha de modificar a finalidade ou o sentido do texto em detrimento da situação fática a ser analisada, caso em que o texto constitucional deve ser reformado e revisto pelo Poder Legislativo, e não redimensionado ou reformulado pelo Poder Judiciário.

¹⁹¹ Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: [...] III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

¹⁹² Art. 77. É admissível o chamamento ao processo: [...] III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

Verifica-se que esse ativismo judicial não se alinha aos ideais do que o pragmatismo jurídico prega como uma possível conduta ativa dos juízes, pois um magistrado pragmático deve tomar suas decisões atentando para as consequências práticas, utilizando as compreensões teóricas como instrumento de ação com fins sociais, o que não se observa nos julgados analisados por esta pesquisa, uma vez que o Tribunal de Justiça de Alagoas vem promovendo uma verdadeira política pública de saúde sem medir o quanto isso pode ter de consequências jurídico-processuais, jurídico-teóricas, econômicas e práticas.

Os pragmatistas, no entanto, não se contentam com um neotradicionalismo vago, pois sabem que não adianta dizer aos juízes que resolvem todas as questões duvidosas mediante uma postura de oposição a mudanças e de paralisação do desenvolvimento do direito, que dirá mediante o retorno a algum episódio do passado que reflita nossa permanente revolução constitucional (1950? 1850?). [...] O que precisam fazer é idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los. Precisam ter a sensibilidade instrumental, essencial ao pragmatismo.¹⁹³

Ao contrário dessa perspectiva, a atuação do Tribunal de Justiça de Alagoas atesta uma interpretação do direito à saúde de forma ilimitada e incondicional, suplantando o preconizado pela própria doutrina constitucional quanto ao movimento neoconstitucionalista, aos limites da “força normativa da Constituição”, aos métodos de exercício da hermenêutica constitucional das regras e dos princípios, exercendo um sopesamento e uma “ponderação” até dos métodos de interpretação – denominada aqui de ponderação-dedução –, utilizando a doutrina não como um instrumento calculado de construção do direito com a verificação das consequências práticas desta conduta, mas sim como uma forma retórica de justificar o exercício de poder, pois “os juízes, muitas vezes, não se caracterizam pela fraqueza nem (e isso ainda mais frequentemente) pela autocrítica”.¹⁹⁴

Nesse ponto específico, ressalte-se os estudos constitucionais que tipificam esta atuação do Poder Judiciário como “governo de juízes”,¹⁹⁵ “juristocracia” ou “ditadura do Judiciário”,¹⁹⁶ de sorte que não há por parte dos magistrados um enfrentamento das questões

¹⁹³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 425.

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 424.

¹⁹⁵ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: Sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

com as especificidades do caso, mas sim uma verdadeira imposição de comportamento à maneira do custe o que custar.

2.3 Principais argumentos ativistas encontrados na *ratio decidendi* dos acórdãos pesquisados

Da análise da *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta pesquisa, vislumbra-se, em sua maioria, basicamente três argumentos e enfrentamentos que constantemente aparecem e, na perspectiva desta pesquisa, promovem um ativismo judicial não disciplinado pela doutrina constitucional nacional e estrangeira: a) a responsabilidade solidária dos entes da Federação na efetivação dos direitos à saúde; b) abolição do princípio da separação dos poderes; e c) a possibilidade de fornecimento de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde e das portarias do Ministério da Saúde.

Assim, passa-se à análise pragmática desses pontos, como forma de objetivar o estudo com fins de se acender o discurso quanto ao tema e, encontrando disparates como a pesquisa vem demonstrando, haja a possibilidade de se tentar complementar a teoria constitucional ou mesmo provocar um novo olhar para estas questões.

2.3.1 Responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde

Quanto à responsabilidade solidária dos entes federativos para a concretização e efetivação do direito à saúde, a doutrina constitucional pesquisada neste estudo nada menciona a respeito, ou defende tal posicionamento; somente trata, para os adeptos do ativismo judicial,¹⁹⁷ da possibilidade de controle das políticas públicas de saúde por parte do Judiciário. Assim, caracteriza a responsabilidade, no caso de fornecimento de medicamentos quanto ao estudo da legitimidade, nos limites organizacionais estabelecidos pelo Sistema

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Único de Saúde e pelas portarias do Ministério da Saúde. Desse modo, os entes listados, arcarão com a efetivação desses direitos.¹⁹⁸

Em uma análise pragmática, ao que parece, a leitura que a doutrina constitucional faz quanto à responsabilidade da efetivação do direito à saúde tende a responsabilizar o Estado *lato sensu*, no sentido de Estado Gestor do interesse público, pelas prioridades, das políticas públicas e quanto aos recursos mantenedores destes desígnios.

Ressalte-se que, segundo a doutrina constitucional, a constitucionalização do direito à saúde no Brasil, historicamente, foi fruto de um movimento popular capitaneado por profissionais da saúde que, em um evento acadêmico-científico sobre saúde pública, “começaram a fixar as bases de uma nova política de saúde, que já havia sido mencionada no painel Saúde na Constituição durante a VIII Conferência Nacional de Saúde e deu origem a uma proposta de emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte”.¹⁹⁹

Nesse contexto, em que pese constar como justificativa do Estado na Constituição do Império,²⁰⁰ o direito à saúde somente foi instituído efetivamente pela Constituição de 1988, estabelecendo o legislador constituinte que a saúde é um direito de todos, brasileiros e estrangeiros residentes do País – art. 196 c/c art. 5º da CF –, impondo como dever constitucional ao Estado a sua tutela.

Assim, com base nesse pensamento, o Tribunal de Justiça de Alagoas, seguindo entendimento de outros Tribunais Pátrios e dos Tribunais Superiores – STJ e STF –, pois se constata que este posicionamento vigora em todo ou em grande parte do País, responsabiliza solidariamente os entes da Federação, impondo a qualquer deles – em face da competência do TJAL, o Estado de Alagoas e seus Municípios – a responsabilização e o custeio de qualquer procedimento clínico ligado à efetivação do direito à saúde. É o que se extrai como *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta pesquisa, cujo teor de um dos julgados, quanto a esse fundamento, se traz à baila:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE INEXISTÊNCIA DE INTERESSE

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010.

¹⁹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 254.

²⁰⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 253.

DE AGIR QUANTO AO FORNECIMENTO DE UM DOS MEDICAMENTOS PLEITEADOS REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. **É pacífico o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que, ante a responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, no que tange à responsabilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS), poderá a parte intentar ação contra todos ou qualquer um deles.**

2. A prestação de serviços de saúde é direito de todos e dever do ente público, previsto no art. 196 da Constituição Federal, devendo o Estado oferecer tratamento igualitário a todos os brasileiros.

3. Caso o ato administrativo não guarde similitude com a forma, a finalidade e a competência prescritas no plexo jurídico respectivo (elementos vinculados do ato), não apenas pode, como deve ser atacado por meio de ação judicial, isso porque o mérito do ato administrativo, que o apelante entende intangível pelo órgão jurisdicional competente, se relaciona apenas ao seu motivo e objeto. (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003410-8 – Acórdão n.º 6.1433/2011 – 3ª Câmara Cível – DJ 22.9.11)²⁰¹

[...]

Preliminares: Ilegitimidade passiva e necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Argui, preliminarmente, o apelante, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda e, seguidamente, a necessidade de chamamento ao processo dos demais entes federados como litisconsortes passivos necessários.

A discussão não demanda maiores digressões. É que, conforme reiteradas e atuais decisões dos Tribunais, o fornecimento de medicamentos é de responsabilidade solidária entre os entes federados, e não supletiva. Assim, poderá o cidadão demandar contra qualquer um deles, sem a necessidade de manifestação dos demais. Nesse sentido, posicionou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª região:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREITO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS - REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. A jurisprudência da Turma é firme no sentido de que, em se tratando de fornecimento de medicamentos, existe solidariedade entre os entes da Federação, mas não litisconsórcio necessário. Escolhendo a parte, contudo, litigar somente contra um dos entes, não há como obrigar ao chamamento ao processo. 3. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro

²⁰¹ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o “fornecimento imediato, e por tempo indeterminado, dos medicamentos LEVEMIR FLEXPEN (36 unidades por dia), METFORMINA (2 comprimidos por dia), LOSTESIN (1 comprimido por dia) e ANAFRANIL (3 comprimidos por dia)”. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem sequer mencionar qual a enfermidade a ser tratada com o fármaco solicitado. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo)

similar/genérico no caso concreto. (APELREEX 200770050031670, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 08/09/2010)

O elo entre os entes da federação, nos casos de fornecimento de medicamentos, cinge-se, portanto, à responsabilidade solidária, consubstanciada no art. 196, da CF/88, o que ilide, a um só tempo, o argumento de que haveria a necessidade de litisconsórcio passivo necessário e a alegação de que o feito deveria ser extinto por ilegitimidade de parte.

É que, como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em seu 196, estabelece ser a saúde direito de todos e dever do Estado, devendo os entes da federação adotar políticas que garantam a satisfação daquele direito. Por essa razão, não pode o Estado, quando demandado, se esquivar de sua responsabilidade, alegando tão somente que o fornecimento dos medicamentos almejados pela recorrida seria incumbência do Município.

Aliás, nesse sentido são os inúmeros julgados das Cortes Superiores:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. [Omissis] 8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (ROMS 200701125005, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/8/2010)

**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Precedentes do STJ. 2. *omissis* 3. *omissis* 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/8/2010, DJe 14/09/2010).

Por tais razões, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva e de chamamento ao processo dos demais entes federados. (grifos aditados)

Verifica-se que ao estabelecer esse tipo de responsabilidade, o Tribunal de Justiça de Alagoas, além de impor uma obrigação a um ente estatal, que muitas vezes não teria

responsabilidade segundo as regras do Sistema Único de Saúde e das portarias do Ministério da Saúde, define quais são as partes legítimas do processo judicial, contrariando a doutrina constitucional que menciona um critério específico quanto à forma de ingresso no Judiciário e o ente – parte legítima – que possui a obrigação de efetivar o direito à saúde,²⁰² inclusive mencionando que a ação civil pública seria uma melhor forma de atender às peculiaridades e aos fins dos direitos sociais, como no caso do direito à saúde,²⁰³ uma vez ser este um direito de todos e os efeitos do julgado da ação civil pública alcançarem a todos os indivíduos que se encontram na situação objeto da ação.

Nessa perspectiva, em uma análise pragmática, indaga-se: um indivíduo residente em Maceió/AL poderá pleitear medicamentos em face do município de Pariconha/AL? Ou, num nítido contrassenso, um indivíduo que reside em São Paulo/SP pode pleitear medicamentos em face do município de Maceió/AL ou em face de qualquer Estado ou Município da Federação, ou mesmo em face da União, uma vez que o direito à saúde é de todos e os entes federativos são responsáveis solidários quanto à efetivação desse direito?

Ou, melhor ainda, se todos os entes da Federação, segundo o entendimento perfilado nos julgados pesquisados e corroborados pelos Tribunais Superiores – STJ e STF –, são partes legítimas para figurar no polo passivo das ações cominatórias que dizem respeito ao direito à saúde, é cabível um indivíduo se deslocar de um Estado para o outro, para pleitear tal direito – art. 100, IV, a), do CPC?²⁰⁴

Ademais, verifica-se que, no contexto processual, ao definir esse tipo de responsabilidade solidária entre os entes da Federação, cabe às partes – sujeitos do direito à saúde – a escolha do Juízo que resolverá a sua questão. Assim, ter-se-ia um maior número de demandas a discutir direito à saúde na Justiça Federal, caso as partes escolhessem a União como devedora da obrigação, do que na Justiça Estadual, por exemplo, o que implicaria possibilidade de violação ao juiz natural.

Enfim, o juiz que deva assumir o caso, qualquer caso, é aquele individualizado por critérios objetivamente prefixados em lei, não devendo

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010.

²⁰³ SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de S. *Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados* *apud* KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

²⁰⁴ Art. 100. É competente o foro: [...] IV - do lugar: a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica.

ser escolhido pelo presidente do Tribunal ou chefe do Poder Judiciário. O acesso à jurisdição supõe a possibilidade de formular a pretensão ante um órgão que seja jurisdicional. Já o direito ao juiz natural supõe algo mais: que o processo se decida pelo juiz *predeterminado* pela lei.²⁰⁵

Um advogado com experiência prática, visando o melhor interesse do seu cliente, conforme os ideais neoconstitucionalistas, ao apreciar o arcabouço jurisprudencial que se apresenta quanto ao direito à saúde, pode promover esse tipo de demanda em face de um ente localizado nos grandes centros econômicos e de excelência em determinadas patologias, pois os argumentos de indisponibilidade de tratamento médico e a reserva do possível ficarão um tanto prejudicados, em lugar de promover este tipo de demanda em face de um ente que não tenha tanta expressão médico-econômica.

Ao consultar a doutrina constitucional utilizada por este estudo, percebe-se que estas indagações e compreensões práticas não são consideradas. A doutrina nem ao menos leva em conta a ideia de responsabilidade solidária dos entes federativos, pois, ao que parece, ocupa-se com o formalismo excessivo de teorias e discussões em abstrato, em detrimento de uma teoria que resolva efetivamente os problemas concretos da vida social e jurídica dos indivíduos.

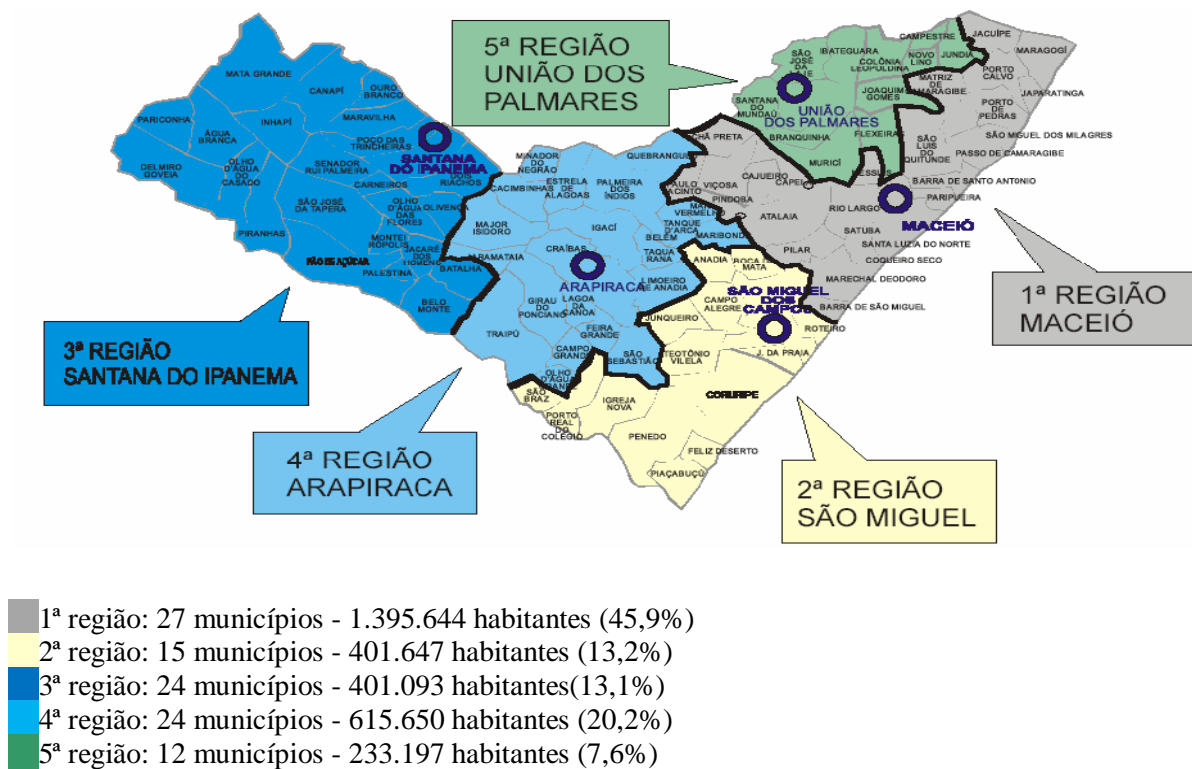
Nesse aspecto, o pragmatismo jurídico como teoria pensa os questionamentos cognitivos como instrumentos de ação e correção da própria doutrina, com fins de solução concreta dos casos e não como postulados, rótulos ou dogmas inatacáveis que, muitas vezes, não possuem grande utilidade prática.

Em consulta ao *site* da Secretaria Estadual de Saúde,²⁰⁶ verifica-se que existe um programa – Instrumento de planejamento estratégico, do Governo Estadual, objetivando a Promoção da Saúde com desenvolvimento social e modernização da Gestão Administrativa – em que consta um estudo demográfico e econômico-social a demarcar as regiões do Estado de Alagoas com fins de uma ação, ao que parece, distributiva de responsabilidades quanto à efetivação do direito social à saúde – uma legítima política pública de saúde –, consoante se pode visualizar nas figuras abaixo:

²⁰⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62.

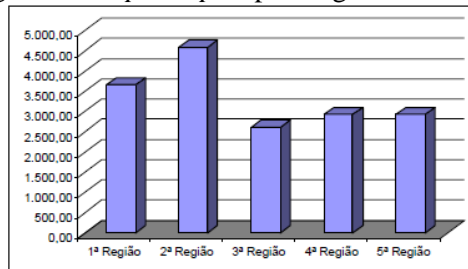
²⁰⁶ Disponível em: <http://www.saude.al.gov.br/sites/default/files/plano_final_avanca_1.pdf> Acesso em 16.8.12.

Figura 1 Distribuição dos municípios segundo regiões de saúde. Alagoas, 2007.



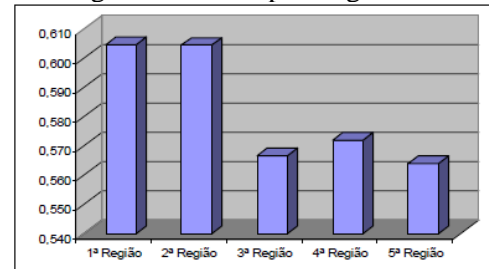
Fonte: PDR-AL, 2002/IBGE, 2007.

Figura 2 PIB per capita por Região de Saúde – AL



Fonte: IBGE, 2005.

Figura 3 IDH-M por Região de Saúde – AL



Fonte: IBGE, 2005.

Desta forma, se é dever do Estado *lato sensu* garantir o direito à saúde, e se, realmente, existe uma responsabilidade solidária dos entes federativos, deve-se fundamentar esta responsabilidade com argumentos pragmáticos. Por exemplo, tendo por base o estudo representado nas figuras acima e não com fundamentos doutrinários abstratos e meramente retóricos, no exercício de uma jurisdição sem critérios definidos, como vem se demonstrando a atuação do Órgão Jurisdicional pesquisado.

Um magistrado pragmático deve observar esta realidade prática e com base no que a doutrina disciplina, atentando para as diretrizes do Sistema Único de Saúde e para as portarias do Ministério da Saúde, determinaria, no caso do Estado de Alagoas, a responsabilidade solidária dos entes federativos, respeitando as cinco regiões fixadas pelo

Gestor Administrativo Local e delimitando a responsabilidade solidária da 1ª Região do município de Maceió e dos demais municípios desta região e do Estado de Alagoas, da 2ª Região do município de São Miguel dos Campos e dos demais municípios desta região e do Estado de Alagoas, da 3ª Região do município de Santana do Ipanema e dos demais municípios desta região e do Estado de Alagoas, da 4ª Região do município de Arapiraca e dos demais municípios desta região e do Estado de Alagoas, da 5ª Região do município de União dos Palmares e dos demais municípios desta região e do Estado de Alagoas.

Por fim, responsabilizaria solidariamente a União e o Estado-membro nos casos de média e alta complexidade, consoante preconizam as diretrizes do Sistema Único de Saúde e as portarias do Ministério da Saúde.²⁰⁷

Assim, a questão quanto à legitimidade respeitaria, em uma observação pragmática um critério teórico-processual – quanto à legitimidade e competência – e econômico-social – fixado pelo próprio ente da Federação –, o que não constituiria um critério único e inquestionável. Desse modo, diferentemente do que se observa dos julgados objeto desta pesquisa, utilizaria racionalmente a repartição lógico-organizacional desse tipo de dever do Estado – a prestação e tutela do direito à saúde.

Ademais, este é o entendimento do art. 30, VII, da Constituição Federal de 1988, ao disciplinar que compete aos municípios “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”, o que somente reforça a aplicação de critérios práticos que observem a realidade econômico-social dos indivíduos e dos entes federados participantes desta relação jurídica, até porque a Constituição fala em cooperação dos entes federativos e não em responsabilidade solidária.

2.3.2 “Releitura” ou abolição da Separação dos Poderes?

Quanto à “releitura” e a uma possível “superação” da Separação dos Poderes, urge

²⁰⁷ Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html> Acesso em 22.9.2012. Portaria 2.203, de 5 de novembro de 1996 – A presente Norma Operacional Básica tem por finalidade primordial promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde dos seus munícipes (Artigo 30, incisos V e VII, e Artigo 32, Parágrafo 1º, da Constituição Federal), com a conseqüente redefinição das responsabilidades dos Estados, do Distrito Federal e da União, avançando na consolidação dos princípios do SUS.

destacar que a doutrina constitucional²⁰⁸ reconhece que, em virtude da complexidade social apresentada pela coletividade contemporânea, o princípio de contenção dos Poderes do Estado perde cada vez mais força como um ideal clássico pensado por seu idealizador francês.

No entanto, ao que parece, o anseio de Montesquieu²⁰⁹ cingia-se a evitar uma forma de exercício arbitrário do poder, revelando-se prova mais inequívoca de tal afirmação a repartição e distribuição das ditas principais funções do Estado, de forma a evitar a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa – de um só Poder –, caso claro de possível supervalorização de um dos poderes, o que não seria salutar para o equilíbrio e o desenvolvimento social.

Em uma perspectiva pragmática, o sentido clássico empregado no princípio da Separação dos Poderes, de neutralidade do Judiciário, não condiz mais com o que a sociedade contemporânea exige, na busca de uma resposta mais efetiva e adequada ao caso levado aos Tribunais.

Porém, não se pode confundir a suposta neutralidade de atuação do Judiciário, com uma forma de parcialidade de atuação do Judiciário, no sentido de tomar parte de uma causa – tutela de políticas públicas de saúde –, superando todos os óbices possíveis – responsabilidade dos entes, separação dos poderes e reserva do possível – para se chegar ao fim esperado, tendo por base uma mera lição retórica dos realistas escandinavos de que, primeiramente, “a decisão se baseia em normas ocultas, *topoi* de grupos, por exemplo, *topoi* dos próprios juízes, dos administradores, enfim, daqueles que decidem”,²¹⁰ ou seja, primeiramente os julgadores decidem; depois vão buscar fundamentos nos textos normativos e no ordenamento jurídico para dar suporte a sua prévia decisão.

Assim, observa-se com os casos pesquisados que o Poder Judiciário, fundamentado nos ideais abstratos e sem métodos definidos da doutrina neoconstitucional ou pós-positivista, “vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes”.²¹¹

²⁰⁸ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. / ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁰⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. trad. Fernando Henrique Cardoso. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221.

²¹¹ VALLE, Vanice Regina Lório do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, 40.

Assim se verifica na *ratio decidendi* de julgados objeto desta pesquisa, cujo teor de um dos julgados, quanto a esse fundamento, se traz à baila:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MATERIAIS E INSUMOS MÉDICOS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO E DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ REJEITADAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. **AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.** RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. UNANIMIDADE.

1. Resta pacificada a tese de que subsiste a responsabilidade solidária entre todos os Entes Federativos, na assistência ao direito fundamental à saúde, permitindo, ao indivíduo, pleitear em face de qualquer deles;

2. Chamamento ao processo. Não cabimento;

3. De fato, não é dado, ao Poder Judiciário, intervir nas questões que se remetem ao chamado mérito administrativo. Entretanto, tal óbice não pode ser oposto à situação vivenciada nos autos, uma vez que o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 determina a aplicabilidade imediata das normas que tutelam os direitos fundamentais, categoria em que inserido o direito à saúde (assim como a dignidade, aqui também em risco). Dessa forma, inafastável o controle jurisdicional, sob a ótica do controle de legalidade, seja em razão da regra supra-aludida, ou em função do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito";

4. Ao negar efetividade a políticas públicas, instituídas e regradas de longa data pelo Legislativo, o Executivo acaba por incorrer em genuína violação ao ordenamento positivo e negar vigência a direitos firmados. Desse modo, cabe ao Judiciário, no ofício de seu mister, interceder de modo a sanar tais lesões, que acabam por vitimar a população brasileira, sobretudo a de baixa renda. Portanto, não há que se falar em vilipêndio ao princípio da separação dos poderes, mas, sim, em exercício da atribuição conferida pela Constituição Federal à função jurisdicional;

5. A partir da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais que permeiam o tema, é possível concluir que não pode haver qualquer limitação na prestação do direito à saúde, sendo inadmissível a restrição oposta, pelo Estado de Alagoas, em fornecer os medicamentos, sob o argumento de que a concessão do fármaco requerido caberia ao Município, em virtude da hierarquização e descentralização previstas pela Lei nº 8.080/90 em relação à organização do SUS, uma vez que a operacionalização prática dessa segmentação não atende aos pressupostos do acesso universal e da cobertura integral garantidos pelo diploma maior;

6. Reexame Necessário dispensado;

7. Recurso conhecido e não provido à unanimidade. (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003395-5 – Acórdão n.º 1.1232/2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 21.9.11) (grifos aditados)²¹²

²¹² Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear “gazes, esparadrapo, antialérgico, óleo de pielsana ou ácidos graxos, papaína, soro fisiológico, luvas estéreis, luvas de procedimento, colchão antiescara, fraldas para adulto, leite soya *diet* multi fiber (dez latas mensais de 800g), por tempo indeterminado”, em face de sequela grave

Em uma análise pragmática, observa-se que a Separação dos Poderes, além de possuir um caráter principiológico como defende a doutrina constitucional, consiste numa regra constitucional – texto normativo –, inclusive protegida com o manto da cláusula pétrea – art. 60, §4^a, III, da CF/88.²¹³

Desta forma, se o legislador constituinte derivado está impedido de deliberar sobre proposta de emenda “tendente a abolir” a regra da Separação dos Poderes, indaga-se: a doutrina constitucional e os Tribunais podem estabelecer teses tendentes a abolir ou mesmo restringir de forma desmedida a Separação dos Poderes? Estaria o Poder Judiciário reformando e reduzindo texto constitucional em parte irreduzível?

Ao analisar o que se extrai da *ratio decidendi* dos acórdãos objeto desta pesquisa, constata-se que todos, sem exceção, ressaltam a ideia de que a regra ou o princípio da Separação dos Poderes não pode atuar como um entrave para a concretização dos direitos sociais – direito à saúde –, devendo ser superado no sentido de possibilitar ao Poder Judiciário interferir ou, ao que parece, gerir as decisões e o controle do mérito das decisões político-administrativas no que diz respeito ao direito à saúde, consoante se verifica, a título de demonstração, nos seguintes trechos de três julgados das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Alagoas:

[...] não se trata de interferência anômala do Poder Judiciário nas atribuições conferidas ao Poder Executivo, mas sim de controle dos atos administrativos no sentido de assegurar aos cidadãos seus direitos constitucionais, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, como é o caso do direito à saúde, não havendo que se falar em vilipêndio ao princípio da separação dos poderes, mas, sim, em exercício da atribuição conferida pela Carta Magna à função jurisdicional. (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003790-8 – Acórdão n.º 1.1274/2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 28.9.11) (grifos aditados)²¹⁴

decorrente de trauma cranioencefálico, ocasionado por acidente automobilístico. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, desconsiderando o argumento estatal de que esse tipo de serviço é prestado pelo ente municipal. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo)

²¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a Separação dos Poderes.

²¹⁴ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento de “Insulina Basal- Lantus; Insulina Apidra; Fitas de Hemoglutesteste; Agulhas para a aplicação de Insulina; Lancetas para medir Glicose e 01 aparelho de Hemoglutes, a ser(em) ministrado(s) por período indeterminado, conforme prescrição médica”. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, desconsiderando o argumento estatal de que esse tipo de serviço é prestado pelo ente municipal. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo)

[...] Quanto à alegação do apelante no sentido de que refoge ao Poder Judiciário substituir o juízo técnico da Administração Pública, determinando-lhe custear tratamento médico que não é de sua responsabilidade, **necessário esclarecer que, dentro da moderna doutrina administrativista, essa visão já se encontra superada, porquanto a Constituição Federal de 1988, ao estatuir o princípio da separação de poderes, conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de corrigir as ações ou omissões administrativas eivadas de ilegalidade.**

Nesse sentido, embora mantida a ideia de que ao julgador não é dado incursionar no juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, também é verdade que estes devem estrita observância aos parâmetros da legalidade, em especial aos princípios constitucionais e aos princípios gerais do direito. (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.004157-4 – Acórdão n.º 2.01206/2011 – 2ª Câmara Cível – DJ 24.10.11) (grifos aditados)²¹⁵

[...] Quanto à afirmação de que é necessária a previsão orçamentária para o fornecimento do tratamento, suscitada pelo apelante, esta não pode prosperar, pois o Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder dos Entes Públicos que se omitem na efetivação das garantias constitucionais, *in casu*, à saúde.

Salienta-se que o Judiciário tem o dever de fazer cumprir as normas toda vez que a este for requerido, não se configurando violação ao princípio da separação dos poderes. (Precedente do STJ: REsp n.º 746.781/RS). (TJAL – Ap. Cível n.º 2011.003351-5 – Decisão Monocrática – 3ª Câmara Cível – DJ 17.08.11) (grifos aditados)²¹⁶

Assim, ao efetuar a “releitura” do conteúdo da regra constitucional em todos os casos relacionados ao direito à saúde indistintamente, o Tribunal de Justiça de Alagoas promove uma verdadeira determinação tendente a abolir o texto constitucional – o que é defeso pelo ordenamento constitucional –, uma vez que em todos os casos observados nesta pesquisa o Órgão Jurisdicional superou o instituto para fornecer o tratamento médico ou qualquer procedimento relacionado à saúde dos litigantes nas ações cominatórias propostas.

Desta forma, a doutrina constitucional²¹⁷ quando pensou em evolução na compreensão da Separação dos Poderes, não estava a atestar a ideia literal de “adeus à

²¹⁵ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento de “cloridrato de dexrazoxano 500mg (4 frascos por ciclo de 21 dias), rituximabe 100mg (3 frascos por ciclos de 21 dias) e rituximabe 500mg (1 frasco por ciclo de 21 dias)”. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, desconsiderando o argumento estatal de que esse tipo de serviço é prestado pelo ente municipal. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo)

²¹⁶ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo município de Maceió/AL, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente municipal a custear o fornecimento de “fraldas descartáveis tamanho M (180 fraldas por mês) e banhita por tempo indeterminado, por ser portador de paralisia cerebral e epilepsia”. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem apreciar o caso em concreto.

²¹⁷ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Separação dos Poderes”,²¹⁸ abolindo a regra constitucional do ordenamento jurídico para todos os casos relacionados a determinado direito que exija do Poder Judiciário uma intervenção mais efetiva, mas a proposta vem para formular “uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”.²¹⁹

Porém, ao defender a tese de “releitura”, a doutrina constitucional não menciona em que medida essa nova leitura deve ser exercitada, em quais casos e se há uma medida ou um método razoável para a sua aplicação.

Na base do acima exposto, torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas “lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.²²⁰

Destarte, constata-se um ativismo judicial que não reflete as compreensões teóricas da doutrina constitucional. Acredita-se que uma possível forma de contenção dessa atuação do Poder Judiciário seja encontrada em uma perspectiva pragmática, partindo da análise das possíveis consequências práticas dos casos levados à apreciação dos magistrados, construindo-se um direito fundado em uma margem razoável de segurança jurídica, no sentido de se poder almejar uma solução jurídica adequada para os casos em questão. Isso será exemplificado, de forma mais clara, no próximo tópico.

2.3.3 Fornecimento de medicamentos fora da lista *versus* reserva do possível

No que concerne ao fornecimento de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde e das normas do Ministério da Saúde, no tocante às questões orçamentárias, cumpre destacar que esse procedimento interfere em toda a dinâmica estatal de efetivação de políticas públicas, inclusive quanto à responsabilidade solidária dos entes da Federação, à

²¹⁸ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹⁹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

²²⁰ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 91.

Separação dos Poderes e à denominada cláusula da reserva do possível, advinda do Direito alemão.

A reserva do possível é uma teoria constitucional de origem alemã “que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”.²²¹ Porém, esse tipo de decisão somente faz parte do âmbito discricionário da Administração e dos Parlamentos, caso em que se torna uma espécie de limitação no exercício de concretização dos direitos sociais – direito à saúde – por parte do Poder Judiciário.

Contudo, a doutrina constitucional rebateu tal assunto, argumentando que esta teoria foi mal compreendida por alguns doutrinadores brasileiros, tendo em vista que na Alemanha o contexto econômico-social em que se aplica tal instituto é outro; já no Brasil, a realidade social exige uma implementação de políticas públicas mais efetiva, até mesmo com o auxílio do Poder Judiciário, mencionando que “a resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas” que não estão ligadas aos direitos relacionados às necessidades vitais dos indivíduos.²²²

Nessa mesma linha, ainda há quem defenda que o Poder Judiciário pode determinar o contingenciamento e o remanejamento de recursos do Poder Executivo, com a imposição de coerção indireta – art. 461, §5º, cumulado com art. 14, V e parágrafo único, ambos do CPC –,²²³ ou, “demonstrada a exaustão orçamentária, poderá obrigar o ente público a incluir, na próxima lei orçamentária, recursos suficientes para atender ao direito

²²¹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

²²² KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

²²³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. ; Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

fundamental violado”.²²⁴

Assim, em uma perspectiva pragmática, indaga-se: se o orçamento público já estiver todo comprometido, o que fazer no caso de um gasto de urgência – procedimento cirúrgico, por exemplo? Quem pagará essa conta e como se dará isso? Será que ao adentrar no âmbito orçamentário para fixar parâmetros e critérios de gasto da Administração Pública, revela-se uma solução para tais casos? Que consequência prática e útil essa intervenção está promovendo na sociedade? Há uma aplicação da doutrina constitucional útil e adequada para a solução desses casos?

Evidente que a concretização dos direitos por parte do Poder Judiciário, principalmente os direitos sociais, comporta um gasto aos cofres públicos, porém encontrar um “mecanismo de justiça social”²²⁵ na implementação do orçamento público por parte da Administração Pública, pragmaticamente, mostra-se essencial para este tipo de controle judicial.

No entanto, a doutrina constitucional ao propagar que se revela vital instituir uma nova dinâmica na concepção de orçamento, descaracterizando a discricionariedade do gasto e a implementação de políticas públicas, visando uma obrigatoriedade de gastos para a concretização das políticas públicas essenciais segundo a Constituição Federal, não ficando a cargo do agente administrativo, mesmo que previsto no orçamento, optar de que forma consolidar as ações sociais programadas, revela uma compreensão um tanto temerária.

Como mencionou a doutrina constitucional alemã, da mesma forma que alguns doutrinadores compreenderam de forma equivocada a cláusula da reserva do possível, os magistrados podem compreender de maneira errada tal instituto e utilizar de forma desmedida essa intervenção no orçamento público. Aliás, será que essa ingerência está promovendo consequências salutares em concreto?

Ao analisar os julgados objeto desta pesquisa, observa-se que a análise do orçamento público e do gasto inopinado, com a possibilidade de fornecimento de medicamentos fora da programação da Administração Pública – lista do SUS ou do Ministério da Saúde –, é feita de forma bastante abstrata, consoante se verifica, a título de comprovação, do que se extrai da *ratio decidendi* do seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Alagoas:

²²⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 430.

²²⁵ TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (organizadores). **Direitos Fundamentais Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE NECESSÁRIO CHAMAMENTO AO PROCESSO. REJEITADA. **MÉRITO: DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. DIREITOS SUBJETIVOS INALIENÁVEIS, CONSAGRADOS NA CF, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME.** (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003315-1 – Acórdão n.º 2.1116/2011 – 2ª Câmara Cível – DJ 29.9.11) (grifos aditados)²²⁶

[...]

Aduz o apelante, no mérito, que a responsabilidade pelo programa de oncologia é da União e dos Centros de Referência, portanto só compete ao Estado a aquisição e o fornecimento de medicamentos previstos na Portaria n.º 2.577 do Ministério da Saúde e, ainda, a cujas patologias estejam especificamente relacionadas.

Sustenta, também, que deve ser respeitada a listagem oficial de medicamentos e protocolos clínicos das patologias, elaborados pelo Ministério da Saúde, o que, sob sua ótica, obsta o fornecimento do medicamento solicitado, uma vez que o Xeloda VO não consta na lista de medicamentos, além disso, trata-se de lançamento e medicação de alto custo.

No entanto, a despeito do que alega o apelante, o Estado não está obrigado a somente fornecer medicamento que conste exclusivamente na lista da Portaria n.º 2.577/06 do Ministério da Saúde, muito menos a patologias exclusivamente nela previstas.

O direito à saúde a todos os cidadãos é garantia constitucional prevista no artigo 196, da Carta Magna, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de Saúde com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe a Constituição, especificamente em seu artigo 198.

Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no artigo 6º, da Lei Maior, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, consagrados na Constituição Federal, cujo primado há de

²²⁶ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do “medicamento Xeloda VO 500mg, tomando 05 (cinco) comprimidos por dia, durante ciclos seguidos de 14 (quatorze) dias, com intervalo de 07 (sete) dias por, no mínimo, 01 (um) ano”, sendo este um fármaco de lançamento, de alto custo e fora da lista do SUS, por possuir a autora neoplasia de cólon EC IV fígado – CID C18. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas e da real efetividade do fármaco para o tratamento da enferma. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

superar quaisquer espécies de restrições legais. A Constituição não é ornamental. Reclama efetividade real de suas normas. Portanto, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

No caso, está-se diante de um bem maior que é a vida, bem que tem valor maior, devendo sempre ser o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior.

Ademais, a discussão sobre a competência para a execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode sobrepor ao direito à saúde, assegurado na Constituição Federal.

O artigo 196, da Carta Republicana, não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, reiteradamente, que o Estado deve propiciar não qualquer tratamento, mas o mais adequado e eficaz, o que se contradiz ao alegado pelo apelante quanto ao fato de ser, o medicamento pleiteado, novo no mercado farmacêutico e de alto custo, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

2.(...)

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/5/2010, DJe 24/8/2010). Grifos aditados.

Diante do exposto, voto no sentido de **tomar conhecimento da presente Apelação Cível para afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.**

Como visto, o Tribunal de Justiça de Alagoas obriga a Administração Pública a fornecer uma nova medicação que não consta no programa de organização e gasto público, sem sequer questionar se não há uma medicação correspondente no programa ou se efetivamente essa nova medicação produz melhores efeitos que outras possivelmente

incluídas no programa, em virtude de se tratar de um lançamento, uma novidade no mercado dos fármacos de alto custo.

Ademais, em contraponto e esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da SL 47 AgR/PE teceu várias considerações e parâmetros de atuação do Judiciário para estes casos, inclusive quanto ao fornecimento de fármaco não incluído na lista do Sistema Único de Saúde:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

[...]

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

[...]

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde Pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definitivo, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxe benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

[...]

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. **Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria**

grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. (STF – SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001) (grifos aditados)

Nesse contexto, um magistrado pragmático primeiramente se perguntaria: será que esta nova medicação surte um melhor efeito? Há comprovação nos autos ou estudos científicos hígidos publicados quanto ao assunto? Depois, indagaria: que consequência prática e útil essa intervenção promoverá na vida do indivíduo? Será melhor fornecer uma medicação nova sem precedentes ou uma velha com precedentes atestados pelas autoridades médicas?

A princípio, este julgador deveria optar por um fármaco com comprovação de efetividade e, se possível, com o mesmo princípio ativo do medicamento novo e incluído na lista do SUS, e, empós, determinaria, conforme art. 1º da Portaria n.º 2.577/06²²⁷ do Ministério da Saúde, respeitando os itens 7, 8, 9 e 10, do Anexo I²²⁸ da referida portaria, a instauração de procedimento administrativo para a análise da viabilidade de inclusão da nova medicação na lista de medicamentos oferecidos pelo SUS, no prazo de 180 dias, consoante o art. 2º, §3º, da Portaria n.º 2.577/06.²²⁹ Aí sim, dar-se-ia a imposição de coerção indireta do

²²⁷ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em 24.08.12. Art. 1º Aprovar o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, conforme termos constantes do Anexo I a esta Portaria.

²²⁸ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em 24.08.12. Item. 7. A inclusão de novos medicamentos, a ampliação de cobertura ou de outras necessidades identificadas internamente no âmbito do Componente, a partir da solicitação de gestores, órgãos, instituições da área de saúde e outros da sociedade organizada, deverá obedecer aos fluxos e critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico. Item. 8. A avaliação quanto à incorporação de novos medicamentos ocorrerá a partir dos preceitos da Medicina Baseada em Evidências e deverá demonstrar a eficácia e segurança do medicamento, além de vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo) e/ou oferecer concorrência dentro de um mesmo subgrupo, como estratégia reguladora de mercado. Item. 9. A inclusão de novos medicamentos/apresentações, ampliação de cobertura ou outras necessidades identificadas internamente ao Programa, deverá ser respaldada pela publicação dos respectivos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs). Item. 10. A inclusão de medicamento para financiamento por meio do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional será pactuada entre os gestores, na Comissão Intergestores Tripartite, e deverá considerar o impacto financeiro e a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

²²⁹ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em 24.08.12. Art. 2º Redefinir os procedimentos e valores do Grupo 36 - Medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS), na forma e redação estabelecidas no Anexo II a esta Portaria. [...] §3º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da competência, componente de Medicamentos e Dispensação Excepcional, serão analisados os impactos decorrentes das medidas

gestor de saúde – art. 461, §5º cumulado com art. 14, V e parágrafo único, ambos do CPC.

Assim, acredita-se que a doutrina constitucional ao somente fixar um caráter compulsório de gasto e concretização das políticas públicas no orçamento, estabelecendo uma possível proposta de intervenção do Poder Judiciário no controle de tais políticas, despreza com essa atitude outro critério a ser defendido nos moldes do tópico anterior, qual seja a Separação dos Poderes e, conseqüentemente, viola a harmonia da sociedade democraticamente organizada e a noção de representação popular estabelecida no texto constitucional.²³⁰

Instituir um contingenciamento e remanejamento do orçamento público, descaracterizando a discricionariedade do gasto e a implementação de políticas públicas, sem uma justificativa motivada e constatada nos autos dos processos, constitui um ativismo judicial não salutar para o desenvolvimento social; pelo contrário, promove uma repartição um tanto quanto desigual dos direitos relacionados à saúde, pois efetiva tais medidas somente aos que se socorrem do Judiciário.

Desta forma, inviabilizar o Agente Político de optar pela forma de consolidar as ações sociais e os gastos programados do Estado pode acarretar uma espécie de controle do gasto público por parte do Judiciário nos casos do direito à saúde, uma vez que os direitos fundamentais, em sua “dimensão social”, revelam-se prestações positivas do Estado. Nas palavras de Robert Alexy,²³¹ mostram-se um proporcionar em sentido estrito, pois “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Ademais, ressalte-se que os direitos fundamentais, em suas dimensões “individual-liberal”, “social” e de “solidariedade”, não comportam hierarquia ou privilégios com os gastos públicos, de sorte que não só os direitos fundamentais sociais – “dimensão social” – implicam despesas aos cofres públicos, mas sim todos os direitos fundamentais, os quais também merecem atenção da doutrina constitucional.

Nessa mesma, linha Flávio Galdino:²³²

implementadas no âmbito do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), com vistas a possíveis ajustes.

²³⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. (ano 2005). 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

²³² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005, p. 205.

A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os estritamente individuais: liberdade e, principalmente, propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância.

Portanto, admitir essa ingerência sem critérios do Poder Judiciário no âmbito dos demais poderes é cancelar um possível modelo de “democracia aristocrática”. Cumpre destacar que “a democracia participativa não revoga os fundamentos da democracia representativa, mas apenas amplifica os instrumentos de proteção direta deste valor constitucional”,²³³ porém deve-se atenção às restrições jurídicas e materiais propostas pelo ordenamento jurídico.

Destarte, sob essa ótica do campo de atuação do Poder Judiciário os direitos fundamentais em sua “dimensão social” se concretizarão de forma efetiva e adequada no seio da sociedade por intermédio do magistrado, que recolhe em si o seu papel político-democrático, como aquele que observa as consequências práticas e úteis, os critérios jurídico-formais e materiais de sua atuação. Deste modo, com o ideal do pragmatismo, busca-se aperfeiçoar a doutrina constitucional com o ativismo judicial no exercício e controle de políticas públicas de saúde, concretizando-se, assim, a igualdade social tão almejada por nossa Lei Maior – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.²³⁴

2.4 Quarta verificação pragmática da pesquisa

Nesta quarta verificação pragmática constata-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas, nos casos objeto desta pesquisa, utiliza como *ratio decidendi* fundamentos antagônicos, abstratos e, na maioria das vezes, em desatenção às recomendações do Supremo Tribunal Federal (SL 47 AgR/PE) e ao que a doutrina constitucional recomenda quanto à responsabilidade dos entes federativos, à nova leitura da Separação dos Poderes e à

²³³ APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. 3ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 139.

²³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

possibilidade de fornecimento de medicamentos fora das listas previstas nos textos normativos do Sistema Único de Saúde e das portarias do Ministério da Saúde.

Desta forma, ao estabelecer uma responsabilidade solidária dos entes federativos, o Tribunal de Justiça de Alagoas, refletindo os julgados dos Tribunais Superiores, institui uma verdadeira forma de escolha do ente federado que arcará com as despesas e custos dos procedimentos médicos pleiteados, inclusive as despesas com transportes e deslocamento aos grandes centros médicos para a realização dos procedimentos, consoante se extrai do seguinte julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE PASSAGENS AÉREAS PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTE DE CÓRNEA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. PRELIMINARES DE SOBRESTAMENTO DO FEITO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE ALAGOAS REJEITADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.

1. Não há exigência legal no sentido de que o julgamento do Apelo deve ser suspenso até que as decisões em sede de repercussão geral (STF) e recurso repetitivo (STJ) sejam proferidas pelos respectivos Tribunais;
2. Resta pacificada a tese de que subsiste a responsabilidade solidária entre todos os Entes Federativos, na assistência ao direito fundamental à saúde, permitindo, ao indivíduo, pleitear em face de qualquer deles;
3. A partir da interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais que permeiam o tema, é possível concluir que não pode haver qualquer limitação na prestação do direito à saúde, sendo inadmissível a restrição oposta, pelo Estado de Alagoas, pelo custeio de passagens, sob o argumento de que a concessão deste caberia ao Município, em virtude da hierarquização e descentralização previstas pela Lei nº 8.080/90 em relação à organização do SUS, uma vez que a operacionalização prática dessa segmentação não atende aos pressupostos do acesso universal e da cobertura integral garantidos pelo diploma maior;
4. Reexame Necessário dispensado;
5. Recurso conhecido e não provido à unanimidade.

[...]

No mais, resta comprovada, nos autos, a necessidade do deslocamento da Apelada para a cidade de Sorocaba/SP a fim de realizar transplante de córnea, conforme documentos colacionados às folhas 08 e 09, atestada por profissional da área médica, a quem cabe, após diagnosticar a doença e avaliar a evolução do quadro clínico do indivíduo convalescente, prescrever as medidas curativas e/ou paliativas que melhor se adequem ao caso. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.007234-2 – Acórdão n.º 1.1425 /2011 – 1ª Câmara Cível – DJ 9.11.11) (grifos aditados)²³⁵

²³⁵ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento de passagens aéreas para que a autora realize um

Como se verifica, a responsabilidade solidária dos entes federativos, associada ao que a doutrina constitucional denominou de “releitura” da Separação dos Poderes, acabou por criar, em uma análise pragmática, um movimento tendente à abolição deste instituto, o que, a princípio, mostra-se vedado pelo ordenamento jurídico, de sorte que o Tribunal de Justiça de Alagoas, aliado ao novo pensamento jurídico, superou, em todos os casos pesquisados, o referido instituto promulgando um juízo ativista sem critérios e métodos definidos. Aliás, o método e critério se bastam com a máxima: *Da mihi factum et dabo tibi jus*: dá-me o fato – a simples alegação de necessidade de um direito à saúde – e te darei o direito – concessão do direito à saúde.

Ademais, verifica-se que além de possibilitar o fornecimento de medicamentos fora das listas previstas nos textos normativos do Sistema Único de Saúde e das portarias do Ministério da Saúde, sem a observação das consequências práticas desta atuação, pois determina o custeio de todo procedimento curativo prescrito pelo receituário médico, responsabilizando o ente estatal pelas despesas com deslocamento para a realização do procedimento em grandes centros.

Contudo, indaga-se como consequência pragmática deste estudo: identicamente ao indivíduo que foi agraciado com tal benesse, quantas pessoas necessitam de um tratamento de qualidade fora do Estado de Alagoas e não possuem essa oportunidade? Será que esse tipo de ativismo judicial produz decisões judiciais práticas e úteis para o desenvolvimento da sociedade, atendendo ao que a doutrina constitucional vislumbra com seus ideais neoconstitucionalistas?

Para atingir clareza perfeita em nossos pensamentos de um objeto [...] precisamos somente considerar quais efeitos de uma espécie concebivelmente prática o objeto pode envolver – quais sensações devemos esperar dele, e quais reações devemos preparar. Nossa concepção desses efeitos, então, é para nós o todo de nossa concepção do objeto, na medida em que essa concepção tem alguma significância positiva (WJ, 348).²³⁶

Ao que parece, estas respostas e estes possíveis horizontes teóricos e práticos para o futuro cabe à doutrina constitucional enfrentar. Contudo, verifica-se que esse tipo de atuação

transplante de córnea em outro ente da Federação. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas do caso, inclusive se há o mesmo tratamento em localidade mais próxima ou até no próprio Estado. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

²³⁶ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 52.

não está promovendo uma melhora ou uma solução dos casos envolvendo o direito social à saúde; pelo contrário, pode até estar gerando desigualdades sociais.

O pragmatismo jurídico desenvolvido nesta pesquisa se revela como um simples instrumento de prospecção do que realmente os Tribunais estão produzindo no tocante à aplicação os ideais neoconstitucionalista, com a possibilidade de tentar aperfeiçoar a teoria constitucional ou mesmo provocar outra perspectiva para tais questões.

3 ANÁLISE DAS VERIFICAÇÕES PRAGMÁTICAS DA PESQUISA E POSSÍVEIS HORIZONTES TEÓRICOS E PRÁTICOS PARA O FUTURO QUE A DOUTRINA CONSTITUCIONAL TERÁ DE ENFRENTAR

3.1 Concretização do direito social à saúde. Há uma limitação?

Das primeiras verificações pragmáticas desta investigação, observa-se que efetivamente o Tribunal de Justiça de Alagoas promove, nos casos relacionados ao direito à saúde, uma atuação que pode ser enquadrada como ativismo judicial.

Outrossim, constatou-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas, com esta atuação ativista, modificou a compreensão de um direito fundamental social – direito à saúde –, elevando-o a uma espécie de direito absoluto, primeiramente por se verificar que das 596 Apelações Cíveis envolvendo o tema da concretização dos direitos fundamentais à saúde, 118 recursos foram julgados e analisados por esta pesquisa, no período de seis meses, compreendido entre 1.6.2011 a 21.11.2011. Nestes, sem exceção, todos os entes estatais – Estado de Alagoas e municípios – foram sucumbentes quanto à responsabilidade de promover o direito à saúde, consoante se pode verificar numa simples consulta ao Sistema de Automação do Judiciário Segundo Grau – SAJSG, encontrando-se todos os recursos analisados por esta pesquisa, atualmente, com baixa às varas de origem.²³⁷

Ademais, se dos 118 recursos que foram julgados e analisados por esta pesquisa, em todos, sem exceção, os entes estatais foram sucumbentes, pode-se arrematar também que os magistrados de 1º grau estão exercendo um ativismo judicial nesse tipo de demanda, aparentemente nos mesmos moldes do 2º grau de jurisdição, com a responsabilização de todos os entes, ou seja, pode-se concluir que no âmbito do Poder Judiciário de Alagoas o direito à saúde constitui verdadeiramente uma espécie de direito que está acima de tudo, devendo ser efetivado sempre.

²³⁷ Consulta realizada em 21.11.2011 às 15h10min, pelo Sistema de Automação do Judiciário Segundo Grau – SAJSG.

Assim, conforme se verificou, constata-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas mitiga não só compreensões constitucionais – a ideia de segurança jurídica, de separação dos poderes e de orçamento –, como também concepções processuais – contraditório, igualdade processual, motivação das decisões e, principalmente, o devido processo legal –, uma vez que utiliza de maneira abstrata a doutrina constitucional como forma de justificar uma espécie de sentimento de justiça político-social de uma decisão já previamente tomada, em um juízo de exercício “inconsciente” da jurisdição contemporânea, o que não se extrai da consulta à doutrina constitucional e aos seus ideais neoconstitucionalistas.

Destarte, verifica-se que a doutrina constitucional, em que pese o formalismo acentuado de conceituações e teorias sem métodos de aplicação bem definidos, persegue uma concretização do direito fundamental à saúde de maneira a se respeitar os postulados constitucionais, inclusive quanto à proporcionalidade e razoabilidade de sua efetivação, realizando uma análise individualizada do caso e não de maneira abstrata, como se demonstrou na pesquisa.

Desta forma, com base no propósito desta pesquisa de investigação filosófico-pragmática, indaga-se: há alguma limitação ao juízo de exercício e concretização do direito à saúde por parte do Poder Judiciário? O que o pragmatismo jurídico responderia a esta indagação? Há uma justificativa pragmática para o não fornecimento de medicamentos a um indivíduo, por exemplo, de maneira ilimitada?

Primeiramente, questiona-se se realmente há um direito absoluto previsto no ordenamento jurídico ou em seus textos normativos, conforme defendido pelo Tribunal de Justiça de Alagoas nos acórdãos visualizados por esta pesquisa.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE CHAMAMENTO AO PROCESSO E DE SOBRESTAMENTO OU SUSPENSÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. REJEITADAS. **MÉRITO. DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO SUBJETIVO INALIENÁVEL, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO**

UNÂNIME. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003450-0 – Acórdão n.º 2.1081/2011 – 2ª Câmara – DJ 22.9.11.) (grifos aditados)²³⁸

A própria Constituição Federal mitiga o direito à vida ao estabelecer que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, caso em que a pena será executada por fuzilamento – art. 55 e 56 do Código Penal Militar –,²³⁹ dentre outras possibilidades como o aborto e a ortonásia, reconhecida pelo art. 1º da Resolução n.º 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina e confirmada pela Justiça Federal em primeiro grau.²⁴⁰

Assim, não há verdadeiramente um direito absoluto capaz de superar todos os óbices normativos como pretende o Tribunal de Justiça de Alagoas. Evidentemente que em um Estado como o nosso, alguns direitos básicos não são sequer respeitados, mas nem por isso se deve ter a pretensão de concretizar todos de uma forma ilimitada e não calibrada, sem a análise das consequências práticas desta atuação, como se verifica no caso do direito à saúde.

Um exemplo para tentar fortalecer este argumento é o do salário mínimo que, segundo a Constituição Federal – art. 7º, IV –, deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas e às da família do indivíduo, com moradia, alimentação, educação, **saúde**, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, o qual em 2011, deveria ter o valor de R\$ 2.329,94, correspondente a 4,27 vezes o mínimo em vigor à época – R\$ 545,00.²⁴¹

Se o direito à saúde é absoluto e um corolário do direito à vida que, por sua vez, é inalienável, “cujo primado há de superar quaisquer restrições legais”, pode-se chegar à conclusão de que os cidadãos brasileiros empregados poderiam pleitear perante o Poder Judiciário, com base na “força normativa da Constituição”, na “força normativa dos princípios”, na “eficácia irradiante da Constituição” aos demais ramos do direito, na hermenêutica constitucional e em todos os ideais neoconstitucionalistas propagados pela doutrina constitucional, o direito fundamental e social a um salário mínimo de R\$ 2.329,94,

²³⁸ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do “medicamento Velcade, 01(uma) ampola de 3,5mg a cada semana, durante o período mínimo de 08(oito) meses”, sendo este um fármaco de alto custo e fora da lista do SUS, por possuir a autora Mieloma Múltiplo, doença codificada pelo CID 10C-90. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas e da real efetividade do fármaco para o tratamento da enferma. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

²³⁹ Art. 55. As penas principais são: a) morte [...] / Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.

²⁴⁰ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.saocamillo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_.pdf> Acesso em 21.11.11.

²⁴¹ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-11-03/consumidor-paga-mais-caropela-cesta-basica-em-10-de-17-capitais-pesquisadas-indica-dieese>> Acesso em 21.11.11.

como forma de garantir a efetividade e a finalidade essencial do texto constitucional acima exposto, principalmente quanto à saúde.

Indaga-se: qual o objetivo do texto constitucional de o salário mínimo ter que atender às necessidades vitais e básicas da família quanto à saúde, uma vez que é dever do Estado concretizar este direito? Não haveria uma responsabilidade recíproca entre o indivíduo e o Estado quanto ao direito social à saúde?

Assim, se a doutrina constitucional com seu formalismo promove um tipo de ação deste nível em face do Poder Público, possibilitando ao Judiciário modular institutos como a responsabilidade dos entes, a reserva do possível e a Separação dos Poderes, conforme observado nos casos objeto desta pesquisa, qual a restrição desta medida em âmbito privado/particular, em face da “eficácia irradiante da Constituição” nos demais ramos do direito e de os direitos sociais não mais integrarem a categoria de direitos de conteúdo programático, com a possibilidade de concretização e efetivação, como defende a doutrina constitucional portuguesa?²⁴²

Certamente, a doutrina constitucional não chancelaria tal questão, como também, diga-se de passagem, não corrobora um Judiciário desmedido no exercício de uma jurisdição ilimitada, como vem se apresentando o Tribunal de Justiça de Alagoas nos casos objeto desta pesquisa.

Em face da ausência de um método claro de aplicação da teoria nestes casos, a doutrina constitucional possibilita uma atuação desta natureza, o que não reflete na prática suas compreensões e ensinamentos, questão esta amplamente combatida pelo pragmatismo jurídico. O pragmatismo aprova o que funciona e é útil, não se preocupando com a própria essência do objeto ou do que se pesquisa. Desta forma, “olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”.²⁴³

Ademais, a própria doutrina constitucional reconhece que existem teorias essencialistas sem métodos de aplicação bem definidos, o que dificulta a compreensão e a aplicação efetiva de certos institutos, como a concepção de interesse público, por exemplo, destacando que:

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: 2003, p. 476-477.

²⁴³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4.

Ainda não existe uma dogmática do interesse público no sistema jurídico brasileiro. Variam bastante as posições doutrinárias a respeito de sua relação para com os interesses difusos. [...] Os conteúdos específicos dos interesses públicos concretos devem ser definidos mediante procedimentos administrativos e judiciais, para evitar leituras apenas subjetivas de cada julgador. Onde não houve um efetivo labor procedimental-administrativo para fins de concretização do interesse público, abrem-se espaços para a decisão judicial, a qual, contudo, sempre deve estar adstrita a uma argumentação racional e conectada a regras e/ou princípios legais específicos.²⁴⁴

Por receio às consequências práticas da aplicação de teorias pouco ou mal compreendidas e mal utilizadas, Oliver Holmes divergiu de seus pares na Suprema Corte Americana, diante do caso conhecido como *Lochner vs. New York*, mencionando que o Tribunal Constitucional norte-americano não poderia impedir o Legislativo de regulamentar a economia, limitando a jornada semanal de trabalho dos padeiros.

Assim, destacou que a Constituição não serve para sustentar uma posição particular, “seja de paternalismo e de relações orgânicas do cidadão ao Estado ou de *laissez-faire*, [...] e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e mesmo chocantes não deve levar nosso juízo a concluir a respeito da questão”,²⁴⁵ como tentava a Corte Constitucional aplicando a teoria econômica para sustentar a invalidade da lei que, supostamente, violava a liberdade de contratar dos cidadãos norte-americanos.

Destaque-se que o caso *Lochner* ficou bastante conhecido por ter inaugurado o ativismo judicial norte-americano, tendo em vista que a Corte Constitucional, por maioria de votos, declarou a invalidade de uma lei do Estado de New York, a qual limitava a jornada semanal de trabalho dos padeiros.²⁴⁶

Assim, Holmes frisou que a décima quarta emenda²⁴⁷ não tinha como objetivo vedar o Legislativo de impor limitações à liberdade de contratar, afirmando que em casos semelhantes a Corte já teria se pronunciado nesse sentido, e que “a palavra liberdade na décima quarta emenda é pervertida quando usada para impedir o encaminhamento natural da

²⁴⁴ KRELL, Andreas J. **Interesse Público (Primário) e Interesses Difusos no Direito Ambiental** – o aspecto “político” de sua concretização. *In*: Revista de Direito Ambiental. Ano 16. Vol. 63. jul.-set. 2011, p. 44-45.

²⁴⁵ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

²⁴⁶ HALIS, Denis de Castro. **Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juízes?** O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais. Lisboa: Editorial Juruá, 2010, p. 202-207.

²⁴⁷ XIV seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>> Acesso em 28.8.2012.

opinião dominante”, salvo nos casos de violação de postulados fundamentais. Desta forma, conclui que neste caso a Corte estaria tratando de forma desigual casos semelhantes. Cita o julgamento da lei de vacinação de Massachusetts, da lei de redução da jornada dos mineiros, destacando ainda que “proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão dependerá de um julgamento ou intuição mais sutil de que qualquer premissa maior articulada”.²⁴⁸

Portanto, se a contemporânea doutrina constitucional possibilita que o Judiciário interfira na responsabilidade dos entes estatais, nesta perspectiva pode-se concluir que o direito à saúde não possui limitações definidas para ser concretizado, caso em que a teoria constitucional deve modificar suas compreensões essencialistas ou lançar mão de métodos mais claros de aplicação de suas teorias, sob pena de sempre cair no velho adágio de que a prática nunca é um reflexo da teoria.

Ressalvadas as peculiaridades das ciências exatas e das sociais aplicadas, imagine-se na física vigorasse esse brocardo. Nunca viajaríamos de avião se um físico defendesse uma teoria no sentido de que o ar às vezes deixa de possuir massa em determinadas condições climáticas e, conseqüentemente, o avião cairia sempre nestas situações não passíveis de previsão. Assim, revela-se imprescindível que a teoria antecipe o que de fato acontece na prática, senão qual o sentido de os teóricos se debruçarem anos e anos em teorias que não produzem efeito concreto?

Quanto ao direito à saúde ilimitado, o pragmatismo jurídico responderia que, com a análise empírica do caso concreto, há uma justificativa pragmática para o não fornecimento de medicamentos a um indivíduo, visualizando o magistrado as conseqüências práticas e úteis de atuação do Poder Judiciário, tais como as políticas públicas já existentes com a possibilidade de ampliação conforme os próprios regulamentos do Ministério da Saúde mencionam,²⁴⁹ as responsabilidades partilhadas do sistema, as possíveis e justificadas limitações orçamentárias, o impedimento de utilização de novos fármacos sem aprovação e

²⁴⁸ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

²⁴⁹ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em 24.8.12. Art. 2º Redefinir os procedimentos e valores do Grupo 36 - Medicamentos da Tabela Descritiva do Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde (SIA/SUS), na forma e redação estabelecidas no Anexo II a esta Portaria. [...] §3º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da competência, componente de Medicamentos e Dispensação Excepcional, serão analisados os impactos decorrentes das medidas implementadas no âmbito do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), com vistas a possíveis ajustes.

comprovação de efeitos curativos,²⁵⁰ tudo em atenção às compreensões de uma judicialização política equilibrada e de bom senso.

Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento.²⁵¹

Decerto, esses são possíveis horizontes teóricos e práticos que a doutrina constitucional terá de enfrentar e com que se preocupar, como forma até de fortalecer suas teses, disponibilizando métodos claros de aplicação de seus ensinamentos.

3.2 Inviabilidade na Gestão de Política Pública de Saúde

O que também se verifica com esta investigação é um exponencial aumento no número de ações relacionadas à concretização de direitos ligados à saúde. Isso poderá inviabilizar a gestão das políticas públicas de saúde existentes e das possíveis novas políticas, questão esta que a doutrina constitucional somente destaca, sem que forneça um método de aplicação e análise de suas teorias com base nas consequências práticas.

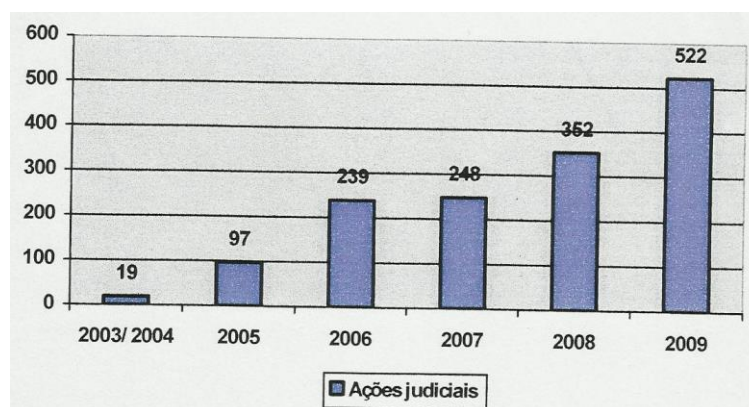
²⁵⁰ Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>> Acesso em 24.8.12. Item. 7. A inclusão de novos medicamentos, a ampliação de cobertura ou de outras necessidades identificadas internamente no âmbito do Componente, a partir da solicitação de gestores, órgãos, instituições da área de saúde e outros da sociedade organizada, deverá obedecer aos fluxos e critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em ato normativo específico. Item. 8. A avaliação quanto à incorporação de novos medicamentos ocorrerá a partir dos preceitos da Medicina Baseada em Evidências e deverá demonstrar a eficácia e segurança do medicamento, além de vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada (maior eficácia ou segurança ou menor custo) e/ou oferecer concorrência dentro de um mesmo subgrupo, como estratégia reguladora de mercado. Item. 9. A inclusão de novos medicamentos/apresentações, ampliação de cobertura ou outras necessidades identificadas internamente ao Programa, deverá ser respaldada pela publicação dos respectivos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs). Item. 10. A inclusão de medicamento para financiamento por meio do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional será pactuada entre os gestores, na Comissão Intergestores Tripartite, e deverá considerar o impacto financeiro e a disponibilidade orçamentária dos entes envolvidos.

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010, p. 876.

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.²⁵²

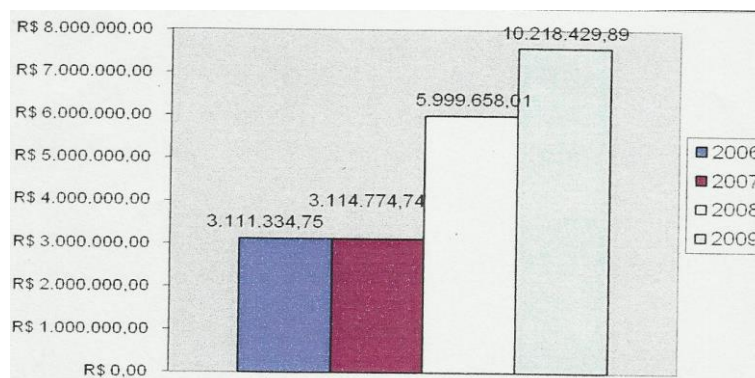
Em pesquisa realizada na Secretaria Estadual de Saúde,²⁵³ justifica-se a assertiva mencionada acima, consoante gráficos elucidativos abaixo, com a demonstração do crescimento dos números de demandas e o impacto orçamentário ocasionado por essas demandas:

Figura 4 Evolução do número de demandas judiciais em Alagoas – 2003 a 11 de setembro de 2009.



Fonte: Planilha de acompanhamento das ações judiciais, DAF/SUAS/Sesau

Figura 5 Evolução dos recursos gastos com demandas judiciais em Alagoas – 2006 a setembro de 2009.



²⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010, p. 876.

²⁵³ Disponível em: <http://www.saude.al.gov.br/sites/default/files/plano_final_avanca_1.pdf> Acesso em 16.8.12.

Fonte: Planilha de acompanhamento das ações judiciais, DAF/SUAS/Sesau

Recentemente – 15.6.12 –, em reunião no Tribunal de Justiça de Alagoas, o Secretário interino de Saúde do Estado de Alagoas apresentou os gastos do ente com as demandas oriundas de processos que envolvem concretização do direito à saúde: “em 2011, foram empregados R\$ 29 milhões do tesouro estadual para atendimento de decisões judiciais – em 2010, foram R\$ 15 milhões. Apenas nos cinco primeiros meses de 2012, esse número já chegou à casa dos R\$ 19 milhões”.²⁵⁴

Outro ponto importante a se indagar: será que com essa interferência do Judiciário há verdadeiramente uma mudança efetiva na prestação de saúde do Estado de Alagoas? Gasta-se tanto com essas demandas judiciais, e qual o resultado prático e útil para a saúde pública do Estado? O pragmatista se perguntaria: qual a utilidade de se demandar tanto e gastar tanto, se não se constata uma mudança efetiva quanto à concretização de tal direito? Quem está ganhando com isso? Somente as pessoas individualizadas nas demandas? A sociedade? As empresas fornecedoras dos insumos médicos? Quem? Se o direito à saúde é um direito social, que efeito prático e útil este excesso de demandas e de gasto com a saúde implica para a sociedade/coletividade?

Ressalte-se que, com essas indagações, não se pretende estabelecer uma solução cartesiana para esse tipo de intervenção do Judiciário no âmbito de responsabilidade dos demais Poderes, mas tão só de considerar pragmaticamente a questão, com a possibilidade de utilizar o método pragmático de observação do problema, o qual visualiza as consequências práticas e úteis para a solução dos casos concretos.

Observa-se que a doutrina constitucional começa a se preocupar com os exageros do Poder Judiciário quanto à efetividade prática dos provimentos oriundos dos casos de concretização dos direitos à saúde, o que somente corrobora um dos escopos desta pesquisa: verificar novos horizontes teóricos que a doutrina constitucional terá de enfrentar.

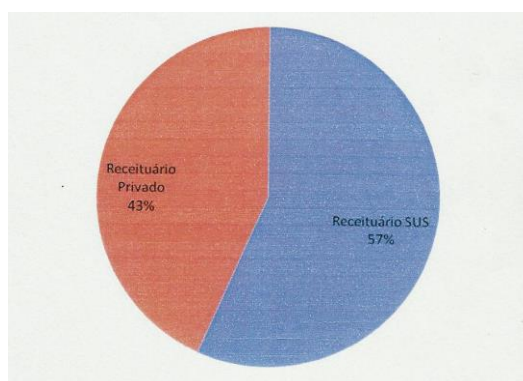
Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre a concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles

²⁵⁴ Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/ceaf/noticias/camaratecnicavaiauxiliarjuizesnaanal>> Acesso em 16.8.12.

que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.²⁵⁵

Pode-se até corroborar, em parte, a assertiva de Luís Roberto Barroso quanto à possibilidade de acesso à Justiça em maior número pela classe média, em face da pesquisa feita pela Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas, ao observar que de 60 receituários médicos fornecidos como demonstração de necessidade de procedimentos cirúrgicos, 26 foram fornecidos por médicos privados e 34 por médicos credenciados pelo SUS, consoante se observa no seguinte gráfico:²⁵⁶

Figura 6 Distribuição das cirurgias segundo receituário médico



Fonte: Setor Financeiro/Sesau

Ressalte-se, por oportuno, que não se defende aqui o método do pragmatismo jurídico como única solução louvável e definitiva do problema, até porque essa conduta seria antipragmatista. Pois, como dito no primeiro capítulo, o pragmatismo “valoriza a liberdade de investigação, a diversidade dos investigadores e a experimentação”,²⁵⁷ de sorte que não se vislumbra no pragmatismo a ideia de doutrinadores descobridores de “verdades” categóricas e inquestionáveis.

Destarte, promove-se esta pesquisa com tais questionamentos, tentando apresentar uma possível proposta de recurso e de investigação prática da questão, sob a perspectiva de um novo olhar dos possíveis horizontes teóricos e práticos que a doutrina

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010, p. 895.

²⁵⁶ Disponível em: <http://www.saude.al.gov.br/sites/default/files/plano_final_avanca_1.pdf> Acesso em 16.8.12.

²⁵⁷ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.

constitucional terá de enfrentar ante os antagonismos criados no sistema jurídico pelo excesso de dogmas teóricos, talvez, mal compreendidos e mal aplicados pelos magistrados.

3.3 Parceria Poder Judiciário e Poder Executivo

Conforme verificado, com o aumento expressivo de demandas judiciais relacionadas à tutela do direito à saúde, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, através da Resolução n.º 107, de 6 de abril de 2010, o Fórum de monitoramento das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, cabendo ao referido órgão “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos” – art. 1º.²⁵⁸

Assim, em uma análise pragmática, pode-se constatar que o Poder Judiciário associado às teorias essencialistas constitucionais, sem observar as consequências práticas de sua atuação, provoca uma grande celeuma quanto à concretização do direito à saúde e, neste momento, tentando, ao que aparenta, equacionar os equívocos ou excessos cometidos, cria um texto normativo com o intuito de aperfeiçoar os procedimentos, reforçando a “efetividade dos processos judiciais” com o escopo de “prevenir novos conflitos”.

Desta forma, indaga-se: como reforçar a efetividade dos processos judiciais? As demandas não estão sendo efetivadas? Não há cumprimento das decisões? Com todo o gasto demonstrado durante esta pesquisa, não há efetividade em todos os provimentos judiciais?

Esta resolução do Conselho Nacional de Justiça, ao que parece, somente vem reforçar o argumento pragmático desta pesquisa, de que a doutrina constitucional empreende mais esforço em justificar suas compreensões em abstrato do que em dar suporte prático à atuação do Poder Judiciário.

Ademais, consoante texto expresso da resolução, para tentar consolidar o Fórum de monitoramento, o Poder Judiciário “poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos já mencionados precedentemente” – art. 5º da Resolução n.º 107/10. Ou seja, ao que parece, o Judiciário está tentando equacionar o que se tem como teoria constitucional de concretização dos direitos fundamentais à saúde com a

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>> Acesso em 20.8.12.

realidade dos casos, as especificidades dos tratamentos e dos fármacos que serão aptos a solucionar os conflitos em concreto. O que, em uma perspectiva do pragmatismo, mostra-se uma iniciativa salutar, porém deve se voltar para as consequências concretas dos casos e não ser mais uma alternativa sem utilidade prática.

A busca por um suporte científico-técnico e específico voltado a saber como e de que forma os medicamentos e demais insumos médicos devem ser consumidos, em qual grau e em quais os casos são mais eficazes, somente confirma o que os pragmatistas pensam: existem “boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos”.²⁵⁹

Contudo, ao vigorar esse tipo de atuação, como conciliar essa prática do Poder Judiciário com a doutrina constitucional? O Judiciário pode ao mesmo tempo gerir estudos científicos e julgar tais procedimentos? Isso não seria função típica do Executivo? Será que a doutrina constitucional que defende uma “nova leitura” da Separação dos Poderes pretendia uma atuação em cooperação de gestão entre Executivo e Judiciário?

Ou tudo isso não poderia ser um tanto pacificado com a análise em concreto das consequências práticas e úteis da atuação do Poder Judiciário, impondo até uma possível autocontenção judicial – *judicial restraint* –, defendida por Oliver Holmes?²⁶⁰

Ademais, em que pese essa parceria possa ser acordada pelo ideal pragmatista, haveria a necessidade de uma cooperação entre Judiciário e Executivo, uma vez que os dados técnicos, financeiros e teóricos são fornecidos pelos gestores nos autos dos processos judiciais e o Judiciário não analisa em concreto tais questionamentos, consoante se pode observar da fundamentação dos julgados objeto desta pesquisa:

[...]

Aduz o apelante, no mérito, que a responsabilidade pelo programa de oncologia é da União e dos Centros de Referência, portanto só compete ao Estado a aquisição e o fornecimento de medicamentos previstos na Portaria n.º 2.577 do Ministério da Saúde e, ainda, a cujas patologias estejam especificamente relacionadas.

Sustenta, também, que deve ser respeitada a listagem oficial de medicamentos e protocolos clínicos das patologias, elaborados pelo Ministério da Saúde, o que, sob sua ótica, obsta o fornecimento do medicamento solicitado, uma vez que o Xeloda VO não consta na lista

²⁵⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 5.

²⁶⁰ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X, 457.

de medicamentos, além disso, trata-se de lançamento e medicação de alto custo.

No entanto, a despeito do que alega o apelante, o Estado não está obrigado a somente fornecer medicamento que conste exclusivamente na lista da Portaria n.º 2.577/06 do Ministério da Saúde, muito menos a patologias exclusivamente nela prevista.

O direito à saúde a todos os cidadãos é garantia constitucional prevista no artigo 196, da Carta Magna, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de Saúde com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe a Constituição, especificamente em seu artigo 198.

Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no artigo 6º, da Lei Maior, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, consagrados na Constituição Federal, cujo primado há de superar quaisquer espécies de restrições legais. A Constituição não é ornamental. Reclama efetividade real de suas normas. Portanto, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

No caso, está-se diante de um bem maior que é a vida, bem que tem valor maior, devendo sempre ser o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior.

Ademais, a discussão sobre a competência para a execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode sobrepor ao direito à saúde, assegurado na Constituição Federal.

O artigo 196, da Carta Republicana, não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação. (TJAL – Apelação Cível n.º 2011.003315-1 – Acórdão n.º 2.1116/2011 – 2ª Câmara Cível – DJ 29.9.11) (grifos aditados)²⁶¹

Desta forma, a preocupação deverá se centrar na utilidade prática dos acordos de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas. Pois, se todos esses dados podem ser colacionados às demandas judiciais, inclusive por já existirem, bem ou mal, políticas públicas de saúde, repartição de responsabilidades, programas de projetos

²⁶¹ Em síntese, trata-se de recurso interposto pelo Estado de Alagoas, o qual pleiteia a reforma da sentença singular que condenou o ente estatal a custear o fornecimento do “medicamento Xeloda VO 500mg, tomando 05 (cinco) comprimidos por dia, durante ciclos seguidos de 14 (quatorze) dias, com intervalo de 07 (sete) dias por, no mínimo, 01 (um) ano”, sendo este um fármaco de lançamento, de alto custo e fora da lista do SUS, por possuir a autora neoplasia de cólon EC IV fígado – CID C18. No entanto, realiza uma apreciação do caso de maneira abstrata, sem enfrentar as consequências práticas e da real efetividade do fármaco para o tratamento da enferma. (Vide inteiro teor do Acórdão no Anexo).

orçamentários e estudos científicos de novos fármacos para a cura e o tratamento das enfermidades, seria necessário criar essa alternativa? Os gestores de saúde já não auxiliam os magistrados a julgar e respeitar as regras existentes prestando as informações no processo?

Em 15.6.12, o Tribunal de Justiça de Alagoas recebeu a visita do Secretário interino de Saúde e firmou um termo de cooperação técnica com as Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, com o objetivo de os referidos órgãos fornecerem “subsídios técnicos aos magistrados nas ações que tenham por objetivo compelir o Estado de Alagoas ao fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais”.²⁶²

Assim, indaga-se: todos estes subsídios técnicos não são fornecidos nos autos dos processos, juntamente com os argumentos teóricos – responsabilidade dos entes, Separação dos Poderes, reserva do possível etc.? Qual a garantia de que essa “cooperação” – Judiciário e Executivo – irá promover uma melhor prestação jurisdicional ou de autocontenção judicial, se os contextos orçamentários, teórico-constitucionais e econômico-sociais continuam os mesmos?

Ademais, segundo as informações do *site*, esta parceria “atuará racionalizando os processos com o objetivo de minimizar os custos para os entes públicos. O segundo passo será a redução do número de ações, desafogando também o Poder Judiciário e tornando a tramitação mais eficiente”.²⁶³ O que só fortalece todos os argumentos pragmáticos apresentados nesta pesquisa, pois, ao que parece, o Judiciário terá que analisar os casos observando as consequências práticas de sua atuação.

Ainda segundo a declaração do secretário interino de Saúde

[...] o elo entre os dois poderes é fundamental. Essa parceria é importante para que possamos resolver a questão. **A criação do comitê é muito válida nesse sentido, até para que os processos sejam direcionados corretamente.** Atualmente, boa parte deles é de atendimento oncológico, responsabilidade do Ministério da Saúde.²⁶⁴ (grifos adotados)

Então, com as afirmações do secretário, pode-se arrematar que esta parceria servirá para o gestor auxiliar aos magistrados na observação dos textos normativos de

²⁶² Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/ceaf/noticias/camaratecnicavaiaauxiliarjuizesnaanal>> Acesso em 16.8.12.

²⁶³ Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/ceaf/noticias/camaratecnicavaiaauxiliarjuizesnaanal>> Acesso em 16.8.12.

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/ceaf/noticias/camaratecnicavaiaauxiliarjuizesnaanal>> Acesso em 16.8.12.

organização político-administrativa e que fixam as responsabilidades descentralizadas dos entes federativos, e que por isso devem ser respeitados em face do orçamento previamente definido.

Destarte, percebe-se que o Judiciário com o ativismo judicial passou a promover uma espécie de gestão pública, e o Executivo, com o termo de cooperação, irá passar a auxiliar aos magistrados a proferirem suas decisões, respeitando os limites do ordenamento jurídico posto, ou seja, adequando os casos aos resultados concretos, na busca de consequências úteis para a solução do problema.

O presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas corrobora o posicionamento do secretário e declara que,

Dentro do possível, **vamos tentar equacionar a situação tanto do governo estadual quanto do municipal**. A quantidade de ações é grande e tem gerado dificuldades, inclusive com a possibilidade de que alguns serviços parem para que elas sejam atendidas.²⁶⁵ (grifos aditados)

Desta forma, claramente se verifica a celeuma que se gerou com a má compreensão e a utilização das teorias neoconstitucionais, o que deve ser motivo de bastante preocupação para os doutrinadores constitucionalistas.

Em uma análise do contexto processual, se estes dados e subsídios técnicos não estivessem nos autos do processo, teria direito à saúde o indivíduo que não comprovasse através dos exames médicos qual o medicamento adequado para o seu tratamento e, em contra-partida, o Estado não teria de se contrapor a tais argumentos afirmando que já existe um programa X de responsabilidade de Y para custear o fármaco Z no caso dos autos, e não o novo medicamento que pretende o indivíduo, por exemplo.

Este não seria o objetivo do termo de cooperação técnica? Isso já não existe no processo judicial e cabe aos magistrados analisar de forma exauriente? Há necessidade dessa medida, ou de uma modificação de pensamento da doutrina constitucional no sentido de justificar a cooperação entre Judiciário e Executivo?

Não seria essa medida de cooperação dos Poderes uma confirmação do que vem se demonstrando durante toda esta pesquisa, no sentido de que os magistrados devem observar as consequências práticas e úteis dos seus provimentos jurisdicionais, para garantir uma tutela jurisdicional efetiva e adequada aos casos concretos?

²⁶⁵ Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/ceaf/noticias/camaratecnicavaiauxiliarjuizesnaanal>> Acesso em 16.8.12.

Destarte, não há dúvida que a doutrina constitucional que promoveu esta ingerência do Poder Judiciário no âmbito de atuação dos demais Poderes foi importantíssima e necessária, tendo em vista o descrédito das instituições gestoras e o excesso de omissões legislativas,²⁶⁶ porém essa atuação, diante dos casos analisados por este estudo, não vem se mostrando salutar para uma sociedade de fins democráticos e igualitária de direitos.

Desta forma, esta pesquisa demonstra que há efetivamente uma necessidade de correlação entre a doutrina constitucional e a prática dos fóruns, sob pena de se subverter todo o contexto constitucional e jurídico criado há séculos, e que os atuais detentores do poder estão começando a observar que impor modulações teóricas como forma de justificar os seus ideais não se revela a medida adequada para a solução destes casos.

²⁶⁶ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Conclusão

Conforme apresentado desde o título do estudo ao último capítulo, o objetivo desta pesquisa foi o de, utilizando como método de análise o pragmatismo jurídico, realizar uma investigação contrapondo-se aos argumentos da doutrina constitucional no que diz respeito à atuação ativista do Judiciário, mais precisamente a atuação do Tribunal de Justiça de Alagoas, nas demandas que versam sobre direito à saúde, como forma de verificar se há uma correlação entre os conceitos jurídicos da doutrina constitucional e a realidade prática do referido Órgão Jurisdicional, com o escopo de tentar aperfeiçoar as possíveis disparidades práticas e teóricas encontradas.

Nesse contexto, primeiramente utilizou-se o pragmatismo jurídico como método de análise do ativismo judicial na concretização de políticas públicas de saúde, efetivando as investigações das teorias constitucionais e a forma com que o Tribunal atua nesses casos. Assim, com este exame, passou-se a proceder às primeiras verificações pragmáticas, com a demonstração dos primeiros questionamentos.

Verificou-se que o Tribunal de Justiça de Alagoas, nos casos objeto da pesquisa, promove uma atuação ativista, pois, no exercício hermenêutico constitucional, promove uma modulação de institutos jurídicos relacionados à competência e às responsabilidades dos demais Poderes, impondo um dever à Administração em fornecer gratuitamente qualquer insumo no tocante ao direito à saúde.

Outrossim, constatou-se que esta interferência no âmbito dos demais Poderes foi realizada sem critérios bem definidos e sem conformidade com o que a doutrina constitucional advoga para a solução destes casos, em que pese a doutrina também não se preocupar tanto em estabelecer métodos claros de aplicação de suas teorias.

Ademais, em todos os casos, exercendo uma análise meramente abstrata das compreensões teórico-constitucionais, constatou-se que o direito à saúde é tratado como um verdadeiro direito absoluto, capaz de superar quaisquer óbices normativos ou concepções jurídicas – lista de medicamentos, repartição de atribuições do Ministério da Saúde ou do SUS, reserva do possível e Separação dos Poderes –, o que gera uma verdadeira implementação de política pública de saúde imposta pelo Judiciário alagoano.

Assim, conforme demonstrado neste estudo, ao responsabilizar solidariamente os entes da Federação, ao promover uma releitura da Separação dos Poderes e ao impor o

fornecimento de medicamentos não constantes nas listas do Ministério da Saúde, o Tribunal de Justiça de Alagoas produz um ativismo judicial sem observar as consequências práticas e úteis à solução do problema, até mesmo em contraponto às considerações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da SL 47 AgR/PE.

Verificou-se que, preocupado com esse tipo de atuação dos magistrados, o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução tentando equacionar a celeuma gerada com os julgamentos concretizadores do direito à saúde, estabelecendo uma parceria do Poder Judiciário com o Executivo. No entanto, constatou-se que, na verdade, não haveria a necessidade de implementação desta forma de parceria ou cooperação, bastando que os magistrados analisassem de forma mais analítica os processos judiciais que lhes chegam às mãos, observando as consequências práticas de sua atuação.

Ademais, observou-se que os acordos de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, podem se mostrar mais uma medida sem fins práticos, uma vez que todos os possíveis dados fornecidos pelos gestores públicos já são colacionados aos autos das demandas judiciais, devendo os magistrados exercerem suas atividades com um olhar pragmático para a observação do problema.

Neste ponto, em face das disparidades teóricas e das tentativas de construções jurídicas essencialistas, buscou-se com o pragmatismo jurídico ponderar um possível aperfeiçoamento da doutrina constitucional, no sentido de que os magistrados devem observar as consequências práticas e úteis dos seus provimentos jurisdicionais, para garantir uma tutela jurisdicional efetiva e adequada aos casos concretos envolvendo a interpretação do direito social à saúde.

Aliás, constatou-se que, por não observar as consequências práticas de sua atuação, os magistrados criaram uma espécie de direito absoluto e uma possibilidade de inviabilização do órgão gestor, sem sequer se questionar se esta medida se mostra útil para os interesses da coletividade, uma vez que há um aumento desse tipo de demanda e, em sua grande maioria, somente atende a interesses individuais de pessoas que têm a oportunidade de ir ao Judiciário, em detrimento das que ficam nas portas dos hospitais, à espera de um atendimento médico.

Acredita-se que esta pesquisa cumpre um dos seus objetivos: identificar os possíveis horizontes teóricos e práticos para o futuro que a doutrina constitucional terá de enfrentar, seja do direito à saúde como direito absoluto, da inviabilidade da gestão

orçamentária ou da parceria Judiciário e Executivo com uma possível modificação dos seus papéis.

Assim, em suma, chega-se às seguintes verificações pragmáticas:

a) O Tribunal de Justiça de Alagoas possui uma atuação ativista, pois modula compreensões jurídicas relacionadas à competência e às responsabilidades dos demais Poderes;

b) Realiza uma interpretação que modifica a compreensão do direito social à saúde, elevando-o a uma espécie de direito absoluto, suplantando o preconizado pela própria doutrina constitucional quanto ao movimento neoconstitucionalista, aos limites da “força normativa da Constituição”, aos métodos de exercício da hermenêutica constitucional das regras e dos princípios;

c) Relativiza compreensões constitucionais – a ideia de segurança jurídica, de separação dos poderes e de orçamento –, como também compreensões constitucionais processuais – contraditório, igualdade processual, motivação das decisões e, principalmente, o devido processo legal;

d) Utiliza fundamentações jurídicas em abstrato, estabelecendo uma verdadeira política pública de saúde que suplanta até as já existentes, pois determina o fornecimento, sem uma análise exauriente, de medicamentos não constantes na lista do SUS, até em contraponto às considerações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da SL 47/10;

e) Responsabiliza solidariamente os entes da Federação, impondo a qualquer deles o custeio de procedimento médico ligado à efetivação do direito à saúde, inclusive de passagens aéreas para o tratamento em grandes centros;

f) Efetua a releitura da Separação dos Poderes em todos os casos relacionados ao direito à saúde, podendo-se arrematar que esta atuação promove uma verdadeira determinação tendente a abolir o texto constitucional, uma vez que em todos os casos observados nesta pesquisa o Órgão Jurisdicional superou o instituto para fornecer o tratamento médico ou qualquer procedimento relacionado à saúde dos litigantes nas ações cominatórias propostas;

g) Possibilita, com a atuação mais ativa, o aumento do número destas demandas de saúde, o que poderá inviabilizar a gestão das políticas públicas já existentes e as futuras, pois segundo o secretário interino de Saúde do Estado de Alagoas, as demandas oriundas de processos que envolvem concretização do direito à saúde em 2012, apenas nos cinco primeiros meses, chegou à casa dos R\$ 19 milhões;

h) Contudo, começa a tentar equacionar o seu ativismo judicial nestas demandas, com uma parceria entre Judiciário e Executivo promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n.º 107, de 6 de abril de 2010, no sentido de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos” – art. 1º.

Por fim, de igual forma, vislumbra-se que esta pesquisa atendeu ao seu principal objetivo: realizar a investigação científica de contrapor a teoria constitucional à prática, tendo o escopo de ponderar questões para um possível aperfeiçoamento da doutrina constitucional, com a possibilidade de orientar a aplicação do direito por parte dos magistrados. Para tanto, lançou mão da observação das consequências práticas e úteis dos provimentos judiciais relacionados ao direito social à saúde, buscando um novo olhar sobre o tema.

Referências

- ABBGNATO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional: sobre Tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos Éticos do Direito Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- APPIO, Eduardo. **Discrecionariade Política do Poder Judiciário**. 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. (ano 2005). 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª Ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a Ponderação Constitucional**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª Ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In.: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: 2010.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>>. Acesso em 08.08.12.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa – análise da prática jurisprudencial**. Salvador: Juspodivm, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. Texto: O conceito de política pública em direito. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: 2003.

_____. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo em su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução: Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão Jurídica e Racionalidade**. Maceió: Edufal, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A Fazenda Pública em juízo**. 10ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2012.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores**: problemas jurídicos y políticos. Granada: 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Políticas de Estado e políticas de governo**: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAVID, René. Trad. Hermínio A. Carvalho. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. I. 14ª Ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios e revisão da tradução: Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FREITAS, Lorena de Melo. **Um Diálogo entre Pragmatismo e Direito: Contribuições do Pragmatismo para Discussão da Ideologia na Magistratura**. Disponível em <http://www.pucsp.br/pos/filosofia/Pragmatismo/cognitio_estudos/cognitio_estudos.htm> Acesso em 10.8.11.

GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. **Verdade e Método I** – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 10ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. **Direito e Democracia**: entre a Facticidade e Validade. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALIS, Denis de Castro. **Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juízes? O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais**. Lisboa: Editorial Juruá, 2010.

_____. Teoria do direito e “fabricação de decisões”: a contribuição de Benjamin N. Cardozo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Teoria da Constituição, n.º 6 (jul./dez.2005). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), p. 358-374.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Fundamental Holmes – A Free Speech Chronicle and Reader**. Edited by Ronald K. L. Collins. Cambridge University Press, 2010.

_____. **The Path of the Law**. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897. Copy-righted by O. W. Holmes, 1897. Harvard Law Review, Vol. X.

KELSEN, Hans. Trad. João Batista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Interesse Público (Primário) e Interesses Difusos no Direito Ambiental** – o aspecto “político” de sua concretização. *In*: Revista de Direito Ambiental. Ano 16. Vol. 63. jul.-set. 2011.

_____. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental** – O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

IVO, Gabriel . **Direito Tributário e Orçamento Público**, *In*: Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Luís Eduardo Schoueri (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. Traducción le la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo. **Novas Perspectivas da Constitucionalização do Direito Civil**. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MARTINHO, Helena Gaspar. **Indeterminação do Direito e Activismo Judicial**. *In*: Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas. Prólogo de Manuel Atienza. Coimbra: Almedina, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência e Eficácia**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Notas sobre o caráter normativo dos princípios e das normas programáticas**. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, baron de La Brède et de. Trad. Fernando Henrique Cardoso. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

PEIRCE, Charles Sanders. **Como tornar claras nossas ideias**. Trad. António Fidalgo. Disponível em <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf> Acesso em 16.8.11.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução: Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de S. Ação civil pública: Função, deformação, e caminhos para uma Jurisdição de Resultados *apud* KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In.: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. (org.) Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes (org.). As novas faces do Ativismo Judicial. Salvador: Juspodivm, 2011.

SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda**. Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**. São Paulo: Renovar, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lório do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WALDRON, Jeremy. Trad. Luís Carlos Borges. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANEXO – A



Gabinete da Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento

Apelação Cível nº 2011.003315-1

Apelante : Estado de Alagoas
Procurador : Mário Henrique Menezes Calheiros
Apelada : Josefa Shumann
Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)
Relatora: Des. Elisabeth Carvalho Nascimento

ACÓRDÃO Nº 2.1116 / 2011.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONFIRMOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRELIMINAR DE NECESSÁRIO CHAMAMENTO AO PROCESSO. REJEITADA. MÉRITO: DIREITO À SAÚDE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE EM LISTA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. DIREITOS SUBJETIVOS INALIENÁVEIS, CONSAGRADOS NA CF, CUJO PRIMADO HÁ DE SUPERAR QUAISQUER RESTRIÇÕES LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA. PROVIMENTO NEGADO. DECISÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes as acima citadas, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, **por unanimidade, em tomar conhecimento do recurso para afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença de primeiro grau, nos termos do voto da Relatora.**

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Magistrados constantes na certidão de julgamento.

Maceió, 29 de setembro de 2011.

Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento

Relatora

Apelação Cível nº 2011.003315-1

Apelante : Estado de Alagoas
Procurador : Mário Henrique Menezes Calheiros
Apelada : Josefa Shumann
Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)
Relatora : Des. Elisabeth Carvalho Nascimento

V O T O

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Estado de Alagoas (fls. 57/66), em face da sentença de primeiro grau, exarada às fls. 49/53, a qual julgou procedente a Ação Cominatória n.º 001.09.017952-9, condenando o ora apelante no fornecimento do medicamento pleiteado pela requerente, a serem ministrados pelo período mínimo de 01 (um) ano, conforme prescrição médica.

Tem-se, originariamente, Ação Cominatória com Pedido de Antecipação de Tutela (fls. 03/20), proposta pela apelada, na qual informa ser portadora de neoplasia de cólon EC IV fígado - CID C18., portanto, necessita, com a máxima urgência, de fazer uso do medicamento Xeloda VO 500mg, tomando 05 (cinco) comprimidos por dia, durante ciclos seguidos de 14 (quatorze) dias, com intervalo de 07 (sete) dias por, no mínimo, 01 (um) ano.

Informa, ainda, que se trata de medicamento de alto custo, o que importa em gasto mensal aproximado de R\$ 2.427,30 (dois mil quatrocentos e vinte e sete reais e trinta centavos). Todavia, não possui, a requerente/apelada, recursos financeiros para arcar com tais despesas.

Sustenta, ainda, que o Estado não disponibiliza tal medicamento para a população colocando, assim, em risco sua saúde e sua vida.

Junta documentos.

Em decisão exarada às fls. 22/24, o magistrado concedeu a antecipação da tutela, determinando que o Estado de Alagoas forneça, gratuitamente, à autora o medicamento requestado.

Em sede de contestação, o requerido alega, preliminarmente, a necessidade de chamamento ao processo da União e, no mérito, defende a responsabilidade da União quanto à aquisição do mencionado medicamento, por ser o responsável pelo programa de oncologia, bem como que o medicamento pleiteado não está contemplado na lista oficial de drogas excepcionais do Ministério da Saúde.

Em réplica, a autora/apelada rebate os argumentos da contestação e reitera os pedidos da inicial (fls. 45/45).

Parecer do Ministério Público à fl. 48.

Prolatada a sentença de primeiro grau, a qual confirmou a antecipação da tutela (fls. 49/53), o réu interpôs a presente Apelação Cível sustentando: preliminarmente, (i) o necessário ingresso da União como litisconsorte passivo necessário; e, no mérito, (ii) que a responsabilidade pelo programa de oncologia é da União e dos Centros de Referência, assim ao Estado só compete o fornecimento direto de medicamentos aos pacientes em situações especiais, definidas nas normas e políticas do Ministério da Saúde; (iii) e que deve ser respeitada a listagem oficial de medicamentos e protocolos clínicos das patologias, elaborados pelo Ministério da Saúde.

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 66), a apelada apresentou as contrarrazões (fls. 68/73), rechaçando os argumentos apresentados na Apelação e pugnando pela manutenção da sentença.

O representante do Ministério Público, em parecer às fls. 75/77, opina pela procedência da ação.

Em parecer exarado às fls. 83/86, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso interposto.

É o relatório.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso, dele tomo conhecimento e passo à análise das questões que lhe são atinentes.

1. Da preliminar de chamamento ao processo da União para figurar como litisconsorte passivo necessário.

Requer o apelante, que seja reconhecida a preliminar de litisconsórcio passivo necessário com a União, devendo esse ente público ingressar no polo passivo da demanda.

Entretanto não merece guarida a pretensão do apelante. Isso porque a Carta Magna estabelece competência comum da União, Estados e Municípios para questões ligadas à saúde e à assistência pública, o que implica dizer responsabilidade solidária.

Assim sendo, qualquer dos entes públicos acima descritos pode figurar no polo passivo da demanda, autorizando que se exija, de qualquer deles, o cumprimento da obrigação. Portanto, não há que falar em litisconsortes passivos necessários, já que a solidariedade representa a possibilidade de acionar qualquer dos entes devedores isoladamente.

Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.** LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que **qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes do STJ.**

(...)

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010) - Negritei.

Assim entendem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁶⁷:

O credor de obrigação solidária pode escolher quem quiser, entre os coobrigados solidários passivos, para responder pela totalidade da dívida. O autor credor não é obrigado a litigar contra quem não queira. Ele, credor, é quem escolhe o réu da demanda que, a seu juízo, deve responder passivamente pela totalidade da dívida, conforme lhe assegura o direito civil. Essa é a decorrência normal e legítima da solidariedade passiva. Admitir-se que o chamamento ao processo possa ampliar o pólo passivo da demanda significa fazer com que ao autor credor seja imposta, por potestade do réu chamante, a situação de litigar contra réus que ele não escolhera para responder à demanda, inclusive com inevitável postergação do procedimento (...).

Afasto, pois, a preliminar de litisconsórcio passivo necessário arguida pelo apelante.

2. Do mérito.

Aduz o apelante, no mérito, que a responsabilidade pelo programa de oncologia é da União e dos Centros de Referência, portanto só compete ao Estado a aquisição e o

²⁶⁷ Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: RT, 2010, p. 313.

fornecimento de medicamentos previstos na Portaria n.º 2.577 do Ministério da Saúde e, ainda, a cujas patologias estejam especificamente relacionadas.

Sustenta, também, que deve ser respeitada a listagem oficial de medicamentos e protocolos clínicos das patologias, elaborados pelo Ministério da Saúde, o que, sob sua ótica, obsta o fornecimento do medicamento solicitado, uma vez que o Xeloda VO não consta na lista de medicamentos, além disso, trata-se de lançamento e medicação de alto custo.

No entanto, a despeito do que alega o apelante, o Estado não está obrigado a somente fornecer medicamento que conste exclusivamente na lista da Portaria n.º 2.577/06 do Ministério da Saúde, muito menos a patologias exclusivamente nela prevista.

O direito à saúde a todos os cidadãos é garantia constitucional prevista no artigo 196, da Carta Magna, sendo conveniente ressaltar que existe Sistema Único de Saúde com financiamento de recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, nos termos do que dispõe a Constituição, especificamente em seu artigo 198.

Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no artigo 6º, da Lei Maior, declarado por seus artigos 196 e seguintes, é de aplicação imediata e incondicionada, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, consagrados na Constituição Federal, cujo primado há de superar quaisquer espécies de restrições legais. A Constituição não é ornamental. Reclama efetividade real de suas normas. Portanto, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

No caso, está-se diante de um bem maior que é a vida, bem que tem valor maior, devendo sempre ser o bem preponderante sobre os demais direitos assegurados no texto constitucional, significando que entre os dois valores em jogo, direito à vida e o direito do ente público de bem gerir as verbas públicas, sob qualquer ótica, deve prevalecer o bem maior.

Ademais, a discussão sobre a competência para a execução de programas de saúde e distribuição de medicamentos não pode sobrepor ao direito à saúde, assegurado na Constituição Federal.

O artigo 196, da Carta Republicana, não faz distinção entre os entes federados, de sorte que cada um e todos, indistintamente, são responsáveis pelas ações e serviços de saúde, sendo certo que a descentralização, mera técnica de gestão, não importa compartimentar sua prestação.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, reiteradamente, que o Estado deve propiciar não qualquer tratamento, mas o mais adequado e eficaz, o que se contradiz ao alegado pelo apelante quanto ao fato de ser, o medicamento pleiteado, novo no mercado farmacêutico e de alto custo, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. **A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.**

2.(...)

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010). Grifos adotados.

Diante do exposto, voto no sentido de **tomar conhecimento da presente Apelação Cível para afastar a preliminar suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.**

Maceió, 29 de setembro de 2011.

Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento

Relatora

ANEXO – B**Gabinete Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo****Apelação Cível N.º 2011.003394-8****Origem: Maceió/16ª Vara Cível da Capital Fazenda Estadual****Apelante : Estado de Alagoas****Advogado : Diego Franklin Pereira de Freitas****Apelado : Eunice Paes de Lima****Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)****Relator: Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo****ACÓRDÃO N.º 1.1076/2011**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 23, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 188, §1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. APLICABILIDADE DO ARTIGO 5ª, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DE INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

CONCLUSÃO: vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n.º 2011.003394-8, originários da 16ª Vara Cível da Capital Fazenda Estadual, em que figura como apelante o Estado de Alagoas e, como apelada, Eunice paes de Lima, devidamente qualificados e representados.

ACORDAM os desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, à unanimidade de votos, em tomar conhecimento do apelo para negar-lhe provimento. Participaram do julgamento os desembargadores constantes na certidão.

Maceió, 10 de agosto de 2011.**Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo****Presidente/Relator**

Apelação Cível N.º 2011.003394-8

Origem: Maceió/16ª Vara Cível da Capital Fazenda Estadual

Apelante : Estado de Alagoas

Advogado : Diego Franklin Pereira de Freitas

Apelado : Eunice Paes de Lima

Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)

Relator: Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Alagoas, com o objetivo de reformar integralmente a decisão do juízo singular, que julgou procedente a ação cominatória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Eunice Paes de Lima, portadora de Neoplasia Maligna do Pulmão, CID C 34.9, necessitando do uso do medicamento denominado Tarceva (1 comprimido de 150 mg por dia), por tempo indeterminado. Afirma a apelada não ter condições de arcar com o alto custo do medicamento, e que o Estado, ente aplicador dos recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, não está disponibilizando tais medicamentos à população.

Juntou documentos de fls. 8/12.

O dispositivo da decisão recorrida restou lavrado nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no art. 196 da CF/88 e na Lei 8.080/90, **julgo procedente a presente ação nos termos do pedido**, confirmando em definitivo a tutela antecipada, para condenar o réu no fornecimento do medicamento pleiteado pela requerente: **Tarceva (Roche) - 150mg ao dia**, a serem ministrados por período indeterminado, conforme prescrição médica.

Deixo de condenar o Estado de Alagoas no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, em virtude de a autora estar assistida pela Defensoria Pública.

Nas razões recursais, de fls. 62/82, o Estado de Alagoas traz os seguintes fundamentos: ilegitimidade passiva do Estado de Alagoas; necessidade de chamamento ao processo da União e do Município de Matriz de Camaragibe; necessidade de seguir os padrões fixados pelo Ministério da Saúde; pedindo, por fim, que fosse julgado totalmente improcedente o pedido do autor, provendo-se o presente recurso.

Nas contrarrazões, de fls. 85/90, a apelada diz que não merece acolhida a apelação, razão pela qual requer seja o presente recurso recebido e improvido, requerendo a manutenção da decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau em todos os seus termos.

Em seguida, os autos do processo foram remetidos a este Tribunal, opinando a Procuradoria Geral de Justiça pelo NÃO PROVIMENTO do recurso de apelação interposto pelo Estado de Alagoas.

É o relatório.

VOTO:

Devidamente satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da presente apelação cível.

A matéria trazida no presente apelo versa sobre a responsabilidade do Estado quanto ao fornecimento de medicamento.

O Sistema Constitucional Vigente, ao instituir como um de seus relevantes fundamentos a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), objetivou cristalizar e dar efetividade ao maior e mais valioso de todos os direitos do homem, que é a própria vida, esta compreendida em sua plenitude. Logo, conclui-se que o viver digno passa, necessariamente, pelo viver com saúde, reconhecido e transformado em direito subjetivo.

Partindo dessa premissa, e nos termos do arts. 5º *caput* e 196 da Constituição da República, o STF sedimentou o entendimento de que ao Estado, no sentido genérico, cabe a obrigação legal de respeitar o direito à vida e à saúde, estabelecendo, inclusive, a solidariedade entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II, da CF/88) pela responsabilidade no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população. Confira-se:

DECISÃO: 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e assim ementado: PRELIMINAR ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO' DESCABIMENTO ART.127 DA CF QUE TOCA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVIES REJEIÇÃO. PRELIMINAR ' ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, BEM COMO DO MUNICÍPIO DE FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DESCABIMENTO - OBSERVÂNCIA DO ART. 23 DA CF COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS DE CUIDAR DA SAÚDE DA POPULAÇÃO REJEIÇÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE PEDIDO FORMULADO PELA FAZENDA DO ESTADO DESCABIMENTO MARCADA A

INTENÇÃO PROTETÓRIA DA DEFESA OBSERVÂNCIA DO ART. 14 DO CPC INDEFERIMENTO MANTIDO APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA LIMINAR CONFIRMADA PELA SENTENÇA FORNECIMENTO DE APARELHO CABIMENTO. Em atendimento a preceito constitucional (artigos 5º e 196 da CF) é direito do paciente com doença crônica obter o fornecimento de aparelho prescrito pelo médico. Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar a quem deles necessitar. Decisão mantida. Recursos negados. (fl. 69) [...] 2. Inconsistente o recurso. **O acórdão impugnado decidiu a causa em perfeita sintonia com a jurisprudência assentada da Corte [...]** 3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC (AI 742939/SP – SÃO PAULO. Min. Cezar Peluso. Julgamento em 20/03/2009) (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. **O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.**

2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.

3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.

4. **O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles. Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.**

5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

Agravo regimental desprovido. AgRg no Ag 1044354 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2008/0091638-2. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador T1 – Primeira Turma. Data de

Julgamento 14/10/2008. Data de Publicação/Fonte DJe 03/11/2008 (Grifos nossos).

Demonstrada está, portanto, a desnecessidade de denunciação à lide do Município de Maceió e da União, visto que o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pela Lei nº 8.080/90, em consonância com o art. 23, II, da CF/88, impõe a responsabilidade solidária entre a União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades federativas têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda, na busca de se garantir o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos. Validando essa linha de raciocínio, transcrevo trecho de decisão recente do STF, proferida pelo min. Gilmar Mendes:

[...] O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. **A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.** O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles [...] (SS – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3751/SP. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/04/2009) (Grifos nossos).

Trata-se, portanto, de uma obrigação solidária, consagrada, inclusive, na Constituição do Estado de Alagoas, nos termos do art. 188, § 1º, III, *in verbis*:

Art. 188. O acesso aos serviços de saúde será garantido pelo Poder Público, cabendo ao Estado e Município dispor em lei, no âmbito de suas competências, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.
§ 1º O sistema único de saúde englobará todos os órgãos estaduais e municipais de assistência à saúde, observadas as seguintes diretrizes:
[...]
III - atendimento integral na prestação das ações preventivas e curativas;

Por outro lado, convém não confundir os institutos da responsabilidade solidária, na qual se pode demandar contra um ou contra todos os co-responsáveis, com o litisconsórcio passivo. Entendo que o legislador, ao impor a solidariedade entre os entes federativos, no que diz respeito à prestação de serviços públicos de saúde, como trata o caso em tela, deixou que

o cidadão brasileiro escolhesse contra quem demandar nessas situações, em razão do princípio fundamental da união indissolúvel dos entes federativos (art. 1º da CF/88), restando ao ente público que se sentir prejudicado, em virtude de suportar o ônus, ingressar com ação regressiva contra aquele ente estatal que julgar ser o responsável pela prestação de tal serviço, consoante disposições do direito substantivo e adjetivo.

Ademais, negar atendimento às necessidades básicas dos cidadãos sob o argumento da observância obrigatória de medicamentos excepcionais, é fundamento que também não se sustenta constitucionalmente. É pacífico entre os Tribunais Superiores que deve prevalecer, frente à divisão de responsabilidades entre os entes federativos, o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Em recente decisão do STF, o min. Gilmar Mendes destaca que o princípio do acesso igualitário e universal deve garantir "inclusive, a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie", nos moldes do art. 7º, IV, da Lei 8.080/90, o que, aliás, está em perfeita sintonia com o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, acrescentando que:

[...] Se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer. **Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas [...]** (SS – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3751/SP. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/04/2009) (Grifos nossos).

Noutro aspecto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, há muito pacificou entendimento a respeito da autoaplicabilidade das normas inculpidas na Lei 8.080/90, tendo em vista o fim a que se destinam, em razão da sua própria natureza, isto é, da essencialidade da atividade que desenvolvem, por força do comando constitucional do art. 196, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado", consequência do Estado Social, dando concretude ao maior e mais valioso de todos os direitos do homem, que é a própria vida. Nesse sentido, o ministro do Superior Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em contexto assemelhado ao da presente causa, enfatizou que:

[...] **Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos**

excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes [...] (SS – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 3751/SP. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 20/04/2009) (Grifos nossos).

Posicionamento de vanguarda, que também merece destaque, é o do min. Celso de Mello, do STF. Veja-se:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 08 de novembro de 2007. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

Assim, a atividade do Estado não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais do homem. É por tal razão que entendo revelar-se insuscetível de sustentação constitucional a alegação de que o Judiciário se encontra impedido de julgar o caso em tela, por se tratar de mérito administrativo. Ao viabilizar a decisão sobre o "mérito da demanda", o apelado exerceu um outro direito subjetivo, constitucionalmente garantido, cristalizado no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, preconizado pelo inciso XXXV do artigo 5º da CF/88. Nesse contexto, deixo como referência a pertinente e esclarecedora visão do prof. Andreas Krell:

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas constitucionais "programáticas". **Onde o processo político (Legislaivo, Executivo) falha ou se omite na implementação de**

políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos. (Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Sergio Antonio Fabris Editor: 2002. Porto Alegre) (Grifos nossos).

Sobre a possibilidade de controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, trago à baila, a lição de Streck (*apud* KRELL, 2002).

[...] na falta de políticas públicas cumpridoras das normas-programa da Lei-Maior, “surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”. Nessa linha o autor assume expressamente uma “postura substancialista”, isto é, a juridicização da política e a politização do jurídico, em detrimento das “teorias sistêmicas” (Aspas no original).

Para terminar, há de se ressaltar que entendo que a vida humana, frente a todos os argumentos apresentados pelo apelante, é o bem de maior valor jurídico a ser protegido. Esse também é o entendimento do STF:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196), 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. Precedentes do STF." (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 08 de novembro de 2007. Ministro CELSO DE MELLO Relator (Grifos nossos).

Por todos os fundamentos expostos, conheço do recurso, para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, a fim de que se mantenha a sentença ora recorrida por todos os seus fundamentos e pelas argumentações aqui expendidas.

Maceió/AL, 10 de agosto de 2011.

Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo
Relator

ANEXO – C



Gabinete Des. Eduardo José de Andrade

Apelação cível n.º 2011.003419-1

Relator: Des. Eduardo José de Andrade

Apelante : Estado de Alagoas

Procurador : Alysson Paulo Melo de Souza

Apelado : Valdeci Lucia Silva Siqueira

Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)

ACÓRDÃO N.º 6-1247/2011

APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM FUNDAMENTO NOS ART. 543-B E 543-C REJEITADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. DEVER DO ESTADO DE ALAGOAS DE FORNECER O MEDICAMENTO DE QUE NECESSITA A APELADA. À UNANIMIDADE DE VOTOS, RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos autos deste recurso de apelação cível 2011.003419-1, em que figura como apelante o Estado de Alagoas e como apelada Valdeci Lucia Silva Siqueira, devidamente qualificados nestes autos, **ACORDAM** os membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, à unanimidade de votos, em conhecer do presente recurso para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Participaram deste julgamento os magistrados constantes na certidão de julgamento. *retro*.

Maceió, 29 de agosto de 2011.

Des. Eduardo José de Andrade

Presidente e relator

Apelação cível n° 2011.003419-1

Relator : Des. Eduardo José de Andrade

Apelante : Estado de Alagoas

Procurador : Alysson Paulo Melo de Souza

Apelado : Valdeci Lucia Silva Siqueira

Defensor : Daniel Coêlho Alcoforado Costa (11226/PB)

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Alagoas, nos autos da ação cominatória, em que contende com Valdeci Lucia Silva Siqueira, a fim de modificar a sentença *a quo*, que, vislumbrando pertinência no pleito autoral, determinou ao apelante o fornecimento imediato, e por tempo indeterminado, do medicamento **EXELON PATCH 10mg**.

Em suas razões recursais, o Estado de Alagoas argui, preliminarmente, a necessidade de sobrestamento do feito, com fundamento nos arts. 343-B e 343-C, até que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça manifestem-se sobre os recursos extraordinário e especial, patrocinados pelo Estado de Alagoas e tombados sob os números 566.4741 e 1144382. Seguidamente, alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda e requer o chamamento ao processo da União e do Município de Maceió, como litisconsortes passivos necessários. No mérito, sustenta a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir no mérito administrativo; que a decisão da presente ação deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que cause o menor dano possível à saúde da coletividade. Por fim, aduz a existência de grave lesão à economia e à saúde públicas.

Em suas contrarrazões, a apelada rechaça todos os fundamentos da apelação, afirmando, inicialmente, não haver ilegitimidade de parte ou litisconsórcio passivo necessário, por se tratar de responsabilidade solidária entre os entes federados. No mérito, ressalta tratar-se de controle de legalidade dos atos administrativos, e não de atos discricionários, e esclarece que entendimento diverso redundaria em limitação ao amplo direito à saúde, ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O representante do Ministério Público ofertou parecer por meio do qual pugnou pelo não provimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença recorrida.

Constam no presente processo: petição inicial (fls. 2/9), documentos colacionados pelo autor (fls. 10/16), decisão interlocutória (fls. 17/20), contestação (fls. 23/40), réplica (fls.

43/47), pareceres do Ministério Público (fls. 49/52, 89 e 97/101), sentença (fls.54/59), apelação (fls. 67/75) e contrarrazões (fls. 82/87).

É o relatório.

VOTO:

Feito o juízo de admissibilidade da apelação cível e satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos que lhe são imprescindíveis, conheço do presente recurso.

Preliminar de sobrestamento do feito

Relata o Estado de Alagoas que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça admitiram o RE 566.471 e o RESP 1144382, respectivamente, como repercussão geral e como recurso representativo da controvérsia, resultando no necessário sobrestamento do presente recurso, por se tratar de idêntico tema.

Para defesa de seus argumentos, cita os arts. 543-B, §1º e 543-C, ambos do CPC, para os quais, a meu sentir, confere equivocada interpretação. Isso porque, ao determinar o sobrestamento dos demais recursos, até que a repercussão geral ou o recurso representativo da controvérsia sejam julgados, o legislador processual referiu-se aos recursos extraordinários e especiais, e não às apelações, como no caso dos autos. A propósito, os dispositivos:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da **repercussão geral** será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). [...]

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais **recursos representativos** da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os **demais recursos especiais** até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). [...]

Assim, rejeito a preliminar aventada.

Preliminares: Ilegitimidade passiva e necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Argui, preliminarmente, o apelante, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda e, seguidamente, a necessidade de chamamento ao processo dos demais entes federados como litisconsortes passivos necessários.

A discussão não demanda maiores digressões. É que, conforme reiteradas e atuais decisões dos Tribunais, o fornecimento de medicamentos é de responsabilidade solidária entre os entes federados, e não supletiva. Assim, poderá o cidadão demandar contra qualquer um deles, sem a necessidade de manifestação dos demais. Nesse sentido, posicionou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª região:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREITO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS - REQUISITOS. **INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.** 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. **A jurisprudência da Turma é firme no sentido de que, em se tratando de fornecimento de medicamentos, existe solidariedade entre os entes da Federação, mas não litisconsórcio necessário. Escolhendo a parte, contudo, litigar somente contra um dos entes, não há como obrigar ao chamamento ao processo.** 3. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. (APELREEX 200770050031670, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 08/09/2010)

O elo entre os entes da federação, nos casos de fornecimento de medicamentos, cinge-se, portanto, à responsabilidade solidária, consubstanciada no art. 196, da CF/88, o que ilide, a um só tempo, o argumento de que haveria a necessidade de litisconsórcio passivo necessário, e a alegação de que o feito deveria ser extinto por ilegitimidade de parte.

É que, como se sabe, a Constituição Federal de 1988, em seu 196, estabelece ser a saúde direito de todos e dever do Estado, devendo os entes da federação adotar políticas que garantam a satisfação daquele direito. Por essa razão, não pode o Estado, quando demandado, se esquivar de sua responsabilidade, alegando tão somente que o fornecimento dos medicamentos almejados pela recorrida seria incumbência do Município.

Aliás, nesse sentido, são os inúmeros julgados das Cortes Superiores:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES

TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. [Omissis] 8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (ROMS 200701125005, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 24/08/2010)

**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Precedentes do STJ. 2. *omissis* 3. *omissis* 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010).

Por tais razões, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva e de chamamento ao processo dos demais entes federados.

Mérito:

No mérito, o apelante aduz a impossibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito administrativo, a necessidade de valorar os preceitos fundamentais segundo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, a existência de grave lesão à economia e à saúde públicas.

Quanto à impossibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, suscitada pelo apelante, é de se ver que tal tese não merece guarida, e a razão é simples. Caso o ato administrativo não guarde similitude com a forma, a finalidade e a competência prescritas no plexo jurídico respectivo (elementos vinculados do ato), não apenas pode, como deve ser atacado pela ação judicial manejada, isso porque o mérito do ato administrativo, que o apelante entende intangível pelo órgão jurisdicional competente, se relaciona apenas ao seu motivo e objeto.

O caso dos presentes autos foge da seara meritória do ato administrativo, passando para a incidência da legalidade, pois discute-se a finalidade do ato, bem como a

proporcionalidade e a razoabilidade do ato denegatório do fornecimento de medicamento. Assim, o órgão judicial não pode se eximir da prestação jurisdicional.

A Constituição Estadual, em seu art. 188²⁶⁸, estabelece que o acesso aos serviços de saúde será garantido pelo Poder Público, cabendo ao Estado e aos Municípios o atendimento integral na prestação das ações preventivas e curativas.

Ademais, por se tratar de direito constitucionalmente garantido e inerente a todo e qualquer ser humano, não pode o Estado de Alagoas se eximir da responsabilidade de fornecer o medicamento pleiteado, sob a alegação de que, concedendo o fármaco, os recursos orçamentários destinados ao tratamento básico de saúde estarão comprometidos, vez que não dispõe de recursos suficientes, fundamentando tal pretensão nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Seria mais proporcional e razoável que o Estado de Alagoas assumisse seus compromissos voluntariamente, evitando, dessa maneira, que um cidadão carente precise ingressar no judiciário para receber a medicação de que necessita para viver com dignidade.

Por fim, é de se ver que o min. Gilmar Mendes, em 9 de dezembro de 2008, no julgamento do STA nº. 277/AL, assim se manifestou:

O argumento central apontado pelo Estado de Alagoas reside na ausência de obrigação legal para que o Estado forneça o serviço requerido.

Sustenta caber ao Município de Maceió a prestação de saúde requerida. No RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado: “SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Em sentido idêntico, no RE-AgR 255.627-1, o Ministro Nelson Jobim afastou a alegação do Município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo.

O Ministro Nelson Jobim, amparado no precedente do RE 280.642, no qual a 2ª Turma havia decidido questão idêntica, negou provimento ao Agravo Regimental do Município: “(...) **A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios.** Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social,

²⁶⁸ “Art. 188 - O acesso aos serviços de saúde será garantido pelo Poder Público, cabendo ao Estado e Municípios dispor em Lei, no âmbito de suas competências, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. § 1º - O sistema único de saúde englobará todos os órgãos estaduais e municipais de assistência à saúde, observadas as seguintes diretrizes: [...] III - atendimento integral na prestação das ações preventivas e curativas;” (original sem grifos)

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. (...)” (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000) (grifos nossos)

Observe-se, portanto, que o entendimento de que se valeu o Estado de Alagoas para fundamentar sua pretensão não persiste, na medida em que o posicionamento o Supremo Tribunal Federal permanece consolidado no sentido de que os entes federativos têm responsabilidade solidária quanto ao fornecimento de medicamentos a quem deles necessita.

Importa consignar que esta Corte, em casos similares, relacionados ao fornecimento de medicamentos, manifestou-se pela improcedência da pretensão estatal, conforme se confere no julgamento das apelações cíveis de números 2010.001840-0, 2010.000570-2, 2007.001943-3, 2007.003178-3, 2007.003017-6 e 2004.000523-7.

Do exposto, **CONHEÇO** do recurso de apelação, para, no mérito, **NEGAR-LHE** provimento, mantendo incólume a sentença exarada no juízo de primeiro grau.

Maceió, 29 de agosto de 2011

Des. Eduardo José de Andrade

Relator