

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO

CÁSSIA DOS SANTOS LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO
DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Rio Grande
2015

CÁSSIA DOS SANTOS LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO
DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande.

Orientador: Prof. Me. Jaime John

Rio Grande
2015

CÁSSIA DOS SANTOS LOPES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
RESERVA DO POSSÍVEL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande.

Aprovado em 10 de novembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Jaime John

Prof.^a Dra. Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis

Prof.^a Dra. Simone de Biazi Avila Batista da Silveira

Rio Grande

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós paternos e maternos, Maria e Germano, Eloá e Wilson, “In Memoriam”, pela vida de meus pais, Francisco e Vera pois sem eles este trabalho e muitos dos meus planos de vida não se realizariam.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais Vera Regina e Francisco Carlos, que nunca deixaram que faltasse nada durante esta caminhada acadêmica, e que mesmo de longe se fizeram presentes nos momentos mais difíceis.

Ao meu irmão, Douglas, que fez companhia aos meus pais durante todos esses anos da minha ausência.

Agradeço ao meu companheiro, Márcio Franco, que teve paciência ao lidar com meus momentos mais conturbados, que não deixou faltar amor, que se sacrificou para que eu pudesse me dedicar inteiramente aos estudos. A ele, todo meu amor e dedicação.

Agradeço ao meu orientador, professor Jaime John por todos os apontamentos pertinentes e indicações de leituras, pela paciência e carinho.

Agradeço aos demais professores da Universidade Federal do Rio Grande, uns por serem grande fonte de inspiração para mim no modo de como interpretar o papel do direito, a outros por mostrarem como é, também, cruel este mundo.

Agradeço aos meus amigos, Bruno, Cibele, Cleber, Jéssyca, Ivana, Mariana e Yuri, pela companhia nesses anos e por tornarem o período da faculdade os melhores anos da minha vida. Às amigas, Anna, Bruna e Elisandra por não me abandonarem desde o primeiro dia de aula. À Lisandra e à Juliana, por serem grandes exemplos de companheirismo e força de vontade.

Agradeço ao meu amigo Dr. Rafael Dourado por abrir as portas da Defensoria Pública Estadual para mim, por fomentar a discussão sobre o tema deste trabalho, bem como à Dra. Larissa Dourado por não negar ajuda nas pesquisas realizadas para a conclusão desta monografia. Ainda, agradeço à Dra. Diana Costa por ensinar a levar a vida com bom humor e leveza.

Agradeço aos meus irmãos de coração Caio, Everson, Julio, Leonardo, Luciano, Marcelo e Maurício pela amizade e companheirismo incondicional. Pelas nossas rodas de conversa que sempre nos remetem ao assunto central de nossas vidas, o direito.

Agradeço aos meus amigos de Porto Alegre, Michele, Bruno, Isabella e Cíntia, que mantiveram a atenção e amizade apesar da distância e das poucas visitas que eu pude fazer.

Agradeço à turma do fundão, na qual tive o prazer de fazer parte, por sempre deixar as aulas mais leves e divertidas, pela convivência nesses seis anos.

Agradeço, ainda, ao meu padrinho pela inspiração na escolha da carreira, e à minha madrinha por sempre me contagiar com sua alegria e espontaneidade.

Aos meus primos, por serem os primeiros amigos que tive, e que mesmo longe nunca deixaram de crer nas minhas conquistas.

E, finalmente, agradeço àqueles que já partiram deste plano, pois, onde quer que estejam sei que sempre acreditaram em mim e cuidaram para que tudo saísse como planejado.

RESUMO

LOPES, Cássia dos Santos. **A judicialização da saúde e a banalização do princípio da reserva do possível.** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso - Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande.

O presente trabalho possui como escopo analisar a judicialização de um direito fundamental tão importante, qual seja, a saúde. Bem como, a forma banalizada que é invocado o princípio da reserva do possível, priorizando o orçamento público frente a um direito fundamental. Para isto, busca-se demonstrar a falta de aparelhamento do Estado no que se refere ao fornecimento de meios para efetivar os direitos fundamentais, demonstrando ainda a alta demanda judicial para garantir o acesso à saúde. Nesse contexto, propõe-se a leitura de tal direito fundamental a partir do entendimento de Estado Democrático de Direito, onde temos o processo como uma estrutura que veio para assegurar o debate democrático a fim de obter uma decisão judicial que contemple – e garanta – o maior número de direitos fundamentais para a sociedade.

Palavras-chaves: Judicialização da Saúde. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Estado. Demanda Judicial.

ABSTRACT

LOPES. Cássia dos Santos. **The legalization of health and the trivialization of the principle of reservation possible.** 2015. Work Completion of course - Diploma in Law . Federal University of Rio Grande. Big River.

This paper has scoped analyze the legalization of a fundamental right as important , namely health. And the banal way that is invoked the principle of reservation as possible, prioritizing the front public budget to a fundamental right. For this , we seek to demonstrate the lack of state rigging in relation to the provision of means to effect fundamental rights, still demonstrating the high lawsuit to ensure access to health care . In this context , it is proposed to read in such a fundamental right based on the understanding of democratic rule of law , where we have the process as a structure that is here to ensure democratic debate in order to obtain a judicial decision that contemplates - and guarantee - the highest number of fundamental rights for society.

Keywords: Legalization of Health. Fundamental Rights. Reserve possible. Existential minimum. State. Judicial demand.

SUMÁRIO

RESUMO	07
ABSTRACT	08
INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1 – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1 Breves considerações ao Direito Fundamental.....	12
1.2 Do direito fundamental à saúde: Breves Considerações	15
1.3 Emergência histórica do direito à saúde	16
1.4 Defesa do direito à saúde.....	18
Capítulo 2 – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	22
2.1 Direitos Fundamentais e o Mínimo Existencial	22
2.2 Aspectos gerais da Reserva do Possível.....	25
2.3 O Direito à Saúde entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial....	28
Capítulo 3 – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A REALIDADE PROCESSUAL NA CIDADE DE RIO GRANDE	32
3.1 Judicialização da Saúde	32
3.2 Meios de ingressar judicialmente, Ação Ordinária de Medicamentos e a Realidade Processual na cidade de Rio Grande.....	35
3.3 Decisões judiciais e o papel do juiz	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	45
ANEXO I	47
ANEXO II	51

INTRODUÇÃO

Desde muito tempo o ser humano vem dando atenção à saúde como um direito fundamental seu. Com a emergência do estado de direito, a partir da Modernidade, e a consequente emergência do estado social de direito, a saúde converteu-se num direito com caráter normativo. Não é por acaso que este direito é basilar em nossa Constituição Federal, presente em seus artigos 6º e 196, e em diversas normas infraconstitucionais.

O Estado como garantidor do bem social é responsável por prover os instrumentos necessários para a manutenção da saúde do povo, no entanto, não é a situação que temos hoje.

Pela não efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado, o sujeito busca a garantia do seu direito no Poder Judiciário, por meio de uma Ação Ordinária, requerendo o que for necessário para a manutenção do bem-estar.

Nas demandas de saúde, em que um cidadão necessita de um tratamento, medicamento ou outros recursos relacionados ao bem-estar, e bem viver é possível perceber uma resistência do Estado em fornecer, pelas vias administrativa e judicial, os instrumentos solicitados.

Ocorre, nestas circunstâncias, que o Estado não fornece, não obstante a sua obrigação de garantidor dos direitos fundamentais e sociais, acrescido o fato de que ainda o mesmo é resistente quando do pedido por via judicial. Situação esta que caracteriza um verdadeiro descaso com o sujeito de direito que integra o povo do território brasileiro.

O argumento utilizado pelo Estado, na figura dos entes públicos que defendem o interesse estatal, é o Princípio da Reserva do Possível, a falta de recursos financeiros, a falta de legitimidade do estado ou município figurarem como polo passivo da demanda, entre outros.

Acerca da esquematização, o presente trabalho, realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, e também por entrevistas, visa analisar a judicialização da saúde e a banalização do uso argumentativo do princípio da reserva do possível. O trabalho busca, também, evidenciar a falta de aparelhamento do Estado na prestação e fornecimento de um direito fundamental, qual seja, a saúde. Demonstrando, ainda, a alta demanda judicial como forma de garantia de direitos. Bem como, o papel dos juízes como garantidores de um bem social.

No capítulo inicial, introdutório, será abordado uma noção geral do Direito Fundamental à Saúde, o qual discorrerá sobre as questões fundamentais acerca da temática, bem como sua origem, conceito, e emergência histórica do direito fundamental à saúde.

Ainda, uma defesa do direito à saúde é bandeira a ser levantada e insistida neste trabalho.

No segundo capítulo, será demonstrada a relação entre direitos fundamentais e o chamado mínimo existencial, bem como uma breve análise da reserva do possível para melhor compreensão do tema. Ainda, a ligação do direito fundamental social à saúde entre o mínimo existencial e o Princípio da Reserva do Possível.

No terceiro capítulo, serão trazidos alguns dados da realidade judiciária na Comarca de Rio Grande. Quais os argumentos usados pelo Estado para justificar o não fornecimento de medicamentos ou tratamentos, os argumentos utilizados pela Defensoria Pública Estadual na defesa dos interesses do indivíduo.

Por fim, o trabalho abordará estatísticas reais de quantas ações de saúde a Defensoria Pública Estadual ingressou no período de julho de 2014 a julho de 2015. E, a porcentagem aproximada de concessões desses pedidos, bem como as decisões mais atuais acerca do tema e o papel dos magistrados na garantia do direito fundamental social à saúde.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para introdução ao tema do direito fundamental à saúde bem como para melhor entendimento da problemática relacionado ao orçamento e princípio da reserva do possível, torna-se imprescindível traçarmos alguns comentários pertinentes ao tema.

1.1 Breves Considerações ao Direito Fundamental

Pode-se afirmar que a “história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional”¹, pois a sua essência e suas principais características baseiam-se no reconhecimento do homem como sujeito de direito, e conferem proteção à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. Esta trajetória é, desta forma, agente protagonista na efetivação destes direitos.

“A historicidade do direito é inegável. Com o evoluir do tempo e dos movimentos sociais, as ideias e o próprio direito desenvolvem-se, de acordo com reclamos, necessidades e condições sociais. E essa coexistência dá alcance à força construtiva que nasce e se desenvolve na edificação histórico-cultural das expressões.”²

Sendo assim, tem-se que a atual conjuntura dos direitos fundamentais resultou de um constante processo evolutivo, repletos de marcos históricos importantes tanto para a sociedade como um todo, quanto para o progresso e conquista de direitos fundamentais.

A partir do reconhecimento de um mínimo de direitos fundamentais foram surgindo as dimensões dos direitos fundamentais, visto que possuíam clara ligação com os marcos históricos que ocorriam à época, bem como pelo reconhecimento de novas necessidades do homem.

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas de modo especial em virtude da evolução do Estado

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 36.

² MARQUES, Nadia Rejane Chagas. O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012. p. 28.

Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de direito), bem pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados.”³

Desta forma, considerando o já exposto, é pacificado na doutrina a existência de três dimensões de direitos fundamentais. Contudo, há parte da doutrina que fala em quatro dimensões de direitos fundamentais, a exemplo do doutrinador Paulo Bonavides, que vê a quarta dimensão como um “resultado da globalização dos direitos fundamentais”⁴

A primeira dimensão de direitos fundamentais tem como protagonista o indivíduo. Sendo assim, os direitos desta dimensão visam delimitar o absolutismo estatal – que ocorria na época, no final do século XVIII – garantindo, então, aos homens sua autonomia como indivíduo. Com esta redução significativa do absolutismo veio a posituação de alguns direitos fundamentais básicos, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Bem como a possibilidade de resistência e oposição ao Estado.

“Os direitos da pessoa humana representam formidável construção da modernidade decorrente do princípio de que as pessoas não podem abrir mão de uma esfera de proteção que lhes assegure valores ou interesses fundamentais. Interpretar a “Lei Maior”, segundo a principiologia que a rege, implica conferir-lhe eficácia. Nesse patamar, a principal distinção entre a moderna linguagem dos direitos, paralela às declarações e constituições do final do século XVIII, em contrapartida aos privilégios existentes na Idade Média, é expressa pela ideia de universalidade e reciprocidade intrinsecamente ligada aos direitos.”⁵

A segunda dimensão de direitos fundamentais parte de um cenário de desigualdades sociais. Podemos perceber que em meados do século XIX há a formação de uma classe operária, e no decorrer deste período, diversas manifestações foram deflagradas contra o Estado Liberal. As desigualdades sociais, cada vez mais evidenciadas, revelaram a inefetividade do ordenamento jurídico vigente. Os direitos de segunda dimensão surgem a fim de fortalecer a igualdade e a justiça social por meio da posituação dos direitos econômicos e sociais. Ou seja, vieram para dar efetividade aos direitos de primeira dimensão, dar vida a eles, viabilizá-los. Com isso, o Estado passava de um ente que ficava a parte do indivíduo, para um ente que também constituía e lutava por uma sociedade mais justa e igual.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 37.

⁴ Ibid. p. 50.

⁵MARQUES, Nadia Rejane Chagas. O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012. p. 29.

A terceira dimensão de direitos fundamentais dão especial valor ao direito de solidariedade, tendo como destinatário a coletividade. São decorrência das reivindicações do século XX, que envolviam o combate às guerras. Como exemplo dos direitos da terceira dimensão temos o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de autodeterminação dos povos, entre outros.

Assim, em síntese Ingo Sarlet nos traz que:

“As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face de novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.”⁶

Imperioso, também, trabalhar o conceito de direito fundamental. Apenas para nível de compreensão e introdução ao tema há de se falar na diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Lembrando que até chegar aos dias de hoje ocorreram diversas modificações em seu sentido e conteúdo.

Direitos Humanos é definido pela ONU como “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”.⁷

“Os direitos humanos são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público”⁸

São, portanto, aqueles direitos que reconhecem a condição humana pela ordem jurídica internacional, são universais, uma vez que baseados em valores comuns. E, terão vigência sem a necessidade da aprovação destes direitos pela ordem interna do Estado.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 54.

⁷TAVARES, Raquel. O que são Direitos Humanos?. Disponível em <<http://direitoshumanos.gddc.pt/IPAG1.htm>>. Acesso em 14 de jun. de 2015.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 750.

Os Direitos Fundamentais, no entanto, necessitam do reconhecimento pela ordem constitucional interna para ter eficácia. Embora também digam respeito à positivação de valores inerentes à condição humana, assim como os Direitos Fundamentais, necessitam de aprovação interna.

Os Direitos Fundamentais trazem a ideia de personalização e positivação de valores básicos aos homens e que darão auxílio e base a uma sociedade justa, livre do totalitarismo.

Na lição de Ingo Sarlet:

“A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático de autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade”⁹

Sendo assim, os direitos fundamentais vão além da compreensão do indivíduo como membro de um Estado, mas sim como fundamentos de uma ordem democrática que constituirá o Estado Democrático de Direito.

1.2 Do Direito Fundamental à Saúde: Breves considerações

Para melhor compreensão do tema, é importante lembrar que a saúde é um direito fundamental social, trazido pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹⁰

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 70-71.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti – 19. ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

A Constituição Federal nos traz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, com atendimento integral, acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

“Art. 196. 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.”¹¹

O direito fundamental à saúde não se explica, simplesmente, em seu conceito objetivo, conforme referenciado acima, mas necessita para a sua efetivação, a busca de múltiplas soluções encontráveis – administrativa ou judicialmente – que levam em consideração caso a caso e suas peculiaridades.

Como dito anteriormente, os direitos sociais foram consagrados na segunda dimensão dos direitos fundamentais, onde surgiu a necessidade do Estado em intervir na esfera particular com o intuito de garantir tais direitos.

Na Constituição Federal Brasileira eles possuem especial tratamento, existindo diversos dispositivos acerca do tema. Nas palavras de Angélica Carlini,

“(...) a Constituição Federal de 1988, no âmbito do elenco de direitos e garantias individuais e coletivos e de direitos sociais, cumpriu integralmente seu papel, consignando no texto todos os direitos fundamentais para a garantia da dignidade da pessoa humana nas múltiplas variáveis que essa garantia pode assumir em nossos dias.”¹²

Para alguns autores, o direito à saúde é mero direito social, não entrando no rol dos direitos fundamentais. No entanto, não é inteiramente correta esta corrente, uma vez que o direito à saúde é uma condição intrínseca ao ser humano, visto que o enfraquecimento deste direito, enfraquece o próprio direito à vida.

Neste contexto, a saúde – como direito fundamental – reforça o dever do Estado em garantir condições mínimas de vida para os particulares, busca de qualidade vida, bem como a efetivação e prestação dos tratamentos suscitados.

1.3. Emergência Histórica do Direito à Saúde:

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti – 19. ed. atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

¹²CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 47.

Para chegar ao conceito de saúde e cura que tem-se hoje, passaram-se muitos anos. Antigamente, a cura estava relacionada com a religião. Então, somente no século V – antes de Cristo – foi que a concepção de cura foi afastada da religião, com o surgimento da medicina hipocrática, na Grécia.

Após, já na Idade Média, os cursos de medicina oficiais começam a ser abertos, a exemplo das universidades europeias, e então a cura tornava-se um ofício, pois até então a medicina era ensinada de maneira informal, através das gerações.

No Brasil, na época que compreende os anos entre 1808 e 1828, o ofício da medicina era exercido através de licenças àqueles que pretendiam exercer alguma atividade relacionada com área, como, por exemplo, parteiras, curandeiros, entre outros.

Nesta época, os médicos se preocupavam mais em ter a exclusividade da profissão para si, do que com o bem-estar dos indivíduos.

“No intuito de se diferenciarem e de construírem para si um lugar privilegiado de ação, faziam-no em nome de conhecimentos científicos que tendiam a distanciarlos do resto da população[...]”¹³

Historicamente, a sociedade brasileira enfrentou diversos problemas relacionados aos serviços públicos que deveriam prestar e garantir o direito à saúde.

Já na sociedade moderna, diante de desigualdades sociais no acesso aos serviços de saúde, desorganização dos recursos empregados nas ações curativas ou preventivas de saúde, entre outros inúmeros problemas, o sistema de saúde brasileiro clamava por melhorias.

“Nesse processo, a lei e o princípio da legalidade, a Constituição e o princípio da supremacia da Lei Maior tornaram-se instrumentos jurídicos de veiculação do novo pacto social, recuperando a noção do justo da antiguidade clássica e escolástica, abrindo caminho para uma dimensão ético-valorativa.”¹⁴

Sendo assim, a impossibilidade de o sistema se manter como estava e uma época marcada pela abertura política – após a ditadura militar – possibilitaram a reforma político-institucional que culminou na consolidação do Sistema Único de Saúde.¹⁵

¹³ XAVIER, Regina. Dos Males e Suas Curas: Unicamp, 2003. In: CARLINI, Angelica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 17.

¹⁴MARQUES, Nadia Rejane Chagas. O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012. p. 25.

¹⁵ CRUZ, Marly Marques da. Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde. Disponível em <<http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/home/exibedetalhesBiblioteca.cfm?ID=12543&tipo=B>>. Acesso em 28 de jun. de 2015.

Importante referir que o marco da reforma do sistema de saúde, e suas principais discussões e apontamentos ocorreram na 8ª Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986, cujo tema era “Saúde, Direito de Todos, Dever do Estado.”.

Entre as diversas discussões, ressaltou-se a possibilidade de resgatar a ideia do direito à saúde como base para a criação de políticas públicas que garantissem a efetivação deste direito. Neste momento, restou claro para a sociedade em geral que para uma maior efetivação do direito à saúde era necessário mais do que uma reforma institucional e financeira, mas uma mudança na forma de ver a essência jurídica deste direito fundamental.

1.4. Defesa do Direito à Saúde:

Conforme exposto, o direito à saúde é um direito fundamental social, resguardado pela Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado.

Nas lições de Jairnilson Silva Paim,

“A saúde, independentemente de qualquer definição idealista que lhe possa ser atribuída, é produto de condições objetivas de existência. Resulta das condições de vida – biológica, social e cultural – e, particularmente, das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, através do trabalho. Portanto, é através das relações sociais que se erguem as formas concretas de vida social. E o estado de saúde corresponde a uma das revelações dessas formas de vida, isto é, “um modo de andar a vida”. Nesse contexto, promover saúde implica em conhecer como se apresentam as condições de vida e de trabalho na sociedade, para que seja possível intervir socialmente na sua modificação, enquanto que respeitar o direito a saúde significa mudanças na organização econômica determinante das condições de vida e trabalho insalubres e na estrutura jurídico-política perpetuadora de desigualdades de distribuição de bens e serviços.”¹⁶

É, possível concluir que o direito à saúde deve se dar, primeiramente em sua forma preventiva, com ações estatais que visem o bem-estar, a melhoria da qualidade de vida, e o bem viver.

Ainda, quando não for possível essa prevenção, o Estado, mais uma vez, deve garantir o tratamento adequado e eficaz às moléstias da população, por meio de políticas sociais que visem reduzir as desigualdades.

No entanto, quando o papel do Estado não é cumprido, ou seja, quando as formas de prevenção não alcançam os indivíduos, e quando pelo Sistema Único de Saúde não fornece o tratamento necessário, os órgãos estatais não podem beneficiar-se da própria

¹⁶ PAIM, Jairnilson Silva. Anais da 8ª Conferencia Nacional de Saúde, p. 46-47. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1124>. Acesso em 01 de jul. de 2015.

torpeza para justificar o não cumprimento das demandas judiciais de saúde, tendo em vista que é dever do Estado a promoção dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 cumpriu sua obrigação no que tange à consagração de todos os direitos fundamentais e sociais em seu texto. No entanto, como nos traz Angélica Carlini,

“Nos mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal e de seu expressivo número de Emendas Constitucionais, a população brasileira tem se dado conta de que os projetos políticos e sociais abrigados pela Carta Constitucional não foram suficientes para fazer o país atingir a igualdade de tratamento para todos os cidadãos, a diminuição das desigualdades sociais e, conseqüentemente, o acesso aos direitos individuais e sociais.”¹⁷

Nessa perspectiva, a população hipossuficiente quando se depara com um problema de saúde, no qual o tratamento não é oferecido pelo Estado, acaba por ingressar judicialmente pleiteando um direito tido como fundamental.

Neste momento, temos como primeira violação, por parte do Estado, do direito fundamental à saúde. Quando, em sua Lei Maior, o Estado se torna responsável pela efetivação do direito à saúde, e não o faz.

“A falta de políticas mais claras de distribuição de renda, de acesso à educação e saúde públicas de boa qualidade, de pleno emprego, de financiamentos que permitiam a aquisição de moradia, além das dificuldades econômicas com a inflação e o desemprego enfrentados em boa parte dos anos de vigência da Constituição Federal, aliados ao *modus operandi* do Estado brasileiro, sempre lento, burocrático e com denúncias sucessivas de corrupção e mau uso do dinheiro público, criaram na população brasileira certa descrença quanto aos seus direitos sociais, embora seus direitos políticos estejam plenamente materializados em sucessivas eleições que ocorrem, de forma sistemática e ininterrupta a cada dois anos, para todos os postos legislativos e executivos.”¹⁸

Após, quando o particular ingressa judicialmente para que a efetivação deste direito fundamental ocorra, o Estado o viola uma segunda vez, quando argumenta que ou o tratamento pleiteado não consta na lista do Sistema Único de Saúde, e portanto não pode efetivá-lo, ou quando a resposta é de que tais gastos não estão previstos no orçamento público, e assim, o Estado não pode subsidiá-lo.

Ocorre que, uma vez previsto que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, não pode este mesmo ente limitar sua efetivação à tal lista dos tratamentos e medicamentos permitidos pelo Sistema Único de Saúde. Sob risco de não exercer a sua responsabilidade originária.

¹⁷CARLINI, Angelica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 47.

¹⁸Ibid. p. 47.

Tais argumentos, baseados no Princípio da Reserva do Possível, como veremos adiante, não merecem respaldo. E, neste sentido, vem sendo as decisões judiciais.

“Condicionar o limite da atuação do Estado à efetivação de direitos sociais à necessidade de previsão orçamentária é um pensamento equivocado, pois a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz. Houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo poder público, mas isso não impede que o juiz determine que se realize determinada despesa para fazer valer um dado direito constitucional.”¹⁹

Já é entendimento pacificado que o direito à saúde, por decorrer do diretamente do direito à vida, merece proteção estatal. A efetividade de tal direito deve ser garantida, para que assim os indivíduos de determinado local possam viver dentro de um mínimo de garantias fundamentais.

O direito fundamental social à saúde é consagrado como um direito de todos e dever do Estado, sendo assim não é possível, nem aceitável que fatores de ordem financeira e administrativa impeçam que este direito seja plenamente atendido.

O bem-estar social deve ser delimitado pela sociedade e suas características pessoais, e não pelo orçamento disponível do Estado. Caso contrário, dependeremos sempre de um fator financeiro para dizer se é possível ou não a garantia de um direito, ceifando e desrespeitando constantemente a Constituição Federal.

“As Políticas Públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade. Ou seja, o bem-estar da sociedade é sempre definido pelo governo e não pela sociedade.”²⁰

Sendo assim, cumpre frisar que a saúde, na perspectiva de direito fundamental, deve ser prioridade em um Estado. Ainda mais, em países como o Brasil, em que a sua Constituição prevê um rol completo de garantias, pois a falta ou, até mesmo, a fragilidade do direito à saúde compromete os demais direitos e garantias fundamentais e sociais.

É imperioso ressaltar, como dito anteriormente, que o direito fundamental à saúde se aproxima do próprio direito à vida, pois esta depende daquela. Com isto se pretende afirmar que a vida, embora seja incondicionalmente protegida e promovida pelo Estado,

¹⁹MARQUES, Nadia Rejane Chagas. O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012. p. 96.

²⁰CALDAS, Ricardo Wahrendorff. Políticas Públicas: conceitos e práticas. 7 vol. Belo Horizonte: Sebrae – MG, 2008. p. 05.

não pode prescindir da qualidade em sua realização. Em suma, de que valeria a vida sem a saúde, ou submetida a toda sorte de sofrimento? Por fim, entende-se que da mesma maneira que ao Estado é vedado suprimir a vida, também não lhe deveria ser facultado suprimir as condições que a tornam digna; não podendo, portanto, ser sujeitado ao orçamento público ou à limitações de ordem formal a efetivação plena desse direito fundamental.

2. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Direitos Fundamentais e o Mínimo Existencial

Na condição de critérios materiais, utilizados para delimitar e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais tem-se uma relação entre a chamada Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

Posto isso, é importante esclarecer alguns pontos acerca do mínimo existencial. Primeiramente, é evidente que a efetividade dos direitos fundamentais se dá pela garantia mínima para uma existência considerada digna. Portanto, o mínimo existencial não é aquilo que se garante para que o indivíduo viva, apenas, mas aquilo que garante a ele uma vida digna.

“A vida de uma pessoa não se resume ao direito de existir. Ao contrário, exige condições mínimas sem as quais é até difícil separar o homem do animal. Essas condições, evidentemente, se referem à alimentação adequada, a lugar minimamente decente para morar mas, principalmente, ao direito de exercer escolhas a partir do resultado econômico do seu trabalho ou do empreendimento e com essas escolhas, modificar as condições de vida para melhor.”²¹

Além disso, é necessário que o órgão estatal assegure, também, a integração dessas pessoas na sociedade, dispensando esforços para a garantia do mínimo existencial e efetividade dos direitos fundamentais e sociais que lhes são inerentes.

Em síntese, nas palavras de Ingo Sarlet:

“(...) o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade.”²²

Sabe-se, e é necessário frisar, que quanto ao conteúdo do mínimo existencial e seu limite de atuação pelo Poder Judiciário, existem milhares de posicionamentos, portanto, não é objeto do presente trabalho esgotar as possibilidades de seu uso, apenas firmar que o posicionamento aqui considerado será no sentido de que o conteúdo do mínimo existencial deve estabelecer uma ligação com as garantias constitucionais do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, tais garantias

²¹CARLINI, Angelica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 120.

²²SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 23.

fundamentais somente estão asseguradas onde a todos estiver garantido o direito a uma vida saudável, e – ainda – o acesso real à saúde.

Dito isto, não é imprescindível que o mínimo existencial tenha previsão expressa na Constituição Federal, uma vez que é ligado intrinsecamente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à vida. Desta forma, a simples decorrência do mínimo existencial – destes e de outros princípios – já basta para seu reconhecimento na ordem jurídica vigente.

De outra banda, o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988²³, que lista os objetivos da ordem constitucional econômica, nos traz a garantia de uma existência digna. Ou seja, neste dispositivo também há referência ao mínimo existencial.

Desta forma,

“(...) os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos (...)”²⁴

Portanto, entende-se que o mínimo existencial é como um núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Núcleo este que está protegido contra qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade que vise diminuí-lo ou enfraquecê-lo. Visto que o mínimo existencial presta-se para assegurar a cada indivíduo uma existência digna, uma vida saudável.

²³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 25.

É certo que o mínimo existencial não pressupõe fatos e características fixas. A ele faz-se uma análise à luz das necessidades de cada indivíduo, da sua família, da sociedade em que está inserido. Sendo assim, a aplicação do mínimo existencial, para a efetivação das garantias constitucionais dá-se caso a caso.

No que diz respeito ao direito à saúde, seria necessário analisar – por exemplo – qual o mínimo necessário para uma vida saudável, quais os meios que seria preciso empregar para a garantia ao acesso a um tratamento adequado, eficaz e rápido, seu contexto familiar e na sociedade, para que assim se possa alcançar as reais garantias do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Ainda, não se pode vincular o mínimo existencial à disponibilidade financeira do Estado. Pois, como dito anteriormente, é o mínimo que se garante para uma existência digna, não podendo tal dignidade somente ser oferecida quando há disponibilidade de verbas.

Quer-se dizer com isso que em momento algum podemos colocar o orçamento acima dos direitos fundamentais (e sociais) relativos à vida. É inaceitável que um indivíduo receba como resposta do ente público que sua garantia constitucional não será efetivada por falta de recursos financeiros do Estado.

Como exposto acima, é certa a existência de um mínimo existencial (visto que a divergência ocorre apenas no âmbito de seu alcance e de seus limites), é certo também o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, “Saúde, direito de todos e dever do Estado.”, no entanto, no momento de sua efetividade, os entes estatais proclamam a falta de recursos financeiros, com o fim de desobrigá-los de tal prestação.

“Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo.”²⁵

O argumento principal do Estado está alicerçado que o mínimo existencial encontra limite no princípio da reserva do possível. No entanto, não merece prosperar tal argumento, uma vez que para a garantia do direito à vida, bem como ao direito a uma existência sadia não poderá haver limites que visem a diminuir a sua efetividade.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 27.

2.2. Aspectos Gerais da Reserva do Possível

Alguns direitos fundamentais sociais são caracterizados pelo seu aspecto prestacional, ou seja, seus objetos são prestações estatais ligadas a sua destinação, possuindo assim, caráter econômico.

No entanto, importante referir que todos os direitos fundamentais possuem um custo, não sendo esse caráter econômico único dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Além disso, este valor econômico “nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional.”²⁶

Relacionado aos direitos fundamentais de cunho prestacional está o problema da disponibilidade de recursos para que a prestação seja cumprida pelo Estado. Pois, o Estado necessita – além da possibilidade material – ter possibilidade jurídica de disposição de determinada prestação para que possa cumpri-la.

Em meio a este impasse foi que por volta dos anos de 1970, na Alemanha, surgiu a chamada Reserva do Possível, que em síntese, colocaria a efetividade dos direitos fundamentais sociais sob a condição do orçamento público disponível. Pois, para a reserva do possível, esses direitos fundamentais são dependentes de prestações financiadas pelo Estado e da disponibilidade de suas verbas.

“Termo importado do Direito germânico do pós-guerra, a expressão de fato sugere que a efetividade dos direitos fundamentais estará condicionada à existência de reservas obtidas a partir da arrecadação de tributos, atribuindo ao Executivo e ao Legislativo a supremacia pela decisão de onde investir o dinheiro público, sabido que, no sistema brasileiro, o orçamento é construído pelo Executivo e pelo Legislativo que o aprova em forma final.”²⁷

A partir da criação do termo da Reserva do Possível, tornou-se aceitável a ideia de que os direitos fundamentais sociais estariam submetidos à disponibilidade do orçamento público. Se houvesse recursos financeiros, os direitos fundamentais eram efetivados, caso contrário, não teria como impor ao Estado o cumprimento das prestações de assistência social. Esta concepção segue viva ainda hoje, e é o argumento central de muitos órgãos estatais que defendem o Estado judicialmente.

Ocorre que, não é correta a ideia de que a reserva do possível seja um elemento integrante, menos ainda o elemento central dos direitos fundamentais sociais. Como se a

²⁶Ibid. p. 28.

²⁷CARLINI, Angelica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 118.

prestação desses direitos somente fosse possível com a autorização da reserva do possível. Ideia esta que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

“A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”²⁸

Em meio aos entes estatais e entre doutrinadores, há quem sustente que a aplicação dos direitos fundamentais sociais depende da disponibilidade do orçamento público. Este argumento parte da premissa de que a Constituição Federal separou as funções entre os três poderes, ficando a cargo do legislativo a definição em linhas gerais das políticas inseridas na esfera socioeconômica.

Nas palavras de Canotilho:

“ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.”²⁹

Desta forma, esta condição (da sua efetividade depender do orçamento) dos direitos fundamentais sociais é um problema de competência constitucional. Assim, há – atualmente – uma crescente conscientização por parte do Judiciário, no que se refere a zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, como também fazer com que essa efetivação ocorra com cautela, de modo a não violar o princípio da separação dos Poderes.

No entanto, o que cumpre frisar é que a reserva do possível não pode, nem deve ser fator determinante nas decisões em que o judiciário conceda ou torne eficaz os direitos fundamentais sociais. Ela deve sim ser utilizada, porém, com reservas, no sentido de “maximizar os recursos e minimizar os impactos da reserva do possível”³⁰.

²⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 29.

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Editora Coimbra, 1982. P. 369.

³⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P. 32.

“Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.”³¹

Desta forma, o que quer-se dizer é que a reserva do possível não pode servir de argumento para o Estado justificar a falta de recursos e, conseqüentemente, a não efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o próprio Estado acabaria por não reconhecer tais direitos que são a base de sua Lei Maior.

Além de ser usada como argumento para justificar a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, a reserva do possível é utilizada também como argumento impeditivo da intervenção judicial. O que é alegado é que, por ser o orçamento público matéria legislativa, e pela presença do princípio da reserva do possível, a discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde, deve manter-se na esfera administrativa. Ou seja, o indivíduo deveria resignar-se ao receber como resposta do ente estatal que o próprio Estado não possui reservas orçamentárias para lhe prestar um direito constitucionalmente garantido. Para Ingo Sarlet, isso é uma forma falaciosa de impedir a intervenção judicial e justificar a omissão do Estado.

Ainda, frisa-se que ocorre – por muitas vezes – uma inversão hierárquica de leis. A fim de impedir a intervenção judicial se privilegia a legislação orçamentária em detrimento de princípios e direitos previstos da Constituição Federal. Ocorre que, quem governa em um Estado Democrático de Direito é a constituição, sendo assim, a reserva do possível não pode ser reduzida ao limite posto pelo orçamento, sob pena de ferir direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

“A Constituição impõe-se como norma fundamental e, para tanto, cria ela mesma os próprios mecanismos que garantirão essa sua posição superior. Pode-se considerar que uma dessas garantias da Constituição é a anulação do ato que lhe contrarie.”³²

Neste contexto, recorda-se da incidência do princípio da razoabilidade, que deve estar presente em todos os atos dos órgãos estatais. Fala-se de razoabilidade em sua dupla manifestação, no sentido de proibição do excesso, mas também de proibição de insuficiência. Desta forma, o Estado – como responsável pela efetivação dos direitos

³¹ Ibid. p. 32.

³² TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional / André Ramos Tavares. - São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66.

fundamentais – deve sempre observar os critérios parciais de adequação, necessidade e razoabilidade.

Além disso, os impactos referentes à reserva do possível podem ser minimizados, também, pela atuação dos atores políticos, no que diz respeito às suas decisões acerca da alocação de recursos financeiros. O legislativo deve manter uma melhor estratégia na hora de distribuir os recursos públicos de modo que não seja necessário ceifar direitos fundamentais em nome do orçamento.

Sendo assim, o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é perfeitamente exigível na via judicial, segundo Ingo Sarlet:

“As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar. Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão, vale dizer!) não nos parece possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial.”³³

E, ainda, no mesmo sentido, o autor refere que a reserva do possível, antes de mais nada deve vigor como um mandado de otimização de direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever de promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal.³⁴

2.3. O Direito à Saúde entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Como referido anteriormente a saúde é considerada objeto de tutela de direito fundamental, como também de direitos humanos. Além disso, além de constituir um direito fundamental, a saúde constitui um dever fundamental, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, que traz que a saúde é “um direito de todos e dever do Estado”, reafirmando assim a obrigação estatal de proteção e efetivação deste direito fundamental social.

³³SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 36.

³⁴Ibid. p. 37

Importante lembrar que embora a saúde seja um direito de todos, não se pode considerá-la como um direito coletivo, menos ainda sustentar que por ser ela um direito coletivo, não seria permitido seu reconhecimento individual na via Judicial. O fato de que os direitos fundamentais sociais possuam diversas características, não lhes retira a principal característica de que são direitos fundamentais de cada pessoa, principalmente quando se relaciona ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde pode assumir diferentes aspectos, como de direito de defesa ou direito prestacional. Nos ensinamentos de Ingo Sarlet:

“(...) na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. Em sentido amplo, abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (...)”³⁵

Todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde, sofrem algum tipo de limitação pela reserva do possível, pela escassa disponibilidade dos recursos financeiros públicos. De outra banda, a garantia de um mínimo existencial garante ao direito fundamental um patamar mínimo, a partir dali se inicia a sua efetividade, impedindo assim omissões por parte do Estado.

“Essas opções devem ser fornecidas pelo Estado a partir do uso racional e correto dos recursos públicos, competindo-lhe fornecer saúde, educação, acesso a crédito para aquisição de moradia, formação profissional que permita a inserção no mundo do trabalho e, se o indivíduo se encontra em situação de avultada vulnerabilidade, cabe ao Estado fornecer a alimentação e cuidados necessários para que ele não sucumba.”³⁶

Neste sentido, os motivos e argumentos vinculados ao princípio da reserva do possível não podem – nem devem – prevalecer como fundamentação que vise a afastar a satisfação do direito, tendo em vista que não é a reserva do possível um princípio absoluto.

³⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013 p. 39.

³⁶CARLINI, Angelica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 120.

A discussão acerca do reconhecimento do mínimo existencial, no que se refere ao direito à saúde, deve começar pela própria definição do que constituiu o mínimo existencial em cada caso.

“Com efeito, o mínimo existencial está sujeito a demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento.”³⁷

Desta forma, é evidente que o indivíduo deve demonstrar a necessidade, e assim, os entes estatais – agindo com razoabilidade – devem promover os direitos tutelados.

No entanto, a reserva do possível afeta o direito à saúde não só diante de argumentos e teses no âmbito judicial, como também, desde a sua manifestação mais primitiva, como, por exemplo, quando um médico do setor público deixa de fornecer ou indicar o tratamento mais adequado, ou menos agressivo ao indivíduo, visando a mínima interferência ao orçamento público, limitado pela reserva do possível.

Assim, ganha importância a necessidade de haver o reconhecimento do mínimo existencial, de modo a atender as circunstâncias concretas caso a caso, para que essas garantias lhe deem o direito de ser tratado como igual àqueles que podem pagar para ter acesso aos tratamentos privados.

Não se pode submeter os indivíduos ao critério de custo-benefício dos tratamentos ou medicamentos, é preciso que se forneça o tratamento adequado a cada indivíduo, analisando as peculiaridades de cada caso, e não criar um padrão geral para toda a sociedade. Para Paulo Caliendo, a utilização do critério custo-benefício, regulado pela reserva do possível, nas demandas de saúde:

“(...) desvaloriza de modo geral os direitos fundamentais individuais e privilegia as razões públicas e de Estado, possuindo como resultado geral uma perda de liberdade que afeta a todo o sistema.”³⁸

Portanto, há de se reconhecer sempre um direito subjetivo em cada caso, a exigência do mínimo existencial pode alcançar um grupo de pessoas de determinado local, no entanto, o medicamento deve ser adequado ao mal específico de cada um, por exemplo. Por este motivo, o medicamento ou tratamento receitado pelo médico que

³⁷Ibid. p. 42.

³⁸CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Cap. 8, Item 4, p. 175-186.

atendeu o indivíduo é o adequado, pois este profissional teve contato direto com o postulante.

Como dito anteriormente, o princípio da razoabilidade deve estar sempre presente nas decisões judiciais. Sendo assim, pode-se dizer que não é razoável o Estado fornecer tratamento diverso daquele pedido pelo indivíduo. O que ocorre comumente na prática é que o indivíduo ao procurar um médico do Sistema Único de Saúde, recebe a receita que consta o medicamento ou tratamento indicado por este profissional, o indivíduo procura o Estado administrativamente, se recebe uma resposta negativa, ele aciona o Judiciário para que possa receber o efetivo tratamento indicado pelo médico do Estado. Neste momento, como tese de defesa o próprio Estado alega que há um tratamento com menor custo aos cofres públicos, e por vezes, junta parecer técnico de outro médico, também do Sistema Único de Saúde.

Sendo assim, o Estado deslegitima seus agentes já no que diz respeito à primeira indicação de tratamento. Este fato não pode ser aceito como correto, pois como dito anteriormente, não pode o ente público beneficiar-se da própria torpeza.

Enfim, na brilhante lição de Andreas Krell:

“(...) admitir a reserva do possível em um país pobre como o Brasil poria em sério risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar à relativização de direitos invioláveis.”³⁹

Ainda, acerca do papel da Constituição Federal Brasileira, no tocante à efetividade dos direitos fundamentais sociais o autor reafirma:

“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 (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais”, etc.”⁴⁰

Sendo assim, o condicionamento dos direitos fundamentais aos caixas cheios do orçamento público significa enfraquecer sua eficácia, não pode-se subordinar tais direitos à condições econômicas sob pena de relativizar sua efetividade e condená-los a direitos de menor categoria.

³⁹KRELL, Andreas J. Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2002. p. 53.

⁴⁰Ibid. p. 54.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A REALIDADE PROCESSUAL NA CIDADE DE RIO GRANDE

Por meio de entrevistas realizadas na sede da Defensoria Pública Estadual da comarca de Rio Grande, foram colhidos os dados e informações acerca da judicialização da saúde, bem como do procedimento da ação ordinária que tem como objeto o direito fundamental à saúde.

3.1. Judicialização da Saúde

Sabe-se que ao Estado compete o dever de efetivar o direito fundamental social à saúde. Conforme o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Sendo assim, é dever do Estado fornecer o tratamento adequado a determinada enfermidade de um particular. Ocorre que, quando o Estado falta com seu dever, o cidadão acaba por recorrer ao Judiciário para ter seu direito garantido. E, como será demonstrado a seguir, o entendimento majoritário da magistratura é de que este direito deve ser concedido.

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o direito à saúde decorre diretamente do direito à vida, que é considerado:

“(...) o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos, de modo que, violar este princípio não implica em ofensa à apenas uma norma, mas todo um sistema de comandos.”⁴¹

A grande demanda de ações de saúde fez com que surgissem algumas teorias e argumentos. Argumentos estes, verdadeiras formas do Estado tentar se esquivar de fornecer tais tratamentos. Dentre eles tem-se conhecimento da reserva do possível, da alegação de ilegitimidade passiva, da falta de justa causa para ingressar com ação, ou ainda, que o medicamento ou tratamento pleiteado não se encontra na lista de permissão do Sistema Único de Saúde.

⁴¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. 1ª Vara da Fazenda Pública. Relator Desembargador Genésio Gome Pereira Filho Apelação Cível nº 001.2008.017022-6/001 – Disponível em <<http://www.tjpb.jus.br/>>. Acesso em 25 de jul. de 2015.

O princípio da reserva do possível, como referido no capítulo anterior, põe a efetividade do direito à saúde abaixo do orçamento público. Ou seja, aquele só pode ser fornecido, se este estiver disponível.

Conforme exposto, não se pode submeter o direito à saúde, que decorre diretamente do direito à vida, da dignidade da pessoa humana, ao orçamento, à disponibilidade do dinheiro público.

No tocante ao argumento de ilegitimidade passiva, alegado pelos entes federados em suas defesas nas ações de saúde, na análise do artigo 196 da Constituição Federal, em que diz que a saúde é dever do Estado (*lato sensu*), é possível concluir que qualquer um dos entes federados possui legitimidade para figurar no polo passivo das demandas judiciais referentes à saúde.

Esse assunto é consolidado nos Tribunais. Na apelação cível número 70054091426 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator Eduardo Delgado afirmou em decisão recente:

TJ-RS - Apelação Cível AC 70054091426 RS (TJ-RS). Data de publicação: 03/07/2015. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SULFATO DE CONDROITINA E SULFATO DE GLICOSAMINA. NOTA TÉCNICA Nº 34/2012 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AUSÊNCIA DA PROVA DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO. I - O sistema de saúde é encargo de todos os entes federados, sem atribuições exclusivas e excludentes. Trata-se de responsabilidade solidária, podendo o cidadão demandar contra qualquer deles, conjunta ou separadamente. Art. 23, inciso II, e art. 196, ambos da Constituição da República. Jurisprudência do e. STJ e deste Órgão fracionário. II - O direito à saúde é direito social (art. 6º da CF/1988) e dever do Estado (art. 196 da CF/1988 e 241 da CE/1989) e está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana; tem estatura de direito fundamental, seja no sentido formal, seja no sentido material, nos termos do parágrafo primeiro do consagrado art. 5º da Constituição da República. III - Na espécie, a nota técnica nº 34/2012 do Ministério da Saúde, atesta a ineficácia dos fármacos Sulfato de Glicosamina e Sulfato de Condroitina. Ônus da prova que recai sobre a parte autora, consoante art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Precedentes da jurisprudência. Negado seguimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70054091426, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 29/06/2015).⁴²

Além disso, o Supremo Tribunal Federal afirmou, na apreciação do Recurso Extraordinário número RE855178, que a responsabilidade é solidária entre os entes federados no dever de prestar assistência à saúde.

Quanto ao argumento de falta de justa causa, ou falta de motivo que enseje a movimentação do judiciário para análise das demandas de saúde vale lembrar que o

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara Cível. Relator Eduardo Delgado. Apelação Cível AC 70054091426 – Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 25 de jul. de 2015.

atestado médico faz prova da necessidade de um tratamento ou medicamento, pois fornecido por um profissional que teve contato com o indivíduo. Não se substituindo por um parecer de um médico do Departamento Médico Judiciário– que não teve contato com o ingressante da ação - para deslegitimar aquele primeiro atestado.

Nesta perspectiva, é papel do Judiciário assegurar o direito à saúde e resguardar o respeito ao ordenamento jurídico, à Constituição Federal. De outra banda, as políticas públicas devem seguir o plano estatal e reduzir as desigualdades, frisa-se “Saúde, direito de todos e dever do Estado”. No entanto, a escassez de verbas direcionadas à saúde dificultam o exercício deste direito, fazendo com que as pessoas procurem o judiciário.

Quem possui melhor condição financeira e de vida, procura um advogado para que este demande contra a União, Estado e Município. Nestes casos, os juízes vem decidindo conforme a renda da pessoa. Se o magistrado verifica que o tratamento necessário é de baixo custo e a renda familiar é alta, acaba por indeferir tais demandas.

Em análise neste trabalho, restará em evidência o papel da Defensoria Pública Estadual no ingresso das demandas de saúde, em prol de uma população hipossuficiente. Por possuir competência estadual, a Defensoria Pública Estadual demanda contra Estado e Município, nas ações de saúde. Importa referir que, quando não há presença da Defensoria Pública na cidade do demandante, a ele é fornecido um advogado dativo.

Aos declarados hipossuficientes, a procedência dos pedidos, já na liminar, é bastante frequente. Desta maneira, o Poder Judiciário garante aos mais pobres o acesso universal à saúde, assegurando assim o bem-estar social a estas classes menos favorecidas.

Além disso, não se pode deixar de registrar que existem locais da sociedade tão hipossuficientes que o acesso à justiça não chega. As pessoas não tem conhecimento do seu direito. Assim, vivem sem garantia da saúde e de outros direitos fundamentais tão importantes quanto. Esta situação precisa ser modificada, por este motivo o papel do Estado é tão importante no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais sociais. O Estado, em primeiro grau, precisa urgentemente chegar a estes lugares, pois o indivíduo não consegue chegar até o Judiciário.

Quanto à alegação, por parte dos órgãos que defendem o Estado, como Procuradoria do Estado, Procuradorias do Município e Advocacia-Geral da União, é corriqueiro ver em suas defesas o argumento de que o medicamento ou tratamento pleiteado não pode ser fornecido por não constar na lista do Sistema Único de Saúde. No entanto, este não é o entendimento majoritário dos Tribunais, que consideram que mesmo

que o medicamento não esteja nesta lista, ele deverá ser fornecido tendo em vista o direito à vida.

“Em pronunciamentos reiterados, o Poder Judiciário, até mesmo os Tribunais Superiores, entenderam de que o artigo 196, da Constituição Federal, constitui um mandamento imperativo de caráter amplo que objetiva resguardar a saúde do indivíduo. Ou seja, o Estado é obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento, tratamento e procedimento comprovadamente necessário para a manutenção da saúde do indivíduo, independentemente, por exemplo, de estar incluído na lista dos remédios adquiridos e distribuídos pelo Sistema Único de Saúde.”⁴³

Portanto, a judicialização do direito à saúde é pacificamente aceito – quando do não cumprimento por parte do Estado – e segue em constante crescimento, uma vez que o Estado continua a sujeitá-lo à reserva do possível.

3.2. Meios de ingressar judicialmente, Ação Ordinária de Medicamentos e a Realidade Processual na cidade de Rio Grande

Em entrevistas realizadas no dia 05 de agosto de 2015, na sede da Defensoria Pública Estadual da cidade de Rio Grande, extraiu-se informações acerca da realidade processual na cidade, bem como do modo de realização do procedimento para ingressar judicialmente e quais os argumentos utilizados pelos defensores locais para garantia do direito à saúde.

Nesse sentido, como meios de ingressar com uma ação de saúde, temos que normalmente, a parte que necessita do medicamento/tratamento procura a Secretaria de Saúde do município e do estado. Esta lhe informa da impossibilidade de fornecimento do medicamento pleiteado, então a parte procura a Defensoria Pública. Um servidor da Defensoria lhe atende, em condição de urgência, solicita os documentos necessários para ingressar com a ação – ainda, são juntadas certidões negativas das Secretarias de Saúde, e um laudo médico fornecido por um médico do Sistema Único de Saúde.

Ainda, em casos mais complexos, em que os tratamentos possuem elevado valor, os indivíduos são orientados a procurar a Defensoria Pública da União. Dada a escassez de recursos por parte do município de Rio Grande e do Estado do Rio Grande do Sul, as pessoas acabam por ingressar judicialmente pleiteando o cumprimento do direito pela União, que hoje está mais forte financeiramente.

⁴³ MURARO, C.C. As medidas Judiciais para assegurar o Direito Social à Saúde. 2012. Jurisway. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8203>. Acesso em 04 de ago. de 2015.

Além disso, cumpre frisar que o perfil das pessoas que procuram a Defensoria buscando auxílio para essas demandas, em sua maioria são pessoas hipossuficientes. No entanto, tem sido crescente a procura de idosos e crianças.

No tocante aos argumentos utilizados pelo município de Rio Grande e estado do Rio Grande do Sul para se esquivar da responsabilidade de garantia do direito à saúde, pode-se afirmar que são os mesmos argumentos utilizados por todos os entes federados, quais sejam a alegação de ilegitimidade passiva, aplicação da reserva do possível, possibilidade de substituição do medicamento indicado por um constante na lista do Sistema Único de Saúde, como referido anteriormente.

Nestes casos, a Defensoria Pública de Rio Grande, em especial, rebate argumentando que, por força da Constituição Federal, a garantia do direito à saúde deve ocorrer de forma solidária, ou seja, é competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde. Além disso, como é sabido, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que a responsabilidade pelo pleno cumprimento do dever constitucional de proteção do direito à vida, por meio de assistência individual e, também, coletiva à saúde, é de responsabilidade de todos os entes federados. Vejamos um exemplo de decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

“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. Relator: Min. GILMAR MENDES (presidente)”⁴⁴

Ainda, importante mencionar que a responsabilidade pela omissão do Estado em fornecer meios necessários para a manutenção da saúde deve ser arcada por todos os entes a que foi atribuído o dever de prestação dos serviços de saúde, visto que mais importante que se discutir questões processuais é a garantia deste direito fundamental.

No que diz respeito ao Princípio da Reserva do Possível, a Defensoria Pública alega que não cabe a aplicação deste, uma vez que se ponderando a reserva do possível é de menor relevância frente ao direito fundamental social à saúde, pressuposto da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes. SL 47 PE. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 04 de ago. de 2015.

Ademais, não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, tendo em vista que as ações judiciais, embora digam respeito a demandas individualmente atendidas, ainda assim o seu atendimento busca unicamente assegurar o cumprimento de uma ordem constitucional.

Segundo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão recente, os entes federados arrecadam impostos do contribuinte, portanto têm o dever constitucional de assegurar efetividade aos programas de saúde:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. TRATAMENTO CONTRA DEPENDÊNCIA QUÍMICA E ALCOOLISMO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE, NO CASO. 1. A Constituição Federal (art. 196) preceitua que "saúde é direito de todos e dever do Estado", aí entendido em sentido amplo, contemplando os entes federados União, Estados e Municípios. 2. Estado e Município são partes legítimas passivas em demandas que versem sobre internações compulsórias e atendimentos na área de saúde mental e drogadição, mormente por ser o Município gestor do CAPS, órgão que presta os primeiros atendimentos nessa área, inclusive na esfera ambulatorial, dispondo de meios para dar os encaminhamentos necessários à internação, quando indicada, que passa, por sua vez, pelo gerenciamento do Estado, através do DAHA da Secretaria Estadual de Saúde. Ademais, é de conhecimento geral o entendimento deste Tribunal de Justiça acerca da solidariedade entre os entes federados relativamente à responsabilidade pelo fornecimento de internação compulsória e demais prestações envolvendo saúde mental. 3. Não se verifica qualquer afronta aos princípios da isonomia e da legalidade na sentença atacada, uma vez que a determinação de fornecimento da avaliação e internação psiquiátrica compulsória, para tratamento contra dependência química e alcoolismo, é forma de dar efetividade ao direito à saúde do indivíduo, tratando-se, portanto, de aplicação da Lei Maior, cabendo ao Judiciário vigiar seu cumprimento, mormente quando se cuida de tutelar superdireitos de matriz constitucional, como vida e saúde. 4. A União, os Estados e os Municípios arrecadam do contribuinte e têm o dever constitucional de destinar percentual mínimo aos programas de saúde, conforme determina o §2º do art. 198 da Constituição. Admitindo-se, portanto, que se está cumprindo a regra Constitucional, não há falar em inexistência de previsão orçamentária. 5. Embora o Poder Judiciário não possa fechar os olhos às restrições financeiras e orçamentárias dos entes públicos, situações de risco merecem a tutela jurisdicional, impondo-se, apenas, o estabelecimento de critérios para que o deferimento de pedidos não sobrecarregue o combalido orçamento público. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70058202268, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 06/08/2015).⁴⁵

No que concerne a alegação de substituição do medicamento pleiteado por outro que conste na lista do Sistema Único de Saúde cumpre salientar que conforme explicado pela Defensora Pública Larissa Pedrolo Silveira Dourado, o medicamento que fora

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Apelação Cível Nº 70058202268 – Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 04 de ago. de 2015.

pleiteado em ação de saúde foi indicado por um médico que teve contato direto com o paciente. Médico este que trabalha no Sistema Único de Saúde e tem conhecimento de quais medicamentos constam ou não na lista. Pois bem, se o próprio médico do SUS receitou um medicamento que não está presente na lista de permissão, é porque ele entende que somente este medicamento se presta ao tratamento do paciente.

Inconformado, e buscando argumentos os entes federados alegam que pelo motivo do medicamento não estar na lista de disponibilidade do Sistema Único de Saúde, ele não poderia ser fornecido, indicando sua substituição, de maneira totalmente genérica, não atentando às condições especiais do indivíduo. O ente federado, portanto, solicita ao juízo uma perícia no Departamento Médico Judiciário, a fim de que um médico indique outro medicamento. O problema é que este novo profissional não teve contato com o paciente, relacionando a enfermidade com um remédio, de maneira geral, sem atentar ao caso concreto.

Essa situação ocorria em diversos processos que versam sobre saúde. Atualmente, a fim de que o Estado tenha uma responsabilidade maior acerca do fornecimento de medicamentos, há um entendimento no sentido de que a perícia no Departamento Médico Judiciário só será permitida para a parte solicitante que tem assistência judiciária gratuita. Desta forma, como a perícia sempre é requerida pelo município ou estado, estes teriam que custeá-las, o que faz com que estes entes desistam das perícias, ocasionando em maior concessão dos pedidos nas demandas judiciais.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS (CID-10 F31) - LAMICTAL® (LAMOTRIGINA) 100MG. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. PRECEDENTES DO STF E DESTE TRIBUNAL SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO POR OUTRO, FORNECIDO PELO SUS. DESCABIMENTO. PROTOCOLO CLÍNICO. RECOMENDAÇÃO MÉDICA. SUFICIÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO GENÉRICA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. BLOQUEIO OU SEQUESTRO DE VALORES. 1. O agravo retido não merece provimento, considerando haver nos autos elementos suficientes para julgamento do feito no estado em que se encontra, sendo desnecessária a realização de prova pericial pelo DMJ. 2. Incumbe ao Município, aos Estados e à União, solidariamente, fornecer tratamento médico aos cidadãos, o que inclui os medicamentos. 3. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido pelo art. 196 da CF. Por tal razão, questões de ordem principiológica e/ou orçamentária não podem se sobrepor às disposições constitucionais. 4. Não cabe ao Poder Judiciário determinar a substituição do fármaco recomendado pelo médico responsável pelo tratamento da autora por outro, constante em lista do SUS. É o profissional da Medicina, que mantém contato direto com o paciente, quem tem plenas condições de determinar o tratamento médico adequado. Pelos mesmos motivos, descabe falar em inobservância ao Protocolo Clínico do

Ministério da Saúde. 5. Não há como persistir uma condenação genérica, vinculada a evento futuro e incerto, que visa manter a condenação do Estado a fornecer quaisquer medicamentos que se fizerem necessários, sem especificá-los, na medida em que viola princípio do devido processo legal. Portanto, a paciente deverá comprovar, semestralmente, a necessidade do medicamento prescrito e indicado na exordial, cabendo explicitar a sentença em tal ponto. 6. Determinação de bloqueio ou sequestro de valores que encontra fundamento no art. 461, § 5º, do CPC, constituindo providência necessária para garantir a efetividade da medida. Matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme REsp nº 1069810/RS, submetido ao rito do art. 543-C, do CPC. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060048535, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 02/07/2014).⁴⁶

Além disso, entre os pedidos mais frequentes atualmente na cidade de Rio Grande, estão aqueles medicamentos referentes a problemas respiratórios, a doenças como artrite e doenças que podem levar à cegueira, bem como fornecimento de fraldas para adultos e leites especiais para crianças alérgicas à proteína do leite.

É, ainda, importante salientar o número alarmante no Município de Rio Grande quanto ao número aproximado de ações que versam sobre pedidos de medicamentos e outros tratamentos.

No período que compreende os meses de julho de 2014 e julho de 2015, somente a Defensoria Pública Estadual ingressou com aproximadamente 400 (quatrocentas) ações de saúde na cidade de Rio Grande. Este índice é bastante elevado se levarmos em consideração que ainda existem ações nas quais a Defensoria Pública da União ingressou, bem como por advogados e pelo Ministério Público.

Em primeira instância tem-se que aproximadamente 80% das ações tem o pedido liminar deferido, quando isso não se confirma o Defensor Público recorre à segunda instância, desta forma, praticamente todas as ações tem o pedido liminar concedido. Normalmente, o motivo do não deferimento da liminar ocorre quando a parte não comprova urgência. Portanto, pode-se afirmar que atualmente 100% das ações de saúde da Defensoria Pública Estadual da cidade de Rio Grande garantem o fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos de saúde aos indivíduos que os procuram.

Outrossim, aproximadamente 80% das pessoas que ingressaram com ações de medicamentos retornam à Defensoria Pública, pois o ente intimado a fornecer medicamentos em determinado momento deixa de fornecê-lo. Quando isso ocorre dá-se o bloqueio de verbas das contas do ente que deveria entregar o medicamento à parte.

O bloqueio de valores, que consiste em bloquear valores das contas do estado, ou

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Cível. Relator: Ricardo Torres Herman. Apelação Cível Nº 70060048535, Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 05 de ago. De 2015.

município, prevalece frente a impenhorabilidade dos bens públicos, ao passo que devido à necessidade e urgência do direito pleiteado busca-se proteger um bem maior, a vida. Sendo assim, este entendimento é pacificado nos Tribunais.

O Estado (*latu senso*) preocupa-se tanto com o orçamento a ponto de colocá-lo acima dos direitos fundamentais – quando da invocação da reserva do possível – no entanto, no momento em que o ente intimado deixa de fornecer um medicamento (no qual tem uma ordem judicial para o seu fornecimento) a Defensoria pede que o valor seja bloqueado das contas deste ente federado, a fim de que a própria pessoa possa comprar o medicamento. Ocorre que, o bloqueio de valores se dá de acordo com um orçamento fornecido por uma farmácia particular, que possui um custo bem mais elevado do que os medicamentos que são comprados em grande quantidade pelo Estado, com desconto.

Desta maneira, o Estado acaba por gastar muito mais dinheiro, tratando com irresponsabilidade não só o direito fundamental à saúde, como também o próprio orçamento público, tão protegido em seus argumentos.

Nas demais cidades e estados a situação não é muito diferente do que ocorre no município de Rio Grande, em algumas cidades do estado os índices de judicialização das demandas de saúde são inclusive maiores. Prova de que o Estado brasileiro, como um todo, peca nas garantias constitucionais e na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3.3. Decisões Judiciais e o papel do Juiz na garantia do Direito à Saúde

Conforme exposto, o entendimento dos magistrados acerca do direito à saúde, vai no sentido de que o Estado deve fornecê-lo, garantindo através de políticas públicas seu efetivo funcionamento.

Os juízes vêm decidindo de acordo com a Constituição Federal:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. OXIGENOTERAPIA HIPERBÁRICA. COMPROVADA A NECESSIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS À SAÚDE E À VIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 DA CF E 241 DA CE. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA. TRATAMENTO NÃO INDICADO PARA O CID DA PATOLOGIA EM APREÇO. EFICÁCIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO, AO FADEP. CABIMENTO. ESCASSEZ DE RECURSOS. PREFACIAL DO MP: A supressão da oportunidade de produção de prova desnecessária não implica em cerceamento a ampla defesa. Inteligência do art. 130 do CPC. Preliminar do Ministério público afastada. FALTA DE INTERESSE RECURSAL: Não conhecido do apelo do Município, no que tange ao pedido para que seja afastada a condenação ao pagamento das custas, tendo em vista que na sentença o juízo a quo não fez tal referência, portanto, neste ponto, carece a parte de interesse recursal. A Carta Magna erigiu a saúde como sendo direito de todos e dever do Estado, nos termos dos arts. 196, da CF e 241, da CE, portanto,

inconteste a obrigação do Estado, independentemente de qual seja a esfera de poder, em virtude da competência comum, conforme o disposto no art. 23, II, da CF. Improcede o argumento de que não restou comprovada a segurança e eficácia do tratamento da patologia, porquanto o Estado não pode se isentar de obrigação prevista constitucionalmente de fornecimento de medicamento/tratamento àquele que necessita. Não há falar em afronta ao Princípio da Legalidade, tampouco em afronta ao princípio da Separação dos Poderes, uma vez que se está apenas reconhecendo um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todo cidadão. O argumento de escassez de recursos para o fornecimento de tratamento não prevalece frente à ordem constitucional estatuída de priorização da saúde. Não há falar em confusão entre as partes (credor e devedor), bem como cabível a condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios ao FADEP. PRELIMINAR DO MP AFASTADA. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, NEGADO SEGUIMENTO. NEGADO SEGUIMENTO AO APELO DO ESTADO. (Apelação Cível Nº 70065875361, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 07/08/2015).⁴⁷

Neste sentido, as decisões judiciais têm reafirmado o entendimento de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, que não importa qual seja a esfera de poder, pois a responsabilidade entre os entes é solidária, e que o argumento da reserva do possível não prevalece frente a ordem constitucional de priorização da saúde, bem como de outros direitos fundamentais.

Com inúmeras decisões no mesmo sentido, há anos o Judiciário vêm dando um posicionamento ao Estado, qual seja o de que é necessário a eficácia do direito à saúde já na esfera administrativa. O tratamento responsável das verbas públicas para que com isso haja o efetivo fornecimento dos medicamentos por meio das Secretarias de Saúde, bem como tratamento adequado em hospitais e postos de saúde do Sistema Único de Saúde.

É nítido a função dos magistrados em fazer justiça social diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo em garantir a matéria. Segundo José Renato Nalini:

“Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da Justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções, a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da Justiça.”⁴⁸

Portanto, tem-se que o juiz deve, além de interpretar a norma constitucional, lutar para que as garantias sejam efetivadas. Especialmente, no que diz respeito ao direito à

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segunda Câmara Cível. Relator: João Barcelos de Souza Junior. Apelação Cível Nº 70065875361 – Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 05 de ago. de 2015.

⁴⁸ NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.

saúde, direito fundamental que está inteiramente ligado ao próprio direito à vida, é papel do juiz empreender esforços para que não haja desrespeito a esses direitos constitucionalmente garantidos.

“Quando da aplicação da lei ao caso concreto, não poderá se afastar o juiz, nem frustrar, nem tergiversar com o princípio fundamental que lhe impõe assegurar a igualdade – de maneira efetiva e não formal – com o objetivo de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária. (...) O juiz já não pode ser o inflexível aplicador da letra de uma lei estratificada, mas alguém provido de consciência a respeito das consequências concretas de sua decisão. O juiz não apenas conhece da demanda, mas atua no sentido de realizar o justo.”⁴⁹

Mais do que isso, os juízes vêm trabalhando – nas demandas de saúde – para que haja um resgate à cidadania, fazendo de suas decisões uma transformação na sociedade, de modo a promover os direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde.

“Um juiz rebelde - leia-se juiz ético - não se conforma com esse estado de coisas. (...) Para afirmar-se como Poder do Estado, O Judiciário precisa dos bons rebeldes. Aqueles que se não recusem a um plus. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça. (...) É por isso que se insiste num juiz rebelde, revoltado, teimoso e desobediente. Rebelde com causa; revoltado com a justiça; teimoso em reformar o mundo; desobediente em relação a regras superadas, formalismos estéreis e preconceitos alimentados pelo arcaísmo.”⁵⁰

Portanto, além de dirigir o processo, os magistrados devem garantir a igualdade entre as partes. Especialmente nas ações que versam sobre saúde, o indivíduo por ser, em diversos sentidos, subordinado ao Estado, deve ter seu direito garantido. Nesse sentido os juízes vêm trabalhando, para que a eficácia do direito à saúde seja plena.

⁴⁹NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

⁵⁰Ibid. p. 154.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho, constatou-se que submeter os direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde, à disponibilidade de recursos financeiros degenerou os propósitos da Constituição Federal. Este posicionamento está em total desacordo com as premissas estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que a questão da manutenção da saúde está ligado diretamente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

É certo que o Estado deve cumprir o compromisso democrático assumido com a Constituição de 1988 que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Não sendo razoável, portanto, que justifique sua inércia por meio de argumentos como o da reserva do possível, que rebaixa o direito à saúde à previsão orçamentária.

Como principal dever do Estado, tem-se que os direitos fundamentais devem ser implementados por meio de políticas públicas que garantam a efetividade de tais direitos, com o intuito de dirimir as desigualdades sociais.

Ao longo deste trabalho buscou-se demonstrar a importância dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde, dentro da concepção do Estado Democrático preocupado com o cumprimento das promessas feitas por uma constituição humanitária.

Todavia, os direitos fundamentais devem ser efetivados com base em um mínimo existencial, ou seja, é preciso partir de um mínimo aceitável para uma vida condigna. Não bastando que o Estado garanta apenas o direito a viver, mas sim o direito a viver dignamente.

Dessa forma, na falta do Estado, é papel do Judiciário assegurar o direito à saúde e resguardar o respeito ao ordenamento jurídico, e à Constituição Federal. Assim, os

indivíduos que buscam a solução do seu problema terão uma resposta mais efetiva. Quer-se dizer que o juiz, como garantidor da norma, deve buscar a justiça social no presente caso, fazendo cumprir as responsabilidades assumidas pelos entes federados.

A conclusão a que pretende-se evidenciar, é que os poderes – legislativo, executivo e judiciário – devem agir conjuntamente com o fim de garantir eficácia aos direitos fundamentais sociais. Pois, o diálogo entre os três poderes poderá contribuir para uma maior garantia do direito à saúde e sua efetividade.

Tendo o direito à saúde tratamento preferencial, impossível importá-lo para dentro da Reserva do Possível na forma em que é invocada hoje pelo poder público, ou seja, como uma forma do Estado se esquivar do cumprimentos dos direitos fundamentais, mais ainda, dos direitos de caráter prestacional, sob a alegação de escassez de verbas.

Importante afirmar que não se está descartando a importância do princípio da reserva do possível, ela deve sim ser utilizada, porém, com reservas, no sentido de maximizar os recursos, servindo de parâmetro para a aplicação da razoabilidade nas decisões judiciais e não de uma forma falaciosa que visa justificar a omissão do Estado no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Assim, a cooperação entre os órgãos estatais, para que implementem políticas públicas de saúde eficazes, ajudará na redução de demandas judiciais, vindo conseqüentemente a diminuir os gastos do Estado, permitindo que mais programas possam ser implementados.

Ainda, é imperioso resgatar a ideia da Constituição Federal como norma dirigente, que impõe ao Estado a realização de políticas públicas com o escopo de diminuir a desigualdade social. No entanto, quando os entes federados não cumprem seu papel, os direitos fundamentais precisam ser garantidos judicialmente.

Deste modo, é necessário interpretar tanto a norma constitucional, quando a própria reserva do possível de forma a garantir aos direitos fundamentais máxima efetividade. Atualmente, o Estado deve priorizar o acesso à saúde a quem realmente necessita desta prestação estatal, independente do custo dos medicamentos pleiteado, ou se estes constam na lista de permissão do Sistema Único de Saúde, pois infelizmente, as enfermidades não respeitam tal lista.

É bem possível que aumentasse a eficácia do direito fundamental à saúde se os poderes agissem conjuntamente, promovendo parcerias entre suas funções, a fim de que as políticas públicas alcancem um maior número de indivíduos, tornando desnecessária a paradoxal judicialização para garantir o acesso à saúde. Assim, as demandas judiciais

poderiam diminuir, e o montante gasto através do bloqueio de verbas, e outros gastos não imprescindíveis, poderia ser revertido para a promoção de programas sociais que visem a efetividade do direito à saúde, fornecendo, assim, à sociedade o mínimo existencial digno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas: conceitos e práticas**. 7 vol. Belo Horizonte: Sebrae – MG, 2008. p. 05.

CALIENDO, Paulo. **Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação**. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Cap. 8, Item 4, p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Editora Coimbra, 1982. P. 369.

CARLINI, Angelica. **Judicialização da saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2002.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MURARO, C.C. **As medidas Judiciais para assegurar o Direito Social à Saúde**. Jurisway. 2012.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAIM, Jairnilson Silva. **Anais da 8ª Conferencia Nacional de Saúde**, p. 46-47.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”** / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2. ed. rev. E ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional** / André Ramos Tavares. - São Paulo: Saraiva, 2005.

XAVIER, Regina. Dos Males e Suas Curas: Unicamp, 2003. In: CARLINI, Angelica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

ANEXOS DAS ENTREVISTAS NA ÍNTEGRA

ANEXO I – DEFENSORA PÚBLICA ESTADUAL

Quais os argumentos usados pelo Estado?

Ilegitimidade passiva; Possibilidade de substituição do medicamento postulado por outro medicamento fornecido pelo SUS baseado em parecer fornecido pela Equipe de Consultores da Secretaria Estadual da Saúde; Violação da independência entre os poderes; Violação do Princípio da Legalidade e, ainda, da Reserva do Possível, na medida em que não possui recursos para atender a todas as necessidades materiais básicas da população. Impossibilidade de ‘furar a fila’ do SUS em caso de cirurgia ou exames médicos; Necessidade de perícia judicial para comprovar a necessidade do medicamento.

Quais os argumentos usados pela Defensoria Pública na defesa dos interesses do indivíduo?

Afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva com fundamento na solidariedade entre os entes públicos estabelecida pela CF: A prestação da assistência integral à saúde é dever erigido constitucionalmente aos entes federativos, no art. 196 da Constituição Federal, e deve ocorrer de forma solidária, nos termos do art. 23, inciso II da Constituição Federal, o qual determina que é de competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal Municípios a responsabilidade pela saúde e da assistência pública.

Quanto à ofensa ao princípio da legalidade alega-se que os recursos para atenção integral à saúde devem ser conjugados entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de forma que o repasse de recursos deve ser organizado na esfera administrativa, conforme previsão expressa das Leis 8.080/90 e 8.142/90.

O artigo 35 da Lei nº. 8.080/90 estabelece as diretrizes para a transferência de recursos por parte da União. Ainda, o artigo 3º da Lei nº. 8.142/90 estabelece que os recursos serão repassados aos Estados e Municípios de forma automática e regular, de acordo com os critérios acima elencados.

Assim, não há que se falar em impossibilidade de organização por parte dos réus ou, ainda, em uma suposta desestabilização do Sistema Único de Saúde, uma vez que a legislação é clara em definir que o repasse de verbas por parte da União aos demandados é automático, cabendo a estes o fornecimento das informações elencadas no dispositivo acima colacionado. Quanto ao princípio da reserva do possível e isonomia: O Princípio da Reserva do Possível é de menor relevância frente ao Direito Fundamental à Saúde, pressuposto da Dignidade da Pessoa Humana; nem mesmo pode aventar-se ofensa ao princípio da Isonomia, tendo em vista que as ações judiciais buscam unicamente assegurar a cumprimento da norma constitucional.

Ademais, não pode o paciente deixar de receber a medicação devida, unicamente porque o Ministério da Saúde e demais órgãos responsáveis não lograram atualizar suas listas de padronização, de forma a atender de maneira mais satisfatória. Isso sim feriria o princípio da isonomia, na medida em que um paciente do sistema privado de saúde poderia ter acesso a tal fármaco, recebendo o tratamento devido, enquanto a demandante teria a sua saúde prejudicada, de forma injustificada.

Quanto a necessidade da perícia, alega-se a desnecessidade de perícia junto ao Departamento médico Judiciário tendo em vista que o médico do paciente, o qual acompanha todo o tratamento, tem melhores condições de aferir qual o medicamento necessário do que um perito que avaliou superficialmente o paciente/autor, em avaliação genérica e indireta por vezes.

Ademais, muitas vezes o tratamento é receitado pelo próprio médico do SUS, em especial em se tratando da Defensoria Pública. Assim, um médico do próprio Sistema Único de Saúde, conhecedor das diretrizes para fornecimento de fármacos e listas de padronização, entendeu que o tratamento oferecido pela rede pública não se mostra cabível ao caso clínico do requerente.

Mais claramente: a parte autora foi atendida pelo SUS, em uma de suas “portas” (assistência médica na unidade de saúde de referência) e, apresentando a prescrição médica de lá emanada em outra das “portas” do SUS (assistência farmacêutica ao cidadão hipossuficiente), tem seu pedido questionado ou negado. Assim, termina o ente público por colocar em suspeição a própria prescrição médica, emanada do próprio Sistema Único de Saúde.

É por todos sabido que, pelo SUS, consulta-se com o médico que o sistema oferece (não é o paciente que escolhe o médico que irá atendê-lo) e quando o sistema permite (não quando a parte quer).

Assim, bem medidas as situações, não pode o SUS prescrever a medicação em uma de suas portas e negar idoneidade ao atestado/receituário na outra. Venire contra factum proprium, é o que determina a boa-fé objetiva no Direito Brasileiro, em raciocínio de todo aplicável ao sistema de saúde. Qualquer pessoa teria o direito de criticar o médico do SUS e a prescrição por ele elaborada, menos o próprio Estado, que foi quem colocou aquele profissional a atender a parte demandante no posto de saúde local.

Abstraido esse passo, da proibição de levantar em benefício a própria torpeza, é bem de se observar que, sendo o médico assistente da parte autora vinculado ao Sistema Único de Saúde, presume-se seja ele conhecedor das listas de fármacos disponibilizados pela rede de saúde e, mesmo assim, dentro do conhecimento técnico que lhe acompanha na prescrição do tratamento, optou por receitar à parte autora fármaco não integrante das listas, certamente não por puro deleite pessoal, mas sim porque o medicamento receitado é mais eficaz para o tratamento da doença. É o que diz a lógica: médicos integrantes do SUS não teriam interesse algum em lesar a rede pública.

Ainda, o simples fato de um medicamento não constar das listas de padronização do SUS, não impede que seja fornecido pela rede pública, se devidamente comprovada a necessidade de utilização.

Quanto a alegada impossibilidade de ‘furar a fila’ do SUS: Alegam os entes públicos (Estado do Rio Grande do Sul e Município) que inexistente a possibilidade de “furar a fila” do SUS mediante ajuizamento de ação para fornecimento de consulta/exame/cirurgia da qual há lista de espera no Sistema Público.

Ocorre que, em todos os casos em que ajuizada ação pela Defensoria Pública, os pacientes estão há meses sem qualquer previsão de atendimento ao tratamento, mesmo comprovada a urgência e os riscos decorrentes da espera por prazo indeterminado.

O ente estatal inverte a lógica quando imputa aos autores/pacientes a responsabilidade por ferir os princípios da isonomia e impessoalidade. Há que se observar que, pelos princípios referidos, o poder público tem o dever de proporcionar acesso à saúde aos seus cidadãos, especialmente àqueles que não detêm recursos próprios para isso.

É do entendimento do TJRS que empecilhos de ordem orçamentária não podem se sobrepôr à ordem constitucionalmente instituída de priorização da saúde.

Qual o tempo de duração de um processo que versa sobre demanda de saúde?

Varia entre um a três anos. Depende da realização de perícia junto ao DMJ, o que pode atrasar o célere andamento processual. Muitas vezes o processo fica mais de oito meses aguardando o agendamento da perícia em Porto Alegre.

Quais os pedidos mais frequentes?

Medicamentos para artrite, glaucoma, pneumonia, alzheimer (doenças ósseas, respiratórias, oculares e neurológicas), que não fazem parte do elenco de medicamentos fornecidos pelo SUS.

Os pedidos de cirurgia, leito hospitalar, consultas médicas ou exames, prioritariamente, são resolvidos extrajudicialmente, com base nos contatos existentes entre a Defensoria Pública e a Secretaria Municipal de Saúde, sempre buscando a desjudicialização da saúde.

Em todas as ações de saúde ajuizadas pela DPE tenta-se previamente o fornecimento de forma administrativa, sendo buscada a prestação jurisdicional somente quando inexistente outra solução.

Quantas ações têm o pedido liminar deferido?

Na grande maioria dos casos, é deferida antecipação de tutela que garante o fornecimento do medicamento desde o início do ajuizamento da ação. Nos raros casos em que é indeferida a antecipação no 1ª grau (geralmente sob o fundamento de que não existe eficácia científica comprovada) a decisão é reformada no TJRS por meio de agravo de instrumento.

Importante ressaltar que, em caso de não fornecimento do medicamento cuja decisão judicial determinou a entrega pelos entes públicos (Estado e Município) é requerido o sequestro de verbas públicas para custear o tratamento, pedido realizado nos autos do processo e instruído com as certidões negativas de fornecimento, bem como com três orçamentos para comprovar o montante a ser bloqueado. Após o bloqueio, é contatada a farmacêutica responsável pela dispensação do Estado e Município, que fará a aquisição do fármaco e o entregará para a parte. Atualmente tem crescido progressivamente o número de pedidos de bloqueios, em vista da falta de aquisição de medicamentos por parte do Estado do Rio Grande do Sul, crise que vem afetando diretamente as demandas de saúde.

ANEXO II – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL

Quantas ações de saúde a Defensoria Pública Estadual da Comarca de Rio Grande – RS ingressou judicialmente?

No período que compreende os meses de julho de 2014 e julho de 2015, a Defensoria Pública Estadual ingressou com aproximadamente 400 (quatrocentas) ações de saúde na cidade de Rio Grande.

Qual o perfil das pessoas que buscam solução judicial para sua demanda de saúde?

É mais comum pessoas hipossuficientes, no entanto, vem tido um crescimento da procura por idosos e crianças.

Quais os meios de ingressar judicialmente com uma Ação de Saúde?

Normalmente, a parte que necessita do medicamento/tratamento procura a Secretaria de Saúde do município e do estado. Esta lhe informa da impossibilidade de fornecimento do medicamento pleiteado, então a parte procura a Defensoria Pública. Um servidor da Defensoria lhe atende, em condição de urgência, solicita os documentos necessários para ingressar com a ação – ainda, são juntadas certidões negativas das Secretarias de Saúde, e um laudo médico fornecido por um médico do Sistema Único de Saúde.

Quais os pedidos mais frequentes?

Os pedidos mais frequentes são, em geral, leites especiais para as crianças que tem alergia à proteína do leite, bem como remédios para problemas respiratórios, para combater artrites, ou ainda cirurgias bariátricas.

Quantas ações têm o pedido liminar deferido?

Em primeira instância tem-se que aproximadamente 80% das ações tem o pedido

liminar deferido, quando isso não se confirma o Defensor Público recorre à segunda instância, desta forma, praticamente todas as ações tem o pedido liminar concedido. Normalmente, o motivo do não deferimento da liminar ocorre quando a parte não comprova urgência.

Quantas pessoas retornam à Defensoria Pública porque não tiveram seus pedidos atendidos/cumpridos?

Aproximadamente 80% das pessoas que ingressaram com ações de medicamentos retornam à Defensoria Pública, pois o ente intimado a fornecer medicamentos em determinado momento deixa de fornecê-lo. Quando isso ocorre dá-se o bloqueio de verbas das contas do ente que deveria entregar o medicamento à parte.