



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Fornecimento Gratuito de Medicamentos e o Limite da Atuação Estatal

Rafaella Avila de Souza Tuffy Felipe

Rio de Janeiro
2009

RAFAELLA AVILA DE SOUZA TUFFY FELIPPE

O Fornecimento Gratuito de Medicamentos e o Limite da Atuação Estatal

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E OS LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL

Rafaella Avila de Souza Tuffy Felipe

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Advogada.

Resumo: Há grande controvérsia acerca do limite da atuação estatal no que toca ao fornecimento gratuito de medicamentos à população. Serão apresentados dois entendimentos divergentes sobre o tema para, ao final, se chegar a um posicionamento. De um lado, há quem defenda que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma ampla e irrestrita. Por outro, sustenta-se que tal direito possa ser mitigado diante de uma ponderação com a escassez de recursos públicos.

Palavras-Chaves: Fornecimento, Gratuito, Medicamentos, Reserva do Possível.

Sumário: Introdução; 1. Escassez de recursos públicos x Direito à vida. 2. Direito à vida e à saúde – Um primado do Estado Democrático de Direito; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, sobretudo pós Constituição de 1988, o legislador brasileiro procurou garantir direitos atinentes à dignidade da pessoa humana. A Carta Magna tem conquistado força normativa e efetividade.

É dentro desse contexto que se insere o direito à saúde, previsto nos comandos constitucionais. Cabe ao Estado garantir a saúde da população, mediante a adoção de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças.

E assim é que, justamente, um dos grandes desafios a ser vencido pela “Constituição Cidadã” é a promoção efetiva dos comandos atinentes aos direitos fundamentais sociais.

Certo é que, apesar de o direito à saúde não estar positivado no artigo 5º da Constituição da República, a jurisprudência e a doutrina têm ressaltado que os direitos e garantias fundamentais não se esgotam naquele rol, até porque o §2º, do referido dispositivo, prevê expressamente a possibilidade de outros, de modo a abranger direitos estabelecidos em outras partes da Lei Fundamental.

Ademais, o direito à saúde está atrelado ao direito à vida e, por conseqüência, com vínculo direto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Portanto, nítido o caráter de direito fundamental.

A jurisprudência, atenta aos anseios da sociedade, tem se mostrado firme quando trata da questão do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público.

Nesse contexto, os Tribunais têm reconhecido a saúde como um direito público subjetivo ao qual está vinculada uma obrigação por parte do Estado. Ao Poder Público cabe a adoção de políticas públicas para tanto.

Dessa forma, os postulados constitucionais deixaram de ser meras promessas políticas, e expectativas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por parte do Poder Judiciário. Assim é que parte da doutrina constitucional procurou afastar aquele dogma acerca da não aplicabilidade imediata dos comandos previstos em normas programáticas.

Nesse sentido, a Administração Pública fornece gratuitamente uma série de medicamentos, como forma de cumprir o mandamento constitucional de proteção à saúde, de forma universal, pelo Estado.

Por conseqüência, a jurisprudência tem entendido que, nas hipóteses de omissão governamental, incumbe ao Judiciário tornar realidade direitos subjetivos, por meio da tutela específica, mesmo que tal atuação repercuta na esfera orçamentária.

No entanto, há quem sustente, tal como o autor Barroso (2008), por exemplo, que um sistema altamente protetivo possa gerar efeitos contrários aos pretendidos.

Tal entendimento traz o argumento de que o exagero e a falta de critérios específicos são capazes de levar ao colapso do sistema, na medida em que se condena a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis.

Nessa linha de entendimento, direitos sociais, inclusive o direito à saúde, podem ser relativizados em face de elementos fáticos ou jurídicos, tais como o princípio da reserva do possível e as regras orçamentárias.

Registra-se a existência de tratamentos custosos, prescindíveis, experimentais, ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas.

Acrescentam, ainda, a falta de critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento, com o conseqüente aumento de gastos.

Assim, o excesso da judicialização implica em uma desorganização das políticas públicas, de modo a obstar uma verdadeira promoção da saúde pública.

É sobre essa controvérsia que o presente estudo versará, sem, contudo, pretender esgotar a matéria. Serão abordados os aspectos polêmicos levantados pela doutrina e jurisprudência, concluindo-se por um posicionamento ao final do trabalho.

Para tanto, será analisado o papel do Poder Judiciário, no que toca à promoção dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

1 – ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS X DIREITO À SAÚDE

À medida que a sociedade se desenvolve, mais as pessoas buscam pela efetivação de suas necessidades básicas e dos direitos que lhe pertencem. Essa é uma consequência natural do progresso econômico e social pelos quais passam os países.

É nesse contexto que se encontra o Brasil. Passa a se incorporar, paulatinamente, na consciência da população, a idéia de que os direitos subjetivos constitucionalmente previstos podem estar ao seu alcance, mesmo que por meio do Poder Judiciário.

Assim se justifica o crescimento das demandas judiciais pela busca do mais nobre direito ao qual um ser humano faz jus. Trata-se do direito à saúde que, apesar de não constar no rol do artigo 5º da Constituição, tem um status de direito fundamental. Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição da República assegura que o Estado tem o dever de garantir o direito à saúde 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.”

Para dar efetividade à política de saúde pública, a Carta Magna conferiu competência concorrente para legislar aos três entes federativos.

É pacífico que os membros dos três Poderes da Federação devem estar conscientes de que os recursos públicos, angariados por meio da tributação, devem ser aplicados na forma mais racional possível, de modo a beneficiar o maior número de pessoas.

Esse é o escopo do Estado Democrático de Direito. A matéria divergente está relacionada ao limite da atuação judicial no que toca à concessão de medicamentos, tratamentos àqueles que os pleiteiam junto ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem sofrido intensa crítica no que toca a maneira como vem sendo desenvolvida a prestação jurisdicional referente à tutela do direito fundamental social à saúde, em razão do aumento do número de decisões judiciais que impõem ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente medicamentos e tratamentos específicos.

Por um lado, há um posicionamento, que vem sendo abraçado pela jurisprudência, no sentido de que, como o direito à saúde deve ser garantido a todos indistintamente, como a mais expressiva forma de se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário, quando acionado, deve promover o fornecimento de medicamentos de acordo com a necessidade pontual de cada indivíduo.

De modo contrário, há outro posicionamento, cujo um dos defensores é o autor Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2008), a sustentar que, apesar do papel ativo que deva ser exercido pelos magistrados, eles devem estar cingidos a liberar apenas as substâncias previamente arroladas pelo Executivo e Legislativo, sob pena de se ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Esses últimos fundamentam seu entendimento com base no fato de que ao Executivo e Legislativo, é dada a competência constitucional de deliberar acerca das políticas públicas de saúde.

Além disso, aduzem a inexistência de um entendimento técnico, por parte do magistrado, acerca da essencialidade do medicamento e, por consequência, do tratamento requerido. Assim, seria invasiva a atuação judicial que se imiscuísse nessa seara.

Desses argumentos surge a doutrina que afirma existir uma judicialização excessiva. Ela combate o excesso da interferência do Poder Judiciário na política pública de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos.

Nessa linha, o expressivo aumento de decisões condenatórias implicaria em inviabilizar o próprio desenvolvimento das necessárias políticas públicas sociais. Logo, reconhecer as limitações fáticas e jurídicas, relacionadas à natureza do direito social, é um dos pressupostos para a efetiva concretização.

Assim, o Poder Público, em razão dos comandos judiciais, estaria sendo compelido a patrocinar tratamentos altamente dispendiosos, experimentais, desnecessários, ou seja, destituídos de essencialidade.

Quanto ao requisito da essencialidade, o acórdão de número 2009.001.06756, da lavra do Des. Antonio Cesar Siqueira, da quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 11/03/2009, reconheceu a aplicação do princípio da “Reserva do Possível” na hipótese de existência de outros métodos de controle da glicemia capilar. “Impossibilidade de se impor ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e equipamentos de saúde não essenciais à manutenção da vida e da saúde do paciente, sob pena de se inviabilizar o atendimento ao restante da coletividade”.

A título de exemplo do excessivo dispêndio de verbas públicas, os defensores dessa idéia citam o custeio de tratamentos integrais que envolvem, não só o fornecimento de medicamentos, mas também incluem atendimentos médico, social e psicológico.

Outro caso citado é quando o Judiciário determina o fornecimento de medicamento inexistente no país, tornando obrigatório o patrocínio, pelo Poder Público, dos custos com a importação e com tratamentos estrangeiros.

Com isso, argumenta-se que tais decisões judiciais atrapalhariam o foco do Estado, causando uma desorganização na Administração Pública, uma vez que são desviados os escassos recursos públicos que devem ser prioritariamente destinados a uma universalidade de pessoas.

Dessa maneira, a excessiva interferência do Judiciário estaria a prejudicar a necessária racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos fornecidos gratuitamente pela Administração Pública, deixando de alcançar um maior número de pessoas.

Nesse contexto, essa doutrina crítica afirma que, em razão das excessivas demandas judiciais individuais, casos pontuais seriam privilegiados em detrimento das políticas coletivas de saúde. Logo, as poucas verbas públicas teriam destinação diversa da inicialmente pretendida pelo Poder competente.

Assim, o órgão julgador, ao atuar conforme suas próprias convicções, estaria a se sobrepor às valorações tomadas pelos órgãos de representação popular, desrespeitando o princípio democrático. Nesse sentido, ao magistrado só é permitido o afastamento das proposições do Poder Legislativo quando entender que ferem a razoabilidade, ou a própria Carta Magna.

Logo, haveria atuação ilegítima por parte do Judiciário, cujos membros são investidos mediante concurso público e não pelo voto popular. Ao contrário do Poder Judiciário, o Executivo e Legislativo, verdadeiros competentes para tratar da matéria, são dotados de representação popular e, em razão disso, podem optar em priorizar investimentos na saúde preventiva, ou em outros ramos sociais.

Assim, os magistrados, ao se imiscuírem excessivamente no tema da saúde pública, estariam a extrapolar a sua competência ao buscarem dar total e imediata aplicabilidade aos comandos constitucionais que asseguram o direito à saúde.

Desse modo, a doutrina que sustenta a ocorrência de uma judicialização excessiva, capitaneada por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2008), sustenta que o caráter programático do comando insculpido no artigo 196 da Constituição da República não estaria sendo observado.

Isso por conta da característica das normas programáticas, ou seja, aquelas em que estão previstas finalidades públicas a serem atingidas pelo Estado e sociedade, sem, contudo, a especificação dos meios para a obtenção do resultado.

Nota-se o que o autor Luís Roberto Barrosos (BARROSO, 2001) afirma que não se pode impor imediatas providências aos Poderes Executivo e Legislativo quanto à efetividade das normas programáticas. Porém, entende o autor que as referidas normas legitimam a população na faculdade de exigir a abstenção, pelo Poder Público, de condutas contrárias aos comandos da Carta Magna.

Isso significa que a atuação judicial estaria se adiantando a necessária concomitância entre o desenvolvimento da capacidade de promoção de uma justa política pública de saúde e as reais necessidades da população.

Sustenta-se a ilegitimidade da excessiva interferência do Poder Judiciário, ao argumento de que os demais Poderes, Legislativo e Executivo, não estariam inertes diante da busca pela melhoria da saúde da população, mas sim, apenas com uma atuação mais contida, considerando os limites financeiros do Poder Público.

Pelo contrário, alegam a existência de listas oficiais, tais como a RENAME (de caráter nacional) e a REMUNE (do Município do Rio de Janeiro) indicando medicamentos de fornecimento obrigatório, mas respeitados os limites orçamentários do Poder Público. Ainda, o

Estado do Rio de Janeiro detém um programa de assistência farmacêutica denominado “Farmácia Popular”.

Deve ficar bem claro que os críticos de uma excessiva interferência do Judiciário reconhecem a imprescindibilidade do papel de juízes e tribunais na interpretação da Constituição da República e das leis, sobretudo na aplicação de princípios e conceitos jurídicos indeterminados.

Ocorre que, em matéria de fornecimento de medicamentos pela Administração Pública, a atuação do Poder Judiciário não poderá ser tão invasiva, de modo que teria que observar as deliberações dos demais Poderes, já que são eles os dotados de informações técnicas acerca dos tratamentos existentes, bem como dos recursos suficientes para custeá-los.

Dessa forma, diante de uma insuficiência de recursos, torna-se imprescindível que os magistrados, ao cuidarem da efetivação de direitos fundamentais sociais, fiquem atentos ao concederem, ou não, determinados direitos subjetivos à prestação estatal.

É nesse contexto que se enquadra um dos fundamentais argumentos utilizados, qual seja, a necessidade de respeito ao princípio da “Reserva do Possível”. Deve-se observar a razoabilidade da pretensão em face da Administração Pública em conjunto com a disponibilidade de recursos existentes.

E para que haja a efetiva concretização de determinados direitos, se impõe a busca por soluções possíveis, ou seja, capazes de se adequar com as realidades fáticas da Administração Pública, sob pena de haver um esgotamento dos recursos. (ROCHA, 2009)

Para esse entendimento, os recursos públicos, alcançados por meio da tributação, seriam limitados para atender a uma justa expectativa da população, ou seja, insuficientes para a promoção de uma verdadeira saúde pública, já que, quando se aplica verbas de um determinado setor, retira-as de outro.

Por conseqüência disso, o desvio de recursos para uns causa a falta para outros. Seria uma decorrência lógica do sistema: aquelas pessoas que se socorrem ao Judiciário seriam priorizadas em detrimento das outras que se conformam com as deficiências do aparelho estatal.

Diante desse quadro, o princípio da isonomia fica mitigado, uma vez que, ao se privilegiar determinados indivíduos, as demais pessoas ficam prejudicadas, uma vez que também dependem de verbas públicas para a satisfação de seus direitos igualmente relevantes. (ROCHA, 2009)

Nesse sentido, afirma-se que, diante da necessidade de ponderação dos gastos públicos, seria mais relevante que o Poder público investisse em causas diretas de melhoria de vida de uma determinada população, tais como, redes de esgoto e saneamento básico, do que o esforço para que haja uma política de distribuição de medicamentos gratuitos.

Ainda, a política de fornecimento de medicamentos, tal qual vem sendo efetivada pelo Poder Judiciário, não contribui para a redução das desigualdades econômicas e sociais.

Esse argumento se sustenta no fato de que somente uma parcela da população, a classe média, aquela que tem acesso ao Judiciário, é a beneficiária dos comandos judiciais.

Logo, a responsabilidade do Estado em fornecer os tratamentos necessários não pode ser elevada ao grau máximo, sob pena de se inviabilizar todo um sistema de saúde pública.

Portanto, os julgadores devem focalizar estritamente as hipóteses de omissão do Estado e os casos de não atendimento do mínimo existencial, exercendo, também, um controle sobre os atos administrativos. Em tais casos, a atuação judicial é imprescindível.

Segundo o autor Gustavo (AMARAL, 2001), caberia ao Judiciário apenas, sem adentrar no mérito, averiguar a razoabilidade das razões invocadas pelo Estado para deixar de cumprir normas constitucionais.

Para o autor, a busca pela plena eficácia dos comandos constitucionais implicaria em negar cidadania e a própria democracia, na medida em que causaria a falência do Estado ao se tentar atender a todas as demandas individuais simultaneamente. Nessa linha, a escassez de recursos deveria ser tratada com seriedade.

Nesse contexto, no âmbito das ações individuais, o alcance do fornecimento deve estar limitado às listas de medicamentos elaboradas pelo Executivo e Legislativo dos entes federativos, pois dessa maneira, serão atendidos os casos prioritários, respeitados os recursos financeiros existentes.

Hipóteses diversas dessas mencionadas acima mereceriam uma análise mais criteriosa pelo magistrado, de modo a observar as opções adotadas pelo Legislativo e Executivo, verdadeiros responsáveis pela política de administração pública destinada ao atendimento da população.

Há de se analisar, contudo, que os defensores desse posicionamento ora em análise não descartam a possibilidade de revisão judicial, com vistas a coibir abusos, justamente em razão de as listas elaboradas pelo Executivo e Legislativo não dotarem de presunção absoluta.

Ocorre que tal prerrogativa só seria exercida caso a Justiça fosse provocada por meio de ações coletivas ou ações abstratas de controle de constitucionalidade. Em razão da eficácia *erga omnes*, no limite territorial da jurisdição do órgão prolator, podem ser observados os princípios da igualdade e universalidade.

Justifica-se tal entendimento uma vez que a análise a ser feita pelo Judiciário em tais casos será mais global, visualizando-se o custo benefício das medidas, de modo a ponderar a limitação de recursos com a infinidade de demandas individuais.

Dessa forma, a doutrina registra que ao Judiciário caberia, excepcionalmente, incluir medicamentos no rol das listas porventura já existentes. Ocorre que condicionam tal

possibilidade à comprovada eficácia da substância, bem como à essencialidade para a manutenção da vida. Desse modo, ficam excluídas terapias alternativas cuja eficácia seja desconhecida.

Ainda, que, para que haja uma correta alteração da lista, faz-se necessário a opção por medicamentos genéricos e nacionais, de modo a compatibilizar o direito à saúde com as limitações financeiras estatais.

Por fim, critica-se o posicionamento jurisprudencial que se inclina pela responsabilização solidária de todos os entes. Defende-se que a responsabilidade deve recair sobre o ente que tiver elaborado a lista que contém o medicamento requerido.

Portanto, foram demonstrados os diversos argumentos levantados por uma parte da doutrina brasileira que é a responsável pela crítica de uma intervenção excessiva do Poder Judiciário no que concerne ao fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos à população.

No próximo capítulo, será apresentada a tese contrária, ou seja, aquela que defende que cabe ao Poder Público oferecer, a qualquer custo, os medicamentos e tratamentos necessários à promoção do direito constitucional à saúde.

2 – DIREITO À SAÚDE – UM PRIMADO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Capítulo anterior foi abordada uma polêmica, sustentada por alguns autores, dentre eles Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2008) segundo a qual, atualmente, estaria ocorrendo uma judicialização excessiva, ou seja, uma invasão por parte do Poder Judiciário em questões que não seriam precipuamente de sua competência.

O referido entendimento sustenta, em suma, a necessidade de uma limitação da atuação dos magistrados no que toca à imposição de fornecimento gratuito de medicamentos ao Poder Público. Através dessa doutrina, combate-se a obrigatoriedade de a Administração Pública ter que promover tratamentos irrazoáveis, altamente custosos, internacionais, dentre outros.

Ou seja, a idéia central desse posicionamento está no fato de que é dever do Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos, mas desde que tal dever seja mitigado, respeitados critérios de razoabilidade, com vistas a se preservar o princípio da “Reserva do Possível”.

A jurisprudência, no entanto, tem se inclinado por um posicionamento mais garantista, assistencialista, no sentido de que caberia ao Estado o custeio de tratamentos médicos, a quem deles necessitar, como forma de promoção da saúde da população.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 393175, julgado em 12/12/2006, pela segunda Turma, registrou tal entendimento sobre a matéria, entendendo que, independentemente da esfera institucional pertencente na República Federativa: ”... o Poder Público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

É sobre esse posicionamento que se passa a analisar nessa parte do trabalho, de modo que serão vistos os diversos fundamentos que justificam a obrigatoriedade do custeio da saúde pública pelo Estado, como forma de obediência aos preceitos constitucionais, sempre que o Judiciário entender necessário a atuação da Administração.

Nesse sentido, se impõe destacar que, o direito à saúde tem, hoje, status de garantia fundamental, ainda que não presente no rol do artigo 5º da Constituição da República, em razão de o §2º, do referido dispositivo, prever expressamente a possibilidade de outros, de modo a abranger direitos estabelecidos em outras partes da Lei Fundamental.

Assim, diante do caráter fundamental, e, por consequência, da aplicação do §1º do artigo 5º, que prevê a aplicação imediata das normas garantidoras de direitos fundamentais, o Estado deve direcionar os esforços máximos na busca pelo acesso à saúde, garantindo a máxima efetividade, independentemente de interposição administrativa ou legislativa.

E justamente o direito à saúde é fundamental porque é escasso, ou seja, é altamente custoso.

O acórdão de número 2009.227.01153, da lavra do Des. Carlos Eduardo Passos, da segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo julgamento ocorrera em 07/04/2009, é expresso no sentido da desnecessidade de interposição legislativa, quando se está a tratar do direito fundamental à saúde.

Ficou consignado que seria prescindível uma interposição legislativa, com fundamento nos artigos 5º, § 1º, 6º e 196, da Constituição da República. Logo, as normas definidoras de direito fundamentais teriam aplicação imediata, de maneira a não se subordinar à alegação de ausência de fonte de custeio.

Nessa linha, o direito à saúde, que tem por pano de fundo a proteção à vida, não pode ser interpretado como mero conteúdo de norma programática ou principiológica, em razão da relevância que tal direito representa em uma sociedade.

O STF, no Re 393175, julgado em 12/12/2006, pela segunda Turma, dispôs sobre o que entende acerca do caráter programático do art. 196 da Constituição da República. Ficou registrado que o fato de uma norma ser rotulada de programática não implicaria em se tornar apenas uma promessa à população, sob pena de serem frustradas justas expectativas.

Ainda, foi ressaltado que o Poder Público não poderia “substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Nesse sentido, tem prevalecido que, no que toca à preservação do direito à saúde da população e, por via reflexa, a própria vida, como garantia primordial inerente à dignidade da pessoa humana, o Estado deve enveredar esforço máximo.

A forte presença estatal, na área relacionada ao direito à vida e à saúde, se justifica porque o referido direito é subjetivo e inalienável, de modo que é consagrado em todas as Cartas internacionais, a provocar uma superação de qualquer restrição estatal de cunho eminentemente político-orçamentário.

Assim é que a negativa de tratamentos, medicamentos, materiais, recomendados por especialistas, sem qualquer prova da desnecessidade no caso concreto, inviabiliza o direito à vida e à saúde.

Registre-se que o atuar da Administração pública deve ficar mais atento, sobretudo, para os casos relacionados às doenças contagiosas. Em tais hipóteses, é imprescindível uma rápida resposta estatal, mesmo que a qualquer custo, sob pena de um contingente populacional ficar ameaçado.

Dessa forma, o posicionamento mais compatível com a Constituição é aquele que não reduz o acesso gratuito a tratamentos médicos, hospitalares e farmacêuticos, como prerrogativa dos hipossuficientes, mas sim, que amplia a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à vida e à saúde.

Nota-se, da leitura da Carta Magna, que o constituinte jamais fez qualquer distinção, no que concerne à obtenção dos serviços de saúde, entre os cidadãos miseráveis e os afortunados. Nesse diapasão, é certo que a Constituição da República confere ao direito à saúde o status de garantia fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, quando instado a se pronunciar sobre o assunto, mantém o posicionamento acerca da imprescindibilidade do fornecimento gratuito de medicamentos, como forma de promoção do direito à vida e à saúde.

Nesse sentido se manifestou no Re 271286, julgado em 12/09/2000, pela segunda Turma, no sentido de que o artigo 196 da Constituição da República assegura o direito público subjetivo, garantido a todas as pessoas, de modo que incumbiria ao Poder Público velá-lo de maneira responsável.

Logo, não se considera que a garantia constitucional à saúde seja apenas um indicador de metas a serem alcançadas pelo Poder Executivo e o Legislativo. Pelo contrário, cabe ao Judiciário tornar realidade tal nobre direito, ainda que se faça necessário impor ao Poder Público uma obrigação de fazer que repercute na esfera orçamentária.

Assim, se está a falar na existência de um dever legal, por parte do Estado, em custear tratamentos médicos, beneficiando àqueles que necessitam de uma proteção estatal, em razão de quadros de saúde debilitada.

Portanto, não cabe uma análise fria e literal do rol constante das listas elaboradas pelo Poder Público, acerca do fornecimento gratuito de medicamentos. É certo que a individualidade e a particularidade de cada caso clínico justificam um tratamento diferenciado, de modo que o tratamento que, muitas vezes, pode ser eficiente para uns, pode ser inútil para outros.

Daí é que as listas, para cumprirem seu papel constitucional, devem funcionar apenas como um norte, um guia, de maneira que não pode servir como argumento de escusa por parte da Administração ao cumprimento do dever maior de promoção da saúde pública, sob pena de se ofender os princípios da isonomia e da razoabilidade.

Registre-se que o pedido de fornecimento de medicamentos não está sujeito ao mérito administrativo, ou seja, ao exame da conveniência e oportunidade acerca dos gastos públicos, mas de certa maneira, de verdadeira forma de observância da legislação pátria.

Costuma-se invocar o princípio da “Reserva do Possível” como fator limitador da responsabilidade estatal. Trata-se de prática antiga, por meio da qual sempre se justifica a omissão do Poder Público na escassez de recursos para atender a todas as demandas. Todavia, quando o assunto se refere à questão da saúde pública, o referido princípio merece ser relativizado.

Dessa forma, deve haver uma convivência harmônica entre o mínimo existencial, entendido como aquilo que é indispensável a uma vida digna, ou seja, a parcela mínima do que cada pessoa precisa para sobreviver, e a “Reserva do Possível”. Todavia, em eventual conflito entre ambos, impõe-se sempre a prevalência daquele, ainda que se procure um custo menor.

Isso decorre do fato de a “Reserva do Possível” não poder servir de escusa para os agentes públicos deixarem de cumprir os comandos imperativos da Constituição da República, sobretudo quando se tratar de eventual supressão de direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentro desse contexto, o acórdão de número 2009.227.01153, da lavra do Des. Carlos Eduardo Passos, da segunda Câmara Cível, cujo julgamento ocorrera em 07/04/2009, dispôs que “Reserva do Possível” não seria obstáculo ao cumprimento de comandos constitucionais, notadamente quando acarretar a supressão de direitos fundamentais, em razão do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana.

É certo que os recursos públicos são finitos. Ocorre que tanto a “Reserva do Possível”, como a reserva parlamentar orçamentária, constituem barreiras a serem ultrapassadas quando se

está a falar sobre direitos sociais básicos, sobretudo o direito à saúde, com vistas a se atingir um mínimo de dignidade, abaixo do qual nenhum ser humano poderá se encontrar.

Nessa linha, sempre que o Poder Judiciário for instado a se manifestar sobre prestações emergenciais, cujo indeferimento comprometeria a própria vida do indivíduo, deve-se reconhecer a existência de um direito subjetivo que merece ser prontamente atendido.

Esse é o entendimento que predomina nos Tribunais, conforme o acórdão de número 2009.227.01354, lavrado pelo Des. Carlos de Mello Tavares, cujo julgamento data de 12/05/2009, décima primeira Câmara Cível, que entendeu que, diante de um direito fundamental consagrado na Constituição, não há que se falar na incidência do Princípio da Reserva do Possível.

Note-se que é injustificável a alegação de insuficiência de recursos, uma vez que a Constituição da República dispõe, no seu artigo 167, acerca da necessidade de previsão orçamentária para despesas extraordinárias. Tal reserva deve ser suficiente para cobrir os gastos que se fizerem necessários, de modo a se promover a saúde pública, cumprindo, portanto, aos mandamentos constitucionais.

Nesse sentido, ficou assentado, no julgado da apelação cível 2009.001.25643, da lavra do Des. Maurício Caldas Lopes, da segunda Câmara Cível, de 20/05/2009, que a “Reserva do possível”: “se insinua mais virtual do que material, como o demonstra o fato de que, em 2008, dos 3,9 bilhões reais destinados à saúde, apenas 276 milhões foram efetivamente investidos (O Globo de 09.01.2009, O País, pág. 3)”.

Ademais, a experiência demonstra que quando há vontade política os recursos aparecem. Na maioria das vezes, o problema reside na escolha de prioridades na aplicação dos recursos ou até mesmo na violação de outras normas, cujo propósito seria exatamente a criação de condições para o avanço. (MACHADO 2008)

Registre-se que, ainda que de fato os recursos fossem insuficientes, a Administração deve estar consciente de que há determinados setores, tais como aqueles que garantem o mínimo existencial à população, que jamais podem ser preteridos. Logo, não há qualquer ilegalidade quando o magistrado enfrenta a questão da inércia da Administração na promoção da saúde pública.

Não é porque os representantes do Poder Executivo e os do Legislativo são eleitos pelo voto popular, enquanto que os magistrados são empossados mediante concurso público, que as políticas públicas traçadas por tais Poderes ficam imunes a uma interferência judicial nos casos em que se mostrasse necessário.

Deve ficar claro, que não se confere um poder absoluto ao Poder Legislativo quanto à elaboração de leis orçamentárias, em razão da necessária sujeição delas à Constituição da República. Por conseqüência, há o controle judicial. MACHADO (2008)

Isso se justifica, sobretudo, quando há ameaça a um dos primados do Estado Democrático de Direito, qual seja, o irrestrito direito à saúde. Dessa forma, o Poder Público não pode, ao argumento de ausência de fonte de custeio, se esquivar de obrigações com sede constitucional, notadamente, quando estiverem em risco o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Para se demonstrar essa situação, há que se fazer uma breve comparação. A Carta Magna veda expressamente a prisão perpétua, a tortura, e também, a pena de morte que é o que interessa no momento. Traçando um paralelo, a insuficiência de recursos, como causa para a escusa da prestação de determinados tratamentos gratuitos, implicaria em uma abominável condenação à pena de morte ao enfermo que necessita da proteção do Estado, de modo a ferir a razoabilidade e o próprio senso de justiça da população. (SARLET 2002)

Não há que se falar em ingerência entre os poderes, nem tampouco em judicialização excessiva, pois, constatando a necessidade, o Judiciário apenas cumpre fielmente o que

determina a Constituição da República. Logo, negar o custeio de tratamento imprescindível afrontaria sobremaneira a Carta Magna, sobretudo pelo fato de a vida e a saúde se tratarem de bens jurídicos tutelados em primeiro plano.

Logo, ao contrário da alegada interferência excessiva do Judiciário, os magistrados procuram apenas assegurar o fiel cumprimento dos comandos constitucionais, como forma de atender àqueles que encontram na Justiça a última “saída” para o contorno da precária condição da saúde pública.

Cabe ressaltar que o excessivo número de demandas judiciais pleiteando o fornecimento gratuito de tratamentos serve para demonstrar que impera o caos na saúde pública brasileira, o que revela que a Administração não vem cumprindo o papel traçado pelo constituinte.

Logo, o magistrado, no caso concreto, não só pode, como deve, atender às necessidades da população, sobretudo daquela parcela que depende de todo o aparato público, dando, assim, eficácia ao preceito constitucional que protege a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, não é o Poder Judiciário quem está fulminando o equilíbrio financeiro. Pelo contrário, verifica-se que o Poder Público não prepara um orçamento capaz de garantir, minimamente, o direito à saúde.

Portanto, impõe-se aos entes federativos a ciência de que as reservas orçamentárias devem ser capazes de suportar as necessidades básicas da população.

A jurisprudência de modo geral tem fixado como solidária a responsabilidade dos entes federativos, com fulcro nos artigos 6º e 196 da Constituição da República, bem como na Lei 8080/90. Objetiva-se ampliar o alcance da garantia ao direito fundamental à saúde.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 195.192, assentou que cabe ao Estado (gênero) propiciar meios com vistas à obtenção da saúde da população, bem como que o Sistema Único de Saúde (SUS) estampa essa responsabilidade linear entre os entes.

No mesmo sentido é que se invoca a Súmula 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para determinar que: “a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela” é conseqüência do disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, e o julgado na apelação cível 2009.001.25643, da lavra do Des. Maurício Caldas Lopes, da segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 20/05/2009, que entendeu que o art. 43, da Lei 8.080/90: “assegura a todos, hipossuficientes ou não, o acesso a cuidados médicos, hospitalares e farmacêuticos gratuitos. A solidariedade resultante do próprio texto constitucional não pode se ver alterada por regra normativa de segunda classe”.

Na mesma linha, invoca-se o julgado na apelação cível 2009.001.00196, da lavra do Des. Lucia Miguel S. Lima, da décima segunda Câmara Cível, de 26/03/2009, que entendeu pela responsabilidade solidária dos entes federativos no que toca à prestação do direito à saúde, com o dever de garantir o acesso gratuito de medicamentos indispensáveis à manutenção da saúde da pessoa humana. Entendeu-se por uma interpretação ampliativa do artigo 196 da Constituição da República.

Ao contrário do que sustenta o entendimento que invoca a “Reserva do Possível” para limitar o dever estatal, não há que se falar em confusão entre as responsabilidades dos entes, ou excesso de gastos por conta do acionamento da defesa de todos eles.

O Estado, como gênero, daí incluindo a União, os estados, o Distrito Federal, e os municípios, é o verdadeiro responsável em garantir uma maior eficácia no restabelecimento da saúde daquele que está em situação debilitada. Tal obrigação solidária resulta do próprio texto constitucional.

CONCLUSÃO

É certo que questões referentes à efetivação de direitos sociais ganharam força com o advento da Constituição da República de 1988. Tal Carta Magna, no que toca ao direito à saúde, trouxe consequências importantes relativas a sua tutela jurisdicional.

Daí é que no presente trabalho foram abordadas questões atinentes à promoção do direito à saúde da população e o problema acerca da escassez de recursos. A problemática reside no fato de que em razão de o referido direito fazer parte da segunda dimensão, ele depende efetivamente de prestações materiais estatais.

Diante da ineficiência das políticas públicas referentes aos direitos fundamentais sociais, verifica-se, hoje, um sensível aumento no número de demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário, por meio das quais objetiva-se a efetividade do direito à saúde, como corolário do direito à vida e, por consequência, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí é que surge a grande controvérsia que reside nos limites da atuação do Poder Judiciário, ou seja, se os magistrados estariam cingidos a deliberar apenas o que estaria previamente autorizado pelo Poder Público (Executivo e Legislativo), ou se estaria, diante das circunstâncias concretas, autorizado a liberar tratamentos, ainda que ao sacrifício da política orçamentária.

O pano de fundo da discussão é, principalmente, a alegada escassez de recursos para a promoção de uma política pública de saúde satisfatória. Por um lado, haverá aqueles que sustentam a aplicação do princípio da “Reserva do Possível”, como fator limitador dos gastos públicos, enquanto que do outro, haverá o entendimento de que o direito à saúde constitui um direito fundamental, como corolário do próprio direito à vida, insuscetível a fatores limitadores.

Buscou-se trazer os diversos posicionamentos trazidos pela mais autorizada doutrina sobre o tema, bem como, os posicionamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ao final, conclui-se pela corrente que não visualiza qualquer impedimento a que o Estado cumpra os comandos constitucionais, no sentido de garantir um mínimo de dignidade à população.

Nesse sentido, ganha especial relevo o papel do Poder Judiciário, pois, em razão da condição de intérpretes e aplicadores das leis, aos magistrados fica incumbida a função de garantir o máximo de efetividade ao Direito brasileiro. Conforme visto, não se admite que a promoção de direitos fundamentais possa ficar ao exclusivo critério dos Poderes Legislativo e Executivo.

Dessa forma, a “Reserva do Possível” ficaria mitigada sempre que se constatasse a necessidade de uma atuação estatal por meio do fornecimento de medicamentos e tratamentos gratuitos. Para tanto, caberá ao Judiciário uma análise minuciosa do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*, v. 15, p. 13-38, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em (<http://www.iuspedia.com.br>). Acesso em 09 maio 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988”, *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, janeiro de 2002. Acesso, em 08/06/2009, ao site www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. “A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível”. Acesso, em 08/06/2009, ao site www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf.