



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Fornecimento Gratuito de Medicamentos pelo Estado e a Racionalização da Prestação
Jurisdicional

Letícia Maria de Magalhães Pereira Natividade

Rio de Janeiro

2010

LETICIA MARIA DE MAGALHÃES PEREIRA NATIVIDADE

O Fornecimento Gratuito de Medicamentos pelo Estado e a Racionalização da Prestação

Jurisdicional

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

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2010

O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO E A RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Letícia Maria de Magalhães Pereira Natividade

Graduada pela Faculdade Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Trata-se de uma reflexão acerca dos provimentos jurisdicionais relacionados à entrega gratuita de medicamentos. Nos últimos tempos, têm-se verificado a necessidade do Judiciário, principalmente, em momentos de cognição sumária, de deferir pedidos relacionados com a entrega de medicamentos, tendo sempre como foco o atendimento a direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam: a saúde e a vida. No entanto, a questão cinge-se em saber qual o limite do provimento dessas tutelas de urgência, visto que o Estado não é capaz de realizar políticas públicas.

Palavras-chave: Medicamentos. Direitos Fundamentais. Atuação do Judiciário. Ações Coletivas

Sumário: Introdução. 2. O Estado e o direito à saúde. 2.1. A saúde como garantia fundamental, o princípio da dignidade e a eficácia constitucional da norma. 2.2. O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. 3. Aspectos relevantes na atuação judicial. 3.1. Ações individuais. 3.1.1. A problemática da realização da política pública pelo Judiciário. 3.1.2. Direito à saúde versus direito à saúde. 3.2. Ações Coletivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O projeto que ora se apresenta tem como objetivo realizar uma reflexão teórica e prática acerca do papel do Poder Judiciário como fio condutor de concessão gratuita de medicamentos pelo Estado.

O presente tema é de grande relevância social, visto que possui como um dos seus pilares a tutela do direito subjetivo fundamental à saúde e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República em seu artigo 196 trouxe, de forma expressa, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. E mais, determina que o Estado deva garantir esse direito 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 a sua promoção, proteção e recuperação.

No entanto, essa não tem sido a realidade encarada no Brasil, seja por impossibilidade de recursos, seja por fatos de má administração dos governantes pátrios.

Assim, o maior propósito deste ensaio é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos.

Com efeito, o Poder Judiciário possui o dever de tutelar os direitos fundamentais, porém não se pode esquecer que lhe é vedado atuar de modo a gerar grave lesão a direito de a mesma natureza de outrem. Isto é, não pode o Judiciário ao fornecer gratuitamente medicamentos a um jurisdicionado lesionar o direito à vida e saúde de outras tantas pessoas.

Uma das intenções deste artigo é comprovar que a ponderação de interesses que se está diante, nesses casos que envolvem fornecimento gratuito de medicamentos, é o direito à saúde de uns indivíduos versus o direito à saúde de outros e não direito à saúde versus reserva do possível, como geralmente é sustentado pela doutrina. TORRES (2004)

Para a realização do presente trabalho será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, aplicando-se o método dedutivo de abordagem. A análise das obras doutrinárias será realizada em conjunto com jurisprudências dos tribunais superiores.

Valer-se-á, ainda, de uma abordagem multidisciplinar do tema, consubstanciada na observância dos aspectos políticos e sociais da saúde, além da sua interferência no que concerne à federação e sua relação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho se dividirá em dois capítulos, abordando-se no primeiro a saúde como garantia constitucional e o fornecimento de medicamentos pelo Estado. No segundo capítulo será feita a análise da atuação do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, tendo como foco os limites dessa atuação, visando à democratização dessa prestação.

2. O ESTADO E O DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988, ao cuidar da ordem social, assegurou a todos os indivíduos o direito à saúde, estipulando o correlato dever jurídico do Estado de prestá-la, consoante dispõe o artigo 196 do mencionado Diploma Constitucional.

No que tange aos direitos sociais, também denominados direitos fundamentais de segunda geração, estes surgiram na medida em que os direitos fundamentais denominados direitos de defesa, - ou de primeira geração, que visavam a não intervenção do Estado e, conseqüentemente, a proteção de uma autonomia individual frente ao seu poder (liberdade e igualdade) -, nem sempre geravam a garantia do seu efetivo gozo.

Em outros termos, o Estado agindo somente como protetor de liberdades de direitos, gerou desigualdades de tamanhas proporções que fez nascer para o Estado a obrigação de fornecer determinadas prestações para garantir o reequilíbrio das relações e a diminuição das desigualdades existentes.

Surgiu, naquela época, a necessidade de o Estado não apenas deixar de intervir na esfera da liberdade individual, mas também propiciar o direito de participar do bem-estar social.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ainda nos dias atuais, caracterizam-se por concederem ao indivíduo direitos à prestações sociais, tais como, v.g., assistência social, saúde, educação, trabalho, desvendando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas SARLET (2009)

Os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais independem da existência de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado, ou seja, são direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que o consagram.

Desse modo, muito embora assegurada fora do rol exemplificativo do artigo 5º da Constituição da República, a saúde é garantia de extrema importância, posto que sua pedra angular é o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que a Constituição Federal de 1988 consagrou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, nos termos do seu artigo 1º, inciso III.

Com efeito, verifica-se, assim, a manifesta existência de um dever jurídico primário do Estado, a ser cumprido pelas três entidades federativas, que é a prestação da saúde pública.

Ressalte-se que o constituinte não se satisfaz com a mera existência deste serviço, na medida em que não basta que ele seja prestado, mas que seja prestado de forma eficiente, o consagrando como um direito público subjetivo. Em outras palavras, pode-se dizer que não se trata de mera norma programática, mas sim de verdadeira norma definidora de direitos, na classificação proposta por BARROSO (2006, p. 95): “normas constitucionais que têm por objetivo fixar os direitos fundamentais dos indivíduos.”.

No tocante à prestação pelo Estado, o princípio da eficiência, incluído no rol dos princípios reitores da Administração Pública pela Emenda Constitucional 19/98, contido no artigo 37 *caput*, é verdadeiro postulado do princípio democrático-republicano. Se o titular do poder é o povo e o Estado organizado é mero gestor da coisa pública, as finalidades a que se destina este ente devem efetivamente ser cumpridas sob pena de fragilizar a própria razão de ser do Estado, que é a promoção do bem-estar social.

Desta forma, o dever jurídico estatal de prestar serviços de saúde pública à população deve ser feito de forma rápida e eficiente.

Prescreve o artigo 196 da Constituição Federal que a saúde é direito e dever do Estado, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Importante ressaltar que o artigo 286 da Carta Política do Estado do Rio de Janeiro estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único de saúde. Ademais, os incisos do artigo supramencionado traçam diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública, dentre as quais estão inseridas: a descentralização político administrativa; o atendimento integral, universal e igualitário, com acesso a todos os níveis dos serviços de saúde da população urbana e rural.

Finalmente, deve-se destacar a Lei Federal n.º 8.080/90, que implantou o Sistema Único de Saúde — SUS — prevê em seu art. 2º ser a saúde um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado proporcionar as condições necessárias e indispensáveis ao seu pleno exercício.

Cabe lembrar que a Lei Federal n.º 9.313/96 confere ao Poder Público o encargo do fornecimento gratuito de medicamentos, cabendo a União distribuir os medicamentos aos Estados e Municípios, e a estes fornecê-los aos pacientes.

Cumprido ressaltar que as expressões atendimento integral, assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, e integralidade de assistência, reforçam, compreendem e indicam a extensão do dever do Estado em fornecer e distribuir aos indivíduos os medicamentos essenciais ao bem maior que o Direito visa tutelar, que é a vida.

2.1. SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DA NORMA

O princípio da dignidade da pessoa humana veio expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Além de abarcar o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República trouxe também a idéia do mínimo existencial ou o piso mínimo normativo, que implica em condições mínimas para uma vida digna, que engloba o sustento físico, como também a participação na vida social de seu Estado de modo que o indivíduo se relacione com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem da sociedade na qual vivem.

Tais condições seriam as expressas no art. 6º da Constituição da República, concernente aos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Em relação à saúde, tida como um direito social, esta se traduz como direito público subjetivo, como condição essencial para uma existência digna.

É de notória importância ressaltar que a proteção à saúde, como visto anteriormente, caracteriza verdadeira garantia fundamental atípica, direito constitucional de segunda geração, eis que impõe ao Estado uma prestação positiva, consistente em um dever de fazer.

Portanto, faz parte do rol dos direitos fundamentais, inerentes ao chamado princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como objetivo garantir uma gama mínima de direitos aos seres humanos.

Nesse sentido, a dignidade é definida por SARLET (2009, p. 78) como sendo a “qualidade intrínseca da pessoa humana, que é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado...”.

Assim, a dignidade nada mais é do que uma qualidade integrante da própria condição humana, logo, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida por toda a sociedade.

Tal vinculação do direito à saúde ao princípio da dignidade da pessoa humana implica diretamente na classificação do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil quanto ao seu efeito, na medida em que esta é uma norma definidora de direito que importa prestações positivas do Estado. BARROSO (2006).

Logo, verifica-se que de um lado se configura o direito subjetivo, a possibilidade de exigir, e de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir, resultando, assim, para os titulares do direito, uma situação jurídica imediatamente desfrutável por prestações positivas ou negativas.

Salienta-se que por se tratar de um dever jurídico, estas prestações são exigíveis do Estado, bem como de qualquer outro destinatário na norma e se não forem entregues

espontaneamente conferirá ao titular do direito a possibilidade de lhes postular o cumprimento, inclusive por meio de uma ação judicial. BARROSO (2006)

Com base nesta premissa, independente do artigo 196 da Carta Magna falar em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas (ou seja, se tratar de uma norma programática), a omissão de tal regulamentação pelo Poder Público poderá ser superada judicialmente, na medida em que a idéia central desse dispositivo é a de direito subjetivo público, entendido como poder de ação em face do Estado.

A dificuldade em caracterizar a eficácia da norma constitucional acima mencionada se deve ao fato de que esta deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir, como por exemplo, os sujeitos passivos, as prioridades, a extensão da saúde assegurada.

Contudo, mesmo as normas *prima facie* programáticas podem ter um núcleo jurídico-positivo, ou seja, embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, essa será a conduta adotada pelo Poder Público. BARCELLOS (2002)

É igualmente digno de registro que a Constituição Pátria promulgada em 1988 rompeu com uma tradição que era mantida nas Constituições Federais anteriores, e, por sua vez, inseriu os direitos fundamentais em sede preliminar, antes mesmo de cuidar da organização do Governo, numa clara demonstração de que se tratava de uma Constituição preocupada antes com o indivíduo do que com o Estado, resgatando, as idéias liberais que remontam à Revolução Francesa e que estavam adormecidas desde o nefasto período ditatorial por nós vivido.

2.2. O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

Em primeiro lugar é importante assinalar que os artigos 196 e 197 da Constituição da República Federativa do Brasil consagram o direito de todos às prestações, positivas ou negativas, necessárias à preservação da vida, sendo tais prestações dever do Estado, sem embargo de limitações orçamentárias (artigos 165 e 167 do mesmo diploma legal).

Isto significa afirmar que limitações orçamentárias e dificuldades da mesma natureza não fornecem pretexto idôneo para negar o direito à vida. Assim, não pode o Estado alegar que é vedada a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, II da CRFB), bem como, da mesma forma, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total (o art. 195, § 5º, da CRFB) para eximir-se de cumprir seu dever imposto constitucionalmente.

Chega-se a conclusão de que tais normas implicam em prestações positivas do Estado, não podendo este se abster do dever jurídico tutelado com fundamento em limites orçamentários ou econômicos, que são aqueles limites que derivam do fato de que certas prestações não de se situar dentro da reserva do possível, das disponibilidades do erário.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao cuidar da ordem social, assegurou a todos os indivíduos o direito a saúde, estipulando o correlato dever jurídico do Estado de prestá-la. Trata-se de verdadeira garantia fundamental, bem como de um direito constitucional de segunda geração, eis que impõe ao Estado uma prestação positiva a ser cumprida com eficiência pelos três centros de competência.

Para o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável, visto que o preceito do artigo 196 da CRFB

assegura aos necessitados o fornecimento dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde. (STF - AGRAG 238.328/RS, 16.11.99, Rel. Min, MARCO AURÉLIO)

Dessa forma, negar o fornecimento de medicamentos em nome dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, perdendo de vista que a Constituição tutela o direito à vida, valor absoluto e universal, e correndo o risco de sacrificá-lo, implica contrariar o direito.

3. ASPECTOS RELEVANTES NA ATUAÇÃO JUDICIAL

O trabalho que ora se apresenta vem afirmar que o constitucionalismo se traduz no respeito aos direitos fundamentais existentes e em muitas das vezes, principalmente em casos de violação a tais direito, cabe ao Judiciário agir.

Nesse caso estar-se-ia diante de verdadeira atuação da Jurisdição Constitucional, conceituada aplicação pelos Tribunais e juízes da Constituição. BARROSO (2006)

Assim, quando se fala em intervenção do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, tais como saúde, a pergunta que surge é: Pode o Judiciário agir de forma a alterar a política pública escolhida pela maioria política eventual, invalidando ou impondo a prática de determinados atos administrativos?

A resposta só pode ser positiva, porém com alguns temperamentos.

Estes temperamentos visam delimitar até onde o Judiciário pode ir para a implementação dos direitos fundamentais. Assim, pode-se dizer que o referido Poder tem como barreira os direitos fundamentais dos demais indivíduos, no presente caso o direito à saúde de outrem, como será demonstrado a seguir. BARROSO (2008)

O que se quer afirmar é que o Judiciário deve sempre agir de modo a implementar ou proteger direito fundamental. Contudo, tem como limite essa atuação quando se depara com direito fundamental de outrem que não é parte na relação jurídica processual que está diante de seu crivo.

Quando se fala da atuação do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito, verifica-se um desempenho da função de interprete da Constituição e das leis, de forma a dar máxima efetividade a estas, em especial a ordem constitucional

Em muitas das vezes, normalmente quando se deparam com os chamados *hard cases*, os juízes fazem o papel de construtores do sentido das normas jurídicas, atuando de forma ponderativa entre valores em choque.

É exatamente nesse ponto que entra a grande questão posta em análise neste ensaio: estar-se diante de conflitos entre direito à saúde de uns administrados versus o direito à saúde de tantos outros e não versus reserva do possível. TORRES (2004)

Na verdade, quando o Poder Judiciário exara uma decisão, pela qual determina que o Executivo entregue determinado medicamento ao demandante, o que na realidade está ocorrendo é o favorecimento de alguém que se encontrava numa posição nem sempre satisfatória na fila para receber determinado remédio, vez que o autor perceberá o medicamento sem observância da ordem de espera, ou seja, preterem-se muitos administrados em detrimento de um. BARROSO (2008)

Pois bem. Se a atuação judicial no fornecimento de medicamento tem fundamento constitucional, igual *status* tem a defesa do ente político, que não fica só atrelado à reserva do possível, mas, também, se vê retirando de alguns administrados o direito à saúde para que se conceda àquele que buscou pelo Poder Judiciário.

Por isso que se afirma que a atuação jurisdicional, nestes casos, tem como limite a preterição de direito fundamental de terceiros.

3.1. AÇÕES INDIVIDUAIS

3.1.1. A PROBLMÁTICA DA POLÍTICA PÚBLICA

Como se sabe, a ação é definida como o poder conferido a alguém de deflagrar a atuação do Estado no exercício do poder jurisdicional, a fim de por solução a um conflito de interesses. MOREIRA (2007)

Portanto, ao falar em exercício de o direito de ação se tem, na maioria das vezes, o exercício desse direito por um jurisdicionado, que visa obter do Estado a palavra final sobre determinado conflito que o envolve.

Nessa esteira, sabe-se que a maioria das ações movida perante o Poder Judiciário é para dar solução à tutela individual.

Levando tal questão para a problemática do fornecimento gratuito de medicamento, é perceptível que as ações com pretensões que visem obter remédios vêm de encontro com políticas públicas.

Tal fato se dá porque a cada exercício orçamentário o Executivo faz o seu planejamento de gastos, inclusive o que pretende gastar com o fornecimento gratuito de medicamentos.

Registre-se que não é a intenção deste trabalho afirmar que tal planejamento, em relação à compra de remédios, fique à total critério do ordenador de despesas, mas, por óbvio, que há uma limitação de empenho, até mesmo em relação a gastos com a saúde.

Assim, a partir do momento que os administrados vão ao Judiciário buscar a concessão gratuita de remédios pelo Estado, gera-se um gasto, a princípio, não-programado, uma vez que quando da elaboração do orçamento a previsão se dá em relação a um montante exato de medicamentos a ser adquirido.

Portanto, *v.g.*, quando um certo indivíduo obtém uma tutela antecipada que lhe garante o fornecimento de remédios, cria-se uma nova despesa, já que o Poder Público será surpreendido por uma decisão judicial que determina a entrega de medicamento pleiteado judicialmente.

O que se está tentando deixar assente é que esse indivíduo que obteve uma tutela liminar satisfativa acaba por conseguir saltar de uma posição talvez não muito privilegiada na fila para obter aquele medicamento para uma nova posição de privilégio, vez que a Fazenda Pública será compelida a lhe fornecer de imediato aquele remédio. BARROSO (2008)

Importante salientar, uma vez mais, que não se pretende defender a tese de que toda e qualquer tutela que vise à satisfação de entrega de medicamentos deve ser abolida, ao contrário. O que se pretende concluir é que tais decisões devem ser tomadas com extrema cautela, uma vez que não está só se combalindo contas públicas, se está na verdade abalando todo um planejamento governamental já realizado, dado o enorme número de ações e tutelas obtidas junto ao Poder Judiciário.

Portanto, o magistrado quando estiver de frente com um pedido de tutela antecipada que objetive a entrega gratuita de medicamento pelo Estado tem que ter a certeza de que está atuando em caso extremo, ou seja, ele deve verificar a existência de um perigo na demora.

Contudo, para que tal verificação se dê de forma concisa e consciente, necessário se faz que o juiz tenha parâmetros para avaliar o caso concreto e constatar a real necessidade em conceder o medicamento pretendido.

E mais, é certo que em muitos casos concretos falta ao magistrado o conhecimento técnico em relação as quais e quando os remédios são realmente vitais para o demandante, cuja falta de entrega imediata poderá colocar em risco a vida do autor da ação.

Como forma de solucionar a citada situação, o atual Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Exmo. Sr. Desembargador Luiz Zveiter, firmou parceria com a Secretaria de Saúde e Defesa Civil, através da qual o Estado passou a contar com um Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), que funciona dentro do Tribunal para ajudar no atendimento de ações ajuizadas pela população para obter medicamentos e tratamentos na rede pública de saúde.

Este núcleo é composto por profissionais da área de saúde (médicos, enfermeiros, nutricionistas e farmacêuticos) e têm como função avaliar os pedidos com base nos documentos e prescrições apresentadas pelas partes envolvidas no processo, para que a decisão tomada pelo magistrado possa se basear em fundamentos técnicos e não no temor de que caso ele não conceda a tutela requerida o autor da demanda possa sofrer conseqüências graves. (<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/478-sesdec-e-tj-ampliam-convenio-que-permitiu-criacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica-no-tribunal>)

São medidas como esta que fazem com que a apreciação de demandas individuais seja menos prejudiciais às políticas pública, posto que elas serão balizadas em fundamento técnico, o que garante ao Judiciário uma cognição melhor desempenhada, posto que evitará o fornecimento gratuito de remédio para pessoas que não precisem de imediato daquela medicação.

Afirme-se, uma vez mais, que não se pretende aqui abolir qualquer forma de fornecimento gratuito de medicamentos, ao contrário, quer-se colocar parâmetros para essas concessões, a fim de que os jurisdicionados que realmente precisem – aqueles que demonstrem realmente a necessidade imperiosa de recebê-los de imediato – possam ter o seu direito tutelado pelo Judiciário de forma célere e que o Executivo disponha de recursos para atendê-lo.

A realidade fática é a de que o Estado não tem recursos necessários para atender à população com o fornecimento gratuito de remédios, o que leva a Fazenda Pública a tomar certas decisões, tal como deixar de investir em certo setor para garantir que possa arcar com a conta do fornecimento de medicamentos.

Assim, uma decisão judicial que não leva esses fatores jurídicos e fáticos em consideração, é proferida em total dissonância da realidade.

Essa linha de raciocínio foi levada em conta quando o STF foi obrigado a se pronunciar sobre o tema, quando deixou de fornecer medicamento que não constasse na lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde (STF, SS nº 3.073/RN).

3.1.2. DIREITO À SAÚDE VERSUS DIREITO À SAÚDE

Outro ponto relevante em relação às demandas individuais é a questão de que ao se deferir certas tutelas para garantir o direito à saúde de uns o Estado acaba por violar o direito à saúde de outros indivíduos.

Isso já ficou rasamente demonstrado no início do presente trabalho. Contudo, pela importância da questão, é digna de novas notas neste momento.

Ao apreciar uma demanda de tutela individual, o Poder Judiciário, por óbvio, só pode trazer justiça àquele caso concreto posto ao seu crivo, visto que a tutela a ser resguardada somente pode atingir às pessoas figurantes daquela relação jurídica processual.

Desta forma, ao Judiciário somente é cabível a atuação de resguardar o direito à saúde do postulante. Contudo, ao assim fazê-lo, acaba por sobrepesar a garantia de tal direito contra o mesmo direito de outros jurisdicionados, posto que ao deferir o fornecimento imediato de medicamentos ao autor da demanda individual, o Judiciário acaba por retirar, indiretamente, tal direito de outro administrado.

E isso se dá em razão de que, quando do planejamento público, a dotação orçamentária é fixada em determinado patamar. Portanto, ao se deparar com um novo dever de prestação (que gera gastos) ao Estado são dadas duas opções: (i) criar uma rubrica orçamentária extraordinária (que como vimos acima, acaba por combalir as contas públicas) ou (ii) retirar de outros administrados que não estão fruindo naquele momento do seu direito (mas que eventualmente irão dele necessitar) para entregar àqueles que obtiveram um sucesso judicial.

E é normalmente essa segunda opção que é a mais utilizada, uma vez que não é possível o Executivo a todo o momento conseguir novos créditos orçamentários.

É este cenário que está diante o magistrado quando julga um caso de fornecimento de medicamentos pelo Estado, direito à saúde de uns versus o direito à saúde de outros e não direito à saúde versus reserva do possível, como muito se vê em escritos. BARROSO (2008)

Nesse contexto que se coloca como imperiosa a necessidade de se dar maior atenção às demandas coletivas, que tem o poder de garantir pouco ou quase nenhum abalo à política pública e não coloca em conflito o direito da saúde dos administrados.

3.2. AÇÕES COLETIVAS

Como ficou assente no presente trabalho, uma das grandes problemáticas no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Judiciário à população é a que se refere ao planejamento político desenvolvido pelo Executivo.

A questão do acesso ao Judiciário somada ao fato de que ao se prover uma tutela individual dificilmente se conseguirá dar à todos o que foi garantido a quem teve acesso à prestação jurisdicional, tem sido o grande fundamento motivador das críticas a esse fornecimento desenfreado de medicamentos.

Novamente, frisa-se que não é pretensão deste artigo advogar a tese da não concessão de medicamentos e tratamento, mas que o fornecimento seja efetuado de forma racional.

No tocante a já citada questão do acesso ao Judiciário, como se sabe, é ainda um percentual muito pequeno da população que conhece os seus direitos, em que pese o grande movimento do início do século XXI tendente a aumentar o acesso ao Judiciário. Desta forma, ainda é predominante o acesso ao Judiciário pelas classes alta e média, que não são as mais necessitadas de receberem gratuitamente medicamentos.

Portanto, além de se intervir na política pública formulada, o Judiciário, ao conceder remédio gratuitamente aos litigantes, acaba por não conseguir atingir a população realmente necessitada desse acesso à saúde diferenciado. Em outros termos, a justiça feita no caso concreto não atinge os fins constitucionais de acabar com as desigualdades sociais.

Ou seja, a tutela individual de direito à saúde, no que se refere o fornecimento gratuito de medicamentos, esbarra em diversos problemas os quais podem ser facilmente

superados quando do manejo de ações que visem tutelar direitos coletivos, certo de que o direito à saúde pode assim ser enquadrado. BARROSO (2008)

As ações coletivas, a serem ajuizadas pelos órgãos legitimados, dão a oportunidade ao Judiciário, quando da análise da lide, verificar de forma ampla a política pública implementada e a partir dessa verificação intervir de forma menos danosa para o planejamento formulado pelos representantes políticos.

Outra grande vantagem do ajuizamento de uma demanda coletiva é a possibilidade de se estender a todos em igual situação a tutela obtida junto ao Judiciário. Assim, garantir-se-ia isonomia e não se coloca em choque o direito à saúde dos jurisdicionados, o que, como ficou demonstrado, ocorre quando do ajuizamento de ações individuais.

O que se tem proposto ao longo desse ensaio é que as discussões acerca do fornecimento gratuito de medicamentos deveriam ocorrer principalmente em ações coletivas ou até mesmo em ações abstratas de constitucionalidade que se discutam a validade das ações políticas. BARROSO (2008)

Tal proposição tem como fundamentos a possibilidade de nas demandas coletivas se poder examinar num contexto amplo as opções políticas – o que não é possível nas ações individuais –, que ao serem analisadas podem acabar por levar a extensão do fornecimento a um número muito maior de jurisdicionados.

E mais, ao invés do Poder Judiciário realizar justiça somente naquele caso concreto dar-se-ia a oportunidade deste órgão concretizar justiça para um número infinito de pessoas, sem que isso acarretasse um conflito entre o direito à saúde daqueles que esperam o recebimento de remédios sem ir ao Judiciário, com aqueles que tem acesso à justiça.

Outra questão, é que, como sabe, as ações coletivas ou abstratas possuem efeitos *erga omnes*, o que garante a preservação da isonomia e da universalidade de atendimento dos direitos sociais, no presente caso, o direito à saúde da população.

4. CONCLUSÃO

Após todo o estudo feito acerca do direito à saúde, especificamente sobre o direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, pode-se concluir que a obtenção de determinado remédio por um jurisdicionado não deve acabar por cercear o direito à saúde de tantos outros administrados.

É certo que compete ao Poder Judiciário a efetivação de direitos fundamentais. Contudo, ao levar a cabo tal efetivação, deve-se ter em mente que se está diante da seguinte ponderação de direitos; saúde de um indivíduo versus saúde de inúmeros tantos. Logo, não há solução fácil para este conflito.

Deve, outrossim, o Judiciário ter como norte o fato de que sua atuação excessiva pode prejudicar em muito o fornecimento adequado e racional de medicamentos à população, pois ao atuar num caso concreto, pode alterar toda uma política pública traçada para o atendimento à saúde da população, o que coloca em risco a continuidade da prestação desse serviço de fornecimento de remédios.

Além disso, a falta, na maioria dos casos, de critério firme acerca real necessidade na prestação daquele remédio ou quando a vida do autor da ação individual está em grande risco – casos de perigo na demora – traz consequências negativas e muito custosas para o Estado.

Assim, deve o magistrado encontrar parâmetros abalizados para a concessão individual de medicamentos em ações individuais, tal como ocorreu com a citada parceria

firmada entre o poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil deste mesmo Estado, que cedeu a todos os juízes de Fazenda Pública profissionais da saúde que irão de imediato proferir manifestação acerca dos casos postos sob análise naqueles órgãos.

Tal medida indiscutivelmente será de enorme valia, visto que racionaliza o fornecimento de medicamentos e evita o deferimento de tutelas de urgência proferidas com base no receio dos magistrados em colocar em risco a vida dos demandantes, evitando, assim, a ocorrência da chamada judicialização excessiva.

Ademais, deve-se ter como principal instrumento de intervenção no caso de direitos sociais, em especial na questão dos medicamentos, o uso de ações coletivas e abstratas de constitucionalidade, que propiciem a oportunidade ao Judiciário analisar a questão das políticas públicas traçadas para este setor público, evitando maiores gastos e melhor tratamento da questão em relação a uma população inteira.

Em outros termos, através da propositura de ações coletivas se garante a possibilidade do Poder Judiciário estender a justiça da sua decisão a uma gama maior de necessitados, atingindo até mesmo àqueles que tem menor acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Parecer s/ n. LRB. Rio de Janeiro:PGE.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos correspondentes e da outras providências. Disponível em: <HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L8080.htm>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 238.328/RS. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, DJU: 18.02.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=238328&base=baseAcordaos>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3.073/RN. Relator Min. Ellen Gracie. DJU: 14.02.2007. Disponível: [http://www.stf.jus.br /portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3073\)% 20E% 20S.PRES.&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br /portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3073)% 20E% 20S.PRES.&base=basePresidencia)

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Constituição Estadual (1989). Constituição do Estado do Rio de Janeiro, RJ: Alerj. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed rev. Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível*. In: António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson Miranda Coutinho (org.), 2004.

Disponível em: [HTTP://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/478-sesdec-e-tj-ampliam-convenio-que-permitiu-criacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica-no-tribunal](http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/478-sesdec-e-tj-ampliam-convenio-que-permitiu-criacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica-no-tribunal))