

A (IN)EFICÁCIA DAS AÇÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVAM MEDICAMENTOS: A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À VIDA

THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE LEGAL SUITS FILED FOR THE SUPPLY OF PRESCRIPTION DRUGS: LIMITS OF THE POSSIBLE AND THE RIGHT TO LIVE

GABRIELA KENES DE OLIVEIRA¹

RESUMO

Este trabalho visa à análise da eficácia das ações judiciais em que se postula o fornecimento de medicamentos. Assim, estuda-se a relevância dos direitos fundamentais processuais, o devido processo legal e suas implicações. Ainda, analisa-se o direito fundamental à duração razoável do processo, bem como a relevância da concessão de tutela antecipada naquelas ações (e os requisitos para o seu deferimento) e a possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível em processos que tratem da questão da saúde, considerando os direitos fundamentais à dignidade humana e à vida. Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método de abordagem dogmática, análise de legislação, doutrina e, também, de jurisprudência.

Palavras-chave: Direitos fundamentais processuais. Saúde. Tutela antecipada. Reserva do possível.

ABSTRACT

This work intends to analyze the effectiveness of the legal suits filed for the supply of prescription drugs. Thus, it is studied the relevance of the fundamental procedural rights, the due process of law and its implications. Still, it is examined the reasonable duration of the procedure, as well as the relevance of the anticipatory relief in those legal suits (and its requirements for granting) and the possibility to apply the principle of the limits of the possible, considering the fundamental rights to human dignity and life. For the

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas/RS.

accomplishment of this work, the dogmatic approach method was used, by the analysis of legislation, doctrine and precedents.

Keywords: Fundamental procedural rights. Health. Anticipatory relief. Limits of the possible.

1. INTRODUÇÃO

Com a importância que tem sido dada aos direitos fundamentais, especialmente, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, ganhou maior destaque a discussão acerca do direito à saúde, sobre as medidas que devem ser adotadas, bem como da abrangência da atuação do Estado, no sentido de garantir à sociedade a *“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”*, conforme artigo 196 da Carta Magna.

Em relação às medidas acima mencionadas, é necessário analisar – tendo em vista que referido artigo menciona o uso de políticas públicas para garantir o direito de acesso à saúde – quando se justifica a judicialização de situações relacionadas à questão sanitária, mais do que isso, por qual razão há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Do ajuizamento da ação, pressupõe-se que o Estado falhou em administrativamente fornecer o atendimento de que o indivíduo necessitava, e, salienta-se, é curial que isso seja comprovado já na petição inicial.²

Iniciada a fase judicial, verifica-se a existência de outros aspectos importantes para a concretização e reconhecimento do direito à saúde, tais como os direitos fundamentais processuais, dentre os quais se destaca o direito fundamental à duração razoável do processo.

Referida prerrogativa fundamental, cuja importância se justifica porquanto a saúde quase sempre trata de uma questão de urgência, também se relaciona com a possibilidade do deferimento de antecipação de tutela nas ações que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, uma vez que essa é uma forma de acelerar a prestação jurisdicional.

² Entretanto há divergências em relação ao tema, em face do previsto no art. 5º, XXXV, CF, conforme se depreende do julgamento da apelação cível nº 70052545225, no sentido de que “1. Não há falar em inépcia da peça inicial, uma vez que instruída com os documentos necessários para a comprovação de necessidade da parte autora de receber os medicamentos postulados. 2. Não é imprescindível ao ajuizamento da demanda o prévio indeferimento administrativo, na medida em que o artigo 5º, XXXV, da CF, prescreve que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível nº 70052545225. Apelante: Município de Igrejinha e Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: MARJORIE VITÓRIA S. B. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013).

Por fim, o presente artigo visa, outrossim, a discorrer acerca do princípio da reserva do possível e suas implicações no âmbito do direito à saúde, bem como de outras questões relacionadas à eventual limitação de referido direito fundamental.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

A fruição dos direitos fundamentais depende, necessariamente, de que o indivíduo disponha de todos os meios para buscar a garantia dessas prerrogativas. Assim, é preciso que a sociedade tenha fácil acesso ao Poder Judiciário, cuja atuação visa a evitar que lesões a direitos individuais e coletivos se perpetuem. O acesso ao Poder Judiciário é uma das bases do Estado de Direito, tendo em conta que a existência de leis sequer faria sentido se não houvesse um órgão responsável pelo controle do seu cumprimento, fato que evidencia a separação de poderes, de forma que o Poder Legislativo não pode, por meio da lei, controlar a atuação do Poder Judiciário.³

Depreende-se, então, que a efetivação dos direitos fundamentais está relacionada, também, à atuação do Poder Judiciário, haja vista que a garantia destes, muitas vezes, depende da concessão de medidas processuais.⁴

Isso porque a própria Constituição da República – além de reconhecer expressamente diversos direitos relacionados à proteção judicial –, em seu artigo 5º, XXXV, conferiu ao Poder Judiciário a obrigação de apreciar qualquer ação que vise à proteção dos direitos fundamentais.⁵

Quanto ao fornecimento de medicamentos – que, com frequência, depende da concessão de medida judicial⁶ –, constata-se necessário tratar acerca dos direitos fundamentais processuais⁷, indispensáveis para a concretização do direito fundamental à saúde.

³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 730.

⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 176.

⁵ *Ibid.*, p. 176.

⁶ A frequente judicialização dessas demandas se deve ao fato de que os medicamentos prescritos pelos profissionais da saúde constantemente diferem daqueles previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual lista os fármacos utilizados para combater as enfermidades que comumente atingem a população. Todos os princípios ativos mencionados em referido documento estão registrados junto à Anvisa; além disso, a eficácia terapêutica de todas as fórmulas lá listadas possuem comprovação por evidências clínicas.

⁷ Acerca da proteção judicial decorrente dos direitos fundamentais processuais, salienta-se que: “[...] ao lado dessa expressa garantia geral, o texto constitucional consagra as garantias especiais do habeas corpus, do mandado de segurança, do habeas data e do mandado de injunção, como instrumentos destinados à defesa da liberdade de ir e vir (habeas corpus), das liberdades públicas em geral em face do Poder Público (mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa

Os direitos fundamentais de caráter processual são um meio de garantia de acesso às demais prerrogativas fundamentais, bem como são elementares para a concretização do Estado Democrático de Direito, pois auxiliam na limitação do poder do Estado, assegurando a ordem constitucional.⁸

Em face disso, observa-se que a aplicação dos direitos fundamentais processuais está ligada ao princípio da dignidade humana, cujo objetivo é impedir que o indivíduo torne-se um mero objeto à mercê da vontade do Estado⁹. Sobre tal relação, refere-se que as garantias processuais atinentes ao processo alicerçam-se em referido axioma, de modo que entender a ação como um fim em si mesmo e o indivíduo como um objeto daquela fere não apenas os direitos fundamentais processuais, mas também o princípio da dignidade humana.¹⁰

Assegurado o acesso do indivíduo às vias judiciais, necessário é que lhe seja garantido o direito fundamental ao processo justo¹¹ – previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição da República – o qual consiste em um princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional, tendo em vista que constitui um padrão mínimo de atuação processual não só do Estado, mas também dos particulares, sendo sua observância imprescindível para que se obtenha uma decisão justa.¹²

Entende-se por processo justo aquele em que há a tutela jurisdicional adequada dos direitos¹³, no qual é assegurado a parte o acesso a todos os artifícios jurídicos existentes. É, em suma, o direito ao contraditório, de modo a requerer que as partes se enfrentem em condições iguais; o resultado da soma dos demais direitos fundamentais processuais¹⁴, não

(mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (habeas data).” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 438).

⁸ Ibid., p. 434.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 436.

¹¹ Sobre o direito ao processo justo, assinala-se que: “Embora de inspiração estadunidense notória, sendo nítida a sua ligação com a V e a XIV Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, certo é que se trata de norma presente hoje nas principais constituições ocidentais, consagrada igualmente no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, arts. 8º e 10), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950, art. 6º), no Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos (1966, art. 14) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969, art. 8º). O direito ao *fair trial*, não por acaso, constitui a maior contribuição do *Common Law* para a civilidade do direito e hoje certamente representa o novo *ius commune* em matéria processual.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 615).

¹² Ibid., p. 616.

¹³ Ibid., p. 618 e 620.

¹⁴ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, seriam os demais direitos fundamentais processuais os seguintes: direito à colaboração no processo, direito à tutela adequada e efetiva, direito à igualdade e à paridade de armas, direito ao juiz e ao promotor naturais, direito ao contraditório, direito à ampla defesa, direito à prova, direito à publicidade, direito à motivação das decisões, direito à segurança jurídica no processo, direito à assistência jurídica integral e direito à duração razoável do processo.

sendo possível se falar em processo justo sem que o indivíduo tenha asseguradas todas essas prerrogativas.

A garantia dos direitos fundamentais processuais proporcionará ao indivíduo o acesso à medida judicial de que necessita, a qual, por sua vez, implicará a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito à saúde.

Quanto aos direitos fundamentais processuais, propriamente ditos, há que se falar acerca do direito fundamental à duração razoável do processo, possivelmente uma das mais importantes entre essas prerrogativas, dado que o tempo de duração da lide tem influência direta na qualidade de vida e dignidade da parte, principalmente nas ações relacionadas à saúde, as quais, na sua grande maioria, demandam resposta tempestiva (e eficaz) do Poder Judiciário.

Em face disso, por sua extrema importância para a garantia do direito à saúde, merece o direito fundamental à duração razoável do processo enfrentamento cuidadoso, que segue.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O acesso à justiça não se concretiza apenas com o recebimento da petição inicial, que pode ser considerado o ato que dá início à prestação jurisdicional. Após essa fase inicial, o indivíduo espera por uma resposta (prestação estatal) tempestiva e eficiente, a qual poderá efetivamente garantir o direito que se busca, concretizando, assim, o acesso à justiça.¹⁵

Tal afirmação demonstra a relevância do direito fundamental à duração razoável do processo¹⁶ – previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no texto da Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 –, tendo em vista que, caso o processo judicial perdure por lapso indeterminado, prejudicar-se-á a preservação da dignidade humana – pois o indivíduo se tornaria um objeto do processo –, bem como a ideia da efetiva custódia judicial.¹⁷

¹⁵ MARTINATO, Roberto; KEMPFER, Marlene. Efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista de Direito Público**. Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 2, 2006, p. 56. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11567/10262>> Acesso em 24 de setembro de 2013.

¹⁶ “Trata-se de direito que reflete o *sentimento comum* das pessoas no sentido de que *justiça lenta é justiça negada* (sonoramente recolhido na expressão *justice delayed is justice denied* da tradição anglo-saxônica). O direito ao processo com duração razoável, portanto, constitui peça fundamental para promover e manter a confiança social na efetividade da ordem jurídica.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 677).

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 444.

Posto que o reconhecimento da duração razoável do processo como direito fundamental, no Brasil, tenha se dado recentemente, não é possível afirmar que se trata de um instituto novo. Isso se justifica porque a referida prerrogativa já havia sido reconhecida pela Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁸ e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹ (Pacto de São José da Costa Rica), devidamente ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, passando a ter validade no ordenamento interno a partir do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

O processo de reconhecimento acima referido se deu ante o congestionamento processual existente no Brasil; ao longo do tempo, mostrou-se necessário que a duração razoável do processo fosse reconhecida como um direito fundamental.²⁰

Todavia a aplicação do direito fundamental em comento verifica-se, na prática, muito difícil. Isso porque afirmar qual seria o prazo razoável de duração de um determinado processo é tarefa extremamente complexa, até por conta da observância dos outros direitos fundamentais processuais. Sendo assim, difícil conceituar o termo “prazo razoável”, considerando que a própria concepção do que seria tempo justo pode variar entre os indivíduos. O conceito de duração razoável é, então, amplo e mutável, portanto parece mais lógico e efetivo que o caso concreto deva ser analisado considerando-se suas particularidades.²¹

O direito fundamental à duração razoável do processo compele o Estado a agir de uma determinada maneira, impondo um “estado de coisas” que por ele deve ser promovido.²²

¹⁸ Artigo 6.º - Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo. Quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: < <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html> > Acesso em: 24 set. 2013).

¹⁹ Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, de 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 24 set. 2013).

²⁰ FROTA NETO, José Olavo de Rodrigues. O princípio da razoável duração do processo como direito fundamental. **Themis: Revista da ESMEC**. Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 177, jan./jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25017>>. Acesso em: 24 set. 2013.

²¹ *Ibid.*, p. 177-179.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 678.

Nesse panorama, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero referem que as medidas a serem adotadas com o intuito de garantir o cumprimento do conteúdo mínimo do direito à duração razoável do processo consistem em determinar

[...] (i) ao *legislador*, a adoção de *técnicas processuais* que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda no curso do processo), a edição de legislação que reprima o *comportamento inadequado das partes* em juízo (litigância de má-fé e *contempt of court*) e regulamente minimamente a *responsabilidade civil* do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao *administrador judiciário*, a adoção de *técnicas gerenciais* capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como *organizar* os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao *juiz*, a *condução do processo* de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável.²³

Embora sejam evidentes as dificuldades que envolvem a efetivação do direito à duração razoável do processo, também é evidente a necessidade e o anseio da sociedade de poder contar com uma prestação jurisdicional verdadeiramente eficiente.

Contudo, ainda que a expressão duração razoável remeta à ideia de celeridade e rapidez, é preciso salientar que não se trata de expressões sinônimas, considerando que a adequada análise processual demanda tempo, não podendo estar o processo relacionado à ideia de instantaneidade.

A temporalidade relacionada ao desenvolvimento do processo se origina no fato de que as partes têm o direito de nele se manifestarem de maneira adequada. O direito ao contraditório e as demais prerrogativas atinentes ao processo justo demonstram que o direito à duração razoável do processo não implica simplesmente a ideia de presteza. Destarte, verifica-se que o direito fundamental à duração razoável do processo visa a evitar que haja desproporcionalidade entre a duração da ação e a complexidade da discussão nela contida.²⁴

À vista disso, significativo o termo “processo sem dilações indevidas”, adotado pela Constituição espanhola, na segunda parte de seu artigo 24. Por essa perspectiva, a garantia de um processo justo requer que seu desdobramento se dê em um intervalo de tempo justo.²⁵

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 678.

²⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, loc. cit.

²⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, loc. cit.

No caso das ações de medicamentos, a duração razoável do processo está diretamente relacionada não apenas com a garantia do direito à dignidade, mas também do direito à saúde e à vida, porquanto a demora no fornecimento daqueles pode acarretar danos graves, talvez irreversíveis, ao indivíduo. Dessa forma, ainda que com dificuldade, tanto o legislador quanto o Poder Judiciário devem esforçar-se em promover medidas que garantam a tempestividade da resposta judicial dada à sociedade.

A garantia constitucional da celeridade processual, de certo modo, reforça a tese de que, a fim de ao menos reduzir a atual lentidão do sistema judiciário brasileiro, algum tipo de mudança é necessária. Nessa perspectiva, o direito à duração razoável do processo, ainda que não seja a almejada solução para o problema enfrentado, ameniza-o, ao impor ao Poder Público o dever de que a prestação jurisdicional se dê em um lapso ao menos razoável.²⁶

Apesar dos obstáculos à materialização do direito fundamental à duração razoável do processo, apenas o fato de sua positivação no texto constitucional pode ser considerado uma grande vitória para a sociedade e para a garantia dos demais direitos fundamentais.

A relevância dessa prerrogativa se verifica, por exemplo, nas ações civis públicas ajuizadas visando à concessão de medicamentos a crianças e adolescentes – os quais demandam extrema prioridade e atenção, tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Judiciário –, nas quais a celeridade processual, que está atrelada à ideia de uma resposta não apenas rápida, mas também de qualidade e eficaz, é imperiosa.

Essa necessidade de especial atenção deve servir de estímulo, neste caso não só ao Poder Judiciário, mas também ao Ministério Público, responsável pelo ajuizamento da ação, para que ambos atuem juntos promovendo medidas que garantam essa desejada (e imprescindível) celeridade processual.

Em vista dos argumentos apresentados neste tópico, restou clara a importância do direito fundamental à duração razoável do processo – neste caso, especificamente - no que tange às ações de medicamentos.

Considerando que a tutela do direito, em regra, é concedida ao indivíduo com a sentença de procedência do pedido, outra temática merece destaque: a concessão de antecipação de tutela. As etapas processuais demandam tempo, contudo a espera, muitas vezes, é prejudicial àquele que pleiteia a tutela jurisdicional. Dessa forma, havendo receio de dano irreparável ou de difícil reparação e, tendo o autor da ação condições de demonstrar a

²⁶ MARTINATO, Roberto; KEMPFER, Marlene. Efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista de Direito Público**. Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 2, 2006. p. 62. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11567/10262>> Acesso em: 24 set. 2013.

probabilidade do direito que postula e afirma possuir, justifica-se que o alcance da tutela pretendida seja antecipado.²⁷

Dessarte, necessária uma análise um pouco mais aprofundada desta medida, ante sua inegável importância para a garantia do direito fundamental à saúde.

4. A TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES QUE TRATAM ACERCA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O processo judicial é uma forma de resolver questões que envolvem o cotidiano do homem, quando este não puder fazê-lo por conta própria, atuando o Poder Judiciário como gerenciador desses conflitos. Dessa forma, a solução para os problemas enfrentados pelos indivíduos estaria, nesses casos, relacionada ao pronunciamento final do Poder Judiciário, a sentença²⁸.

Todavia, determinadas situações exigem solução mais célere, ocasiões em que, em virtude da gravidade e da urgência na busca do direito, se justifica a postergação da formalidade em prol da disponibilização do direito tutelado. Verifica-se, assim, a necessidade de que seja deferida uma tutela de urgência, a qual privilegia a proteção do direito material ameaçado, antecipando decisões, tornando o processo mais ágil. Isso, no entanto, não justifica a dispensa da formalidade, tampouco da apreciação de provas, ainda que a análise mais profunda acerca da real existência do direito requerido ocorra na decisão de mérito.²⁹

Em se tratando das ações que envolvam o direito à saúde, o (longo) trajeto a ser percorrido pelo autor da ação até que o direito tutelado lhe seja concedido acaba se tornando um castigo – que poderá lhe causar danos graves e possivelmente irreversíveis –, ao passo que o réu, na maioria das vezes o Estado, é contemplado com a possibilidade de protelar o seu dever de fazer.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 142.

²⁸ Neste caso, refere-se à sentença definitiva, de mérito, também chamada de sentença em sentido estrito, a qual “[...] exaure a instância ou o primeiro grau de jurisdição através da definição do juízo, isto é, a que dá solução ao litígio posto *sub iudice*, fazendo-o mediante acolhimento ou rejeição (total ou parcial do pedido formulado pelo autor).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 538).

²⁹ SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica** (De acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 128.

A longa espera pelo deferimento da tutela premia o Poder Público, inadimplente, considerando a falha em sua atuação, uma vez que o ajuizamento da ação pressupõe que o direito tutelado não foi garantido ao indivíduo pelas vias administrativas.

Dessa forma, justifica-se que o cidadão tenha os efeitos da tutela deferidos antecipadamente, conforme o texto do artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro. A antecipação de tutela se caracteriza pela concessão provisória ao autor da ação (ou ao réu, no caso das ações dúplices) do acesso ao direito reivindicado; trata-se de um direito processual, o qual, quando cumpridos os requisitos definidos pela lei, pode ser pleiteado pela parte.³⁰ À vista disso, ocorre, pois, uma execução provisória, que reflete aquilo que, provavelmente, será decidido na sentença.³¹

Neste ponto, importante mencionar que atualmente o Código de Processo Civil brasileiro encontra-se na iminência de reforma – ante a perspectiva de aprovação de um novo código, em conformidade com o Projeto de Lei nº 166/2010 – a qual pretende simplificar os procedimentos processuais, resultando, assim, na diminuição do tempo da lide.³²

Referido Projeto de Lei, no Título IV do Livro I, trata acerca da técnica da antecipação de tutela – expressão que, diga-se, já foi consagrada no ordenamento jurídico brasileiro – propondo uma mudança terminológica ao utilizar apenas os termos tutela de urgência e tutela de evidência. Da análise do novo texto, verifica-se que o que se propõe, tendo em vista que as principais características da medida foram mantidas, é uma nova sistematização do tema.³³

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 680.

³¹ *Ibid.* p. 681.

³² Acerca dessa chamada “onda reformista”, Fernando Rubin refere que “Na grande e eterna tensão entre Segurança e Efetividade, ao que parece formou-se a convicção de que o CPC/1973 tinha um sistema processual bem acabado/articulado, mas demasiadamente burocrático (com as suas estanques fases de conhecimento, execução e cautelares) – e que, por isso, não atingia em boa parte dos casos os seus propósitos derradeiros, em tempo útil”. De acordo com o autor, referido pensamento foi confirmado pela inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, o qual trata do direito fundamental à duração razoável do processo. Contudo também faz uma crítica ao movimento reformista, que, segundo ele, “ultrapassando certos limites, se joga desenfreadamente à busca da efetividade, trazendo prejuízos sensíveis, e indevidos, à segurança jurídica – entendida com maior certeza do direito a ser reconhecido judicialmente”. (RUBIN, Fernando. **Fragments de processo civil moderno de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 35).

³³ A respeito do tema, pontua-se que “O regime jurídico comum da tutela antecipada, seja ela cautelar ou satisfativa, é um dos pontos altos do projeto, pois evita discussões doutrinárias desnecessárias, inclusive quanto à fungibilidade entre as tutelas satisfativa e cautelar concedidas provisoriamente. Ficam mantidas as regras propostas, agora colocadas mais bem organizadas”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046/10**. Parecer do relator deputado federal Paulo Teixeira. Brasília, DF, 8 maio 2013, 1242 f. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/prop-osicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>> Acesso em: 08 nov. 2013).

A concessão da medida em análise, por antecipar os efeitos da sentença de mérito, está condicionada à identificação de alguns requisitos. São eles a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o *periculum in mora*.³⁴

Para ser considerada inequívoca, a prova deverá ser robusta, cabal, capaz de dar ao juiz a maior certeza possível sobre a existência ou não de um fato, bem como de seus efeitos jurídicos. Embora a prova documental pareça, num primeiro momento, ser a que melhor cumpre essa finalidade, não está a prova inequívoca limitada àquela. Em verdade, o que importa é que o adjetivo “inequívoca” traga segurança suficiente para levar o juiz ao entendimento de que o alegado é verossímil.³⁵

Por conseguinte, a prova inequívoca possui um valor subjetivo, ante o fato de que quem a qualifica como inequívoca é o juiz; é visivelmente inepta para declarar um direito, destarte, tendo em vista o momento processual em que é feita a sua análise, representa uma expectativa de existência do direito pleiteado.³⁶

A verossimilhança da alegação, por sua vez, é uma verdade possível, relacionada à convicção do juiz, contudo não pode ser considerada uma certeza. Baseia-se na chamada cognição vertical sumária³⁷ e se fundamenta nas conclusões a que o juiz irá chegar com a análise das provas inicialmente apresentadas, podendo ser considerada parte do caminho percorrido até o julgamento final da lide, de cognição exauriente. Assim, na convicção de verossimilhança, o magistrado conclui apenas que há a possibilidade de que a tutela seja deferida; desse modo, no decorrer do processo, com o aprofundamento da análise das provas, poderá o juiz entender que a tutela de direito, cujo deferimento outrora havia sido considerado provável, talvez não deva ser concedida.³⁸

A verossimilhança, então, é mais robusta do que o *fumus boni iuris*, contudo não é indiscutível; se assim o fosse, a ação seria julgada antecipadamente, que não é o caso da

³⁴ São esses os três elementos considerados na técnica da antecipação. Nessa perspectiva e, em relação ao fornecimento de medicamentos refere-se a decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 70055946966, pela 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual conceitua cada um dos requisitos à concessão da antecipação de tutela, bem como reitera a necessidade de que os três estejam evidenciados no texto. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo de instrumento nº 70055946966. Agravante: Município de Passo Fundo. Agravada: Eliana Aparecida Mendes. Interessado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Francisco José Moesch. Porto Alegre, 25 de setembro de 2013).

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4:** tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

³⁶ SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde:** a aplicabilidade da teoria sistêmica (De acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 145 e 147.

³⁷ A cognição vertical trata da profundidade da análise da prova e pode ser: exauriente, quando há muitas provas e uma análise profunda delas; e sumária – caso da verossimilhança –, quando existem poucas provas e sua análise não é tão profunda.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

antecipação de tutela, embora, ao entender verossímil o direito postulado pelo autor da ação, o magistrado admita a possibilidade de que, quando da análise do mérito da ação, esta seja julgada procedente.³⁹

Nesse raciocínio, conclui-se que a verossimilhança da alegação pode ser considerada a indicação da possibilidade mínima de existência dos fatos narrados pelo autor da ação, estando o seu deferimento vinculado à livre apreciação do Juiz⁴⁰, porquanto um fato considerado verossímil para um determinado magistrado pode não o ser para outro.

Além dos requisitos já analisados, os quais são genéricos e possuem natureza probatória⁴¹, o deferimento da antecipação de tutela ainda está condicionado ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, o *periculum in mora*, que se caracteriza pelo temor de que a demora na prestação da tutela judicial torne-a ineficaz, caso se consuma a lesão, independentemente da decisão eventualmente proferida (ainda que a ação seja julgada procedente).⁴²

O conceito referido demonstra claramente a relação entre a concessão da tutela antecipada e as ações relacionadas ao direito à saúde, tendo em vista que, no caso do fornecimento de medicamentos, por exemplo, não tendo o indivíduo acesso ao tratamento de que necessita, é impossível que seu direito seja restaurado futuramente, uma vez que os danos suportados são irreversíveis.

O *periculum in mora* deve ser considerado uma forma de evitar a perpetuação de lesão à direito ou como forma de tornar o direito imune à ameaça, por meio da prestação, ou, melhor dizendo, da antecipação da tutela jurisdicional. Nessas situações, a prática de atos que visem a assegurar o resultado final do processo não seria suficiente.⁴³

Destaca-se, ainda, que, para a concessão de antecipação de tutela, o dano deverá ser irreparável *ou* de difícil reparação; dessa forma, ainda que se verifique possível reparar os danos causados ao autor, basta que a reparação seja difícil para que se justifique o deferimento da tutela antecipada.⁴⁴

³⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27.

⁴⁰ SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica** (De acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 146.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 686

⁴² SCHWARTZ.; GLOECKNER, op. cit., p. 147.

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

Frisa-se, também, que o *periculum in mora* não pode ser confundido com o perigo de dano – requisito para concessão de tutela cautelar –, como se as duas expressões possuíssem o mesmo significado, ainda que o perigo de dano acarrete situação de urgência. Isso porque, do perigo de dano, advém o risco na demora da ação, havendo, então, uma relação de causa e consequência entre as duas situações.⁴⁵

Posto que os demais pressupostos da antecipação de tutela sejam considerados genéricos, não muito rígidos, o mesmo não ocorre com o *periculum in mora*, importando salientar que esse requisito vai além do sentimento de incômodo com a lentidão na tramitação do processo, de certo modo inevitável em nosso sistema processual, em face do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, o receio fundado deve prover de elementos sólidos, capazes de justificar o juízo de verossimilhança, ou de comprovar a séria possibilidade de ocorrência de dano grave, sendo vital que se evidencie que a garantia do direito ao autor da ação restará comprometida em caso de consumação da lesão.⁴⁶

Há, outrossim, a possibilidade de que a tutela seja liminarmente antecipada, podendo ser deferida antes e sem depender da citação do réu, caso em que o contraditório e ampla defesa deverão ser postergados, cedendo espaço aos princípios da economia e eficiência processuais e da efetividade do processo.⁴⁷

No caso das ações que visam ao fornecimento de medicamentos, tendo em vista que cabe ao Estado, *lato sensu*, a responsabilidade de disponibilizar condições de acesso à saúde aos cidadãos, será a Fazenda Pública legitimada a figurar no polo passivo dessas ações, nas quais a tutela antecipada será efetivada.

Ponto também relevante a respeito desse tema está relacionado à impossibilidade de deferimento da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, em razão da necessidade de reexame necessário, conforme artigo 475, II, do Código de Processo Civil Brasileiro. Ocorre que apenas as sentenças submetem-se ao reexame necessário, logo desnecessário que uma decisão interlocutória de antecipação seja reexaminada.⁴⁸

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 687.

⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

⁴⁸ Conforme argumenta Leonardo José Carneiro da Cunha: “A exigência de reexame necessário alcança *apenas* as sentenças, não atingindo as decisões interlocutórias proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, não se sujeitam ao reexame necessário as decisões interlocutórias proferidas contra a Fazenda Pública. Muito se discute sobre a submissão da decisão concessiva da tutela antecipada ao reexame necessário, quando contrária à Fazenda Pública, eis que satisfativa e antecipatória do mérito. A melhor solução é a que

Ainda, há argumentos em desfavor da antecipação de tutela em razão da redução do prazo para recurso, da necessidade de que seja expedido precatório, bem como em função do teor do artigo 100 da Constituição Federal, o qual determina que a execução da Fazenda Pública está vinculada à prolação de sentença judiciária. Todavia isso não se aplica às questões relacionadas à saúde, considerando que a questão precatorial não possui relevância no que tange ao direito fundamental à saúde. Outrossim, o processo realmente eficaz deve beneficiar aquele que de fato necessita da prestação jurisdicional, que, por óbvio, será o indivíduo que busca o acesso à saúde, de modo que a discussão em torno do prazo para interposição de recurso não prospera.⁴⁹

Outra questão importante relacionada à antecipação de tutela é a reversibilidade da medida deferida, prevista no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, tendo em vista o caráter provisório da medida. Referida reversibilidade não está vinculada ao provimento do pedido em si, o qual pode ser revogado a qualquer tempo, sendo, portanto, reversível, mas sim aos efeitos do provimento da tutela antecipada. Caso a revogação da medida cause prejuízo ao réu, a situação fática anterior poderá ser reconstituída pela prestação de “perdas e danos”, fato que, todavia, considerando que praticamente todos os tipos de danos encontram alguma forma de compensação, ainda que imperfeita, não desconstitui a irreversibilidade.⁵⁰

Em se tratando do direito à saúde, é preciso salientar que as questões sanitárias são, na grande maioria das vezes, irreversíveis, gerando uma situação de conflito entre o *periculum in mora* e a sua irreversibilidade. Diante desse contexto, depreende-se que a ideal solução para o problema é que o julgador, vislumbrando a possibilidade de improcedência do pedido, exija provas mais robustas do que as determinadas em lei, para, então, deferir a medida. Evidente, contudo, que, em se tratando do acesso à saúde – cujo alcance é dever do Estado – o provimento da tutela antecipada parece ser a decisão mais lógica e adequada, tendo em vista que, neste caso, a irreversibilidade (frente ao direito à vida) é o menor dos males.⁵¹

No caso do fornecimento de medicamentos – do qual depende não só o direito fundamental à saúde, mas também à vida – vislumbra-se, ainda, a existência de irreversibilidade recíproca, no sentido de que a denegação da medida causará dano maior e

aponta para a não sujeição de tal decisão ao duplo grau obrigatório, porquanto não se trata de sentença.”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2008. p. 194).

⁴⁹ SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica** (De acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 157.

⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 81.

⁵¹ SCHWARTZ; GLOECKNER, op. cit. p. 157.

irreversível ao autor do que beneficiará o réu, podendo ser responsável pelo perecimento do direito.⁵²

Nessas situações, caberá ao juiz analisar a proporcionalidade entre os possíveis danos (ao autor e ao réu). Apesar disso, é evidente que a saúde do indivíduo e a preservação de sua vida e, principalmente, as consequências que a falta de proteção poderão lhe causar, em regra, superam os danos possivelmente causados à Fazenda Pública.

5. A VISÃO DO PODER PÚBLICO: A DOCTRINA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA CRÍTICA

Há, atualmente, crescente judicialização das discussões relacionadas à questão da saúde, especialmente daquelas referentes ao fornecimento de medicamentos. Situações cada vez mais incomuns chegam ao Poder Judiciário, demandando ações mais arrojadas não apenas dos magistrados, mas também do Poder Público e dos legisladores.

Devido ao aumento do número de ações judiciais envolvendo a tutela do direito à saúde, considerando sua condição de direito de prestação material pelo Estado, tornou-se relevante analisar a questão da escassez de recursos do Poder Público para prover aos indivíduos o acesso ao direito referido, bem como aos demais direitos fundamentais que, a exemplo da saúde, são direitos (sociais) a prestações materiais.

Assim, partindo da premissa de que o Estado não teria condições de prover integralmente, ao menos não da forma como requerida pelos indivíduos, todos os direitos fundamentais, previstos no texto constitucional, imperioso analisar o princípio da reserva do possível.⁵³ De acordo com referido axioma, também chamado de reserva orçamentária, para cada situação que ensejar uma prestação estatal positiva, haverá ou não a possibilidade material para o seu alcance ao indivíduo, de modo que as prestações materiais somente serão possíveis na medida em que razoáveis em face das limitações orçamentárias do Poder Público.⁵⁴

Nessa perspectiva, os direitos sociais a prestações materiais estariam vinculados aos recursos financeiros do Estado, considerando que a sua fruição estaria relacionada ao uso de

⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 88.

⁵³ Referido princípio “tem origem sobretudo nas formulações de dois juristas alemães, propostas no início dos anos 1970 e depois acolhidas pela jurisprudência constitucional daquele país”. (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131).

⁵⁴ COSTA; Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo: IOB, v. 5, n. 54, jun. 2010. p. 23.

verbas públicas. Tal consideração faz refletir, também, acerca da existência de um mínimo existencial⁵⁵, acima da reserva do possível, capaz de garantir a dignidade da vida humana.

Contudo impende frisar que as condições que caracterizam a existência digna não abrangem apenas o necessário à subsistência corpórea mínima; a dignidade abarca tudo o que possa ser considerado indispensável à vida humana, devendo atentar, então, ao fato de que cada indivíduo é titular de direitos constitucionalmente previstos.⁵⁶

De acordo com esse entendimento, a fim de que as garantias fundamentais dos indivíduos não sejam prejudicadas, é preciso que a reserva do possível seja aplicada com cautela, considerando suas dimensões e critérios, que abrangem as reais condições que o Estado dispõe para garantir a efetividade dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica das verbas tributárias, orçamentárias, administrativas, etc; e a questão da razoabilidade da prestação. De acordo com essa concepção, a reserva do possível seria um mecanismo para a garantia de todos os direitos fundamentais, ante o equacionamento das prestações estatais.⁵⁷

Nesse entendimento, embora o princípio da reserva do possível constitua limitação jurídica e fática dos direitos fundamentais, aquele também poderá atuar como garantidor daquelas prerrogativas, haja vista que a indisponibilidade de recursos poderá ser alegada com o objetivo de proteger a garantia de algum outro direito fundamental. Da análise dessa perspectiva é possível concluir que, resguardando o núcleo essencial do direito buscado, deveria o magistrado considerar a necessidade, proporcionalidade e o impacto que a prestação material pleiteada causará, a fim de que a garantia do núcleo mínimo de outros direitos fundamentais fique desprotegida.⁵⁸

A aplicação do princípio da reserva do possível não pode ser considerada, contudo, solução para o conflito existente entre a demanda de serviços relacionados à saúde e a suposta escassez de recursos do Estado. O mínimo existencial deve abranger aquilo que for considerado indispensável à vida humana. Assim, parece perfeitamente possível admitir que o

⁵⁵ Acerca do mínimo existencial, destaca-se que este é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25).

⁵⁶ COSTA; Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo: IOB, v. 5, n. 54, jun. 2010. p. 21.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

direito à saúde inclui-se nos requisitos básicos de dignidade, ficando acima da reserva orçamentária. Logo não é possível falar-se em reserva do possível no que tange ao custeio do acesso à saúde.

Tal consideração se justifica pelo fato de o direito à saúde estar vinculado não só à dignidade humana, mas também ao direito à vida e à possibilidade de sobrevivência.⁵⁹

Nessa quadra, refere-se a decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁰ no julgamento das apelações cíveis interpostas pelo Município de Santiago e pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de sentença que julgou procedente pedido de fornecimento de medicamento. O Estado, em seu apelo, afirmou, com base em laudo médico expedido pela Secretaria Estadual de Saúde, que a medicação solicitada não era a indicada para a patologia da requerente.

Em seu voto, o desembargador Carlos Alberto Lofego Caníbal afirmou que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado fundamento do Estado, o que o caracteriza como um valor supremo. Além disso, negar ao indivíduo o direito fundamental à saúde, em determinadas situações, pode se equivar a negar-lhe o direito à vida.⁶¹

Referiu, outrossim, que a violação das prerrogativas fundamentais, que decorrem da inércia do Poder Executivo, a exemplo do fornecimento de medicação, legitima a atuação do Poder Judiciário, não substituindo a Administração, mas controlando os seus atos (e garantindo que cumpra seus deveres).

Quanto à aplicação do princípio da reserva do possível, o desembargador apontou que é incabível em face dos direitos fundamentais, os quais visam a preservar a dignidade humana.

Sendo o direito à saúde um direito fundamental, portanto previsto na Carta Magna, também parece justo e razoável afirmar que o Estado deve garantir saúde a todos os cidadãos, independentemente de sua condição financeira ou social, não podendo ser o alcance de medicamentos condicionado a esses fatores.

⁵⁹ A fim de corroborar esse entendimento, registra-se que se “não for assegurado pelo Estado o direito à vida, através da manutenção da saúde e da dignidade, não há sentido na proteção de todos os demais direitos, uma vez que aqueles, que são próprios e inerentes à pessoa humana, estarão sendo prejudicados. Sem vida saudável não há sentido nem mesmo em cogitar algum outro direito qualquer”. (LIMA, Lucas Rister de S.; FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. O princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila para transplante de órgãos. **Revista de Direito Privado**, v. 11, n. 41, p. 106-132, jan./mar. 2010. p. 109).

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 70055246599. Recorrentes: Município de Santiago e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Didir Cortes Machado. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. Porto Alegre, 10 de outubro de 2013.

⁶¹ *Ibid.*, p. 3.

Importante salientar que a referida insuficiência de recursos não se dá unicamente pela alegada escassez de verba, mas também pelo mau uso do dinheiro público – aí incluído todo o valor arrecadado pelos tributos pagos pelos contribuintes, que, diga-se, resultam em somas altíssimas⁶² –, pela falta de projetos, no âmbito Municipal, para alocação das verbas recebidas do Governo Federal mediante a criação de políticas públicas realmente efetivas e que visem ao melhor funcionamento do sistema de saúde, valores que acabam tendo de ser devolvidos ao Estado.

Não é o objetivo deste artigo, contudo, analisar profundamente os fatores que geram a escassez de recursos, tampouco o bom ou mau uso dos valores auferidos pelo Estado. Ademais, caso restasse comprovado que o Poder Público efetivamente não detém condições financeiras de custear todas as demandas relacionadas à saúde, importante seria refletir acerca dos demais investimentos feitos pelo Estado.

Nessa perspectiva, ao tratar acerca do caráter especial que possuem os direitos da criança e do adolescente, o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati aponta a necessidade de que o Estado priorize os investimentos que de fato concretizem os direitos fundamentais:

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.⁶³

Todavia, embora o acesso à saúde seja um direito fundamental, este não pressupõe que o Poder Público deva financiar qualquer tipo de tratamento livremente escolhido pelo indivíduo, o qual deverá ser indicado por prescrição médica⁶⁴, optando-se pelo menos custoso

⁶² Conforme consta no sítio virtual da Receita Federal, frisa-se, apenas em relação ao primeiro semestre do corrente ano: “A arrecadação das receitas federais (administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e de outras receitas recolhidas por Darf ou GPS, porém administradas por outros órgãos), atingiu o valor de R\$ 83.956 milhões no mês de agosto de 2013 e de R\$ 722.234 milhões no período de janeiro a agosto de 2013.” (BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Análise da arrecadação das receitas federais**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2013/Analismensalago13.pdf>> Acesso em: 14 out. 2013).

⁶³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **O estatuto da criança e do adolescente**: comentários. Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1991. p. 4.

⁶⁴ Acerca dessa questão, refere-se a decisão já comentada neste tópico, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual tratou acerca da possibilidade de o Estado fornecer medicamento que não aquele prescrito pelo médico do requerente, referindo que o profissional responsável pela saúde do indivíduo,

– no caso do fornecimento de medicamentos, pelo uso de remédios genéricos, sempre que possível.⁶⁵

Questão polêmica relacionada ao tema também é a da alegada inviabilidade de que o Estado custeie o uso de terapias e medicamentos experimentais, cuja eficácia ainda não tenha sido comprovada, ou que não tenham sido aprovados pelos órgãos de vigilância sanitária, os quais poderiam implicar, em nível extremo, violação do direito à dignidade humana, porquanto o indivíduo estaria servindo como mera cobaia.⁶⁶

Ocorre que, em situações extremas, o uso de substâncias ou tratamentos experimentais pode ser a última opção para o indivíduo que não obteve sucesso com outros tratamentos, devidamente reconhecidos pelos órgãos competentes. Negar a uma pessoa a possibilidade de ao menos tentar sobreviver não apenas viola o direito à dignidade humana e à vida, mas é também demasiadamente cruel.

Outro problema relacionado ao fornecimento de medicamentos e à reserva do possível está vinculado à exigência do Estado de que os remédios por ele fornecidos sejam apenas aqueles relacionados nas listagens do sistema de saúde. Embora referidos catálogos possuam certa eficiência, uma vez que os fármacos e terapias neles elencados tiveram sua eficácia comprovada pelas autoridades sanitárias competentes, não é possível afirmar que tais listagens detenham a capacidade de atender a todos os tipos de enfermidades existentes, ainda que elenquem os medicamentos e tratamentos comumente prescritos para combater uma vasta gama de doenças.⁶⁷

A respeito do uso de tratamentos experimentais e da vinculação às listagens do sistema de saúde, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁸ no sentido de que a credibilidade da indicação de tratamento pelo profissional responsável pelo acompanhamento médico do paciente é o bastante para que a alegação de inadequação do fármaco seja afastada,

justamente por ser quem de fato acompanha todo o desenvolvimento de sua patologia, é quem pode indicar o tratamento necessário à enfermidade que lhe acomete. Assim, não pode o Estado, com base em laudo de outro profissional, modificar a prescrição médica. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 70055246599. Recorrentes: Município de Santiago e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Didir Cortes Machado. Relator: Carlos Roberto Lofego Canbal. Porto Alegre, 10 de outubro de 2013).

⁶⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 141

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação cível nº 70054874409. Recorrentes: Município de Cachoeirinha e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Emilia Knan. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 10 de julho de 2013.

em face da gravidade do quadro clínico do paciente, ainda que se trate de recurso terapêutico não registrado junto à ANVISA.

Mencionada decisão refere-se ao julgamento de apelações cíveis interpostas pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo Município de Cachoeirinha em ação que pleiteava o fornecimento de medicamento experimental à paciente portadora de Degeneração Molecular relacionada à idade. Foi negado provimento aos recursos; no seu voto, o relator, desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, referiu, inicialmente, que é o médico responsável pelo acompanhamento do tratamento do indivíduo quem possui melhores condições de prescrever sua medicação, não havendo razão para que sua indicação de diagnóstico e tratamento seja desacreditada.

Apontou que o uso de medicação experimental⁶⁹ estaria justificado, uma vez que a não disponibilização do tratamento à autora (que só possui visão no olho direito, acometido pela enfermidade mencionada), poderia implicar a total perda de sua visão. Diante disso, não há que se falar em exigência de que os medicamentos prescritos sejam aqueles constantes na lista do SUS.

Tal decisão, ainda, reitera a preponderância do direito fundamental à saúde, frente ao princípio da reserva do possível, afirmando, também, ser perfeitamente possível a realização de bloqueio de valores do Poder Executivo para custeio do tratamento requerido, a fim de garantir o devido cumprimento da decisão judicial, bem como em razão do caráter especial do direito à saúde.

O que se constata, então, é que a questão do fornecimento de medicamentos, enquanto dever de prestação material pelo Estado, possui muitos aspectos polêmicos, que demandam especial atenção e análise, a fim de que a efetividade do direito à saúde não seja obstaculizada – tendo em vista que a isso está relacionada a proteção do direito à vida.

6. CONCLUSÕES

De todo o exposto ao longo deste artigo, depreende-se que o acesso à saúde, no tema dos medicamentos, tem se tornado cada vez mais condicionado a uma prestação jurisdicional.

⁶⁹ No caso em comento, trata-se do medicamento Bevacizumabe (Avastin), comumente indicado para o tratamento, combinado com quimioterapia à base de fluoropiridimina, de pacientes portadores de carcinoma metastático de cólon ou do reto. Conforme laudo médico juntado aos autos, referida medicação vem sendo utilizada para o tratamento de Degeneração Molecular relacionada à idade e outras doenças similares, porquanto existam estudos no sentido de que “o VEGF é uma das causas de crescimento de vasos sanguíneos anormais responsáveis por estas enfermidades”.

As falhas na atuação do Poder Público têm obrigado a sociedade a procurar com muito mais frequência a garantia de acesso aos seus direitos fundamentais por meio do processo judicial.

Em face disso, há uma maior preocupação no que tange ao desenvolvimento do processo, fazendo com que os direitos fundamentais processuais adquiram maior relevo, considerando que da sua concretização depende a garantia dos demais direitos fundamentais judicialmente tutelados. Nesse entendimento, merece destaque o direito à duração razoável do processo, não em relação à ideia de processo rápido, mas sim de prestação eficaz e em tempo justo, que, por isso, não necessariamente seria o mais célere, porém aquele que é proporcionalmente satisfatório à complexidade da demanda.

Da análise conceitual da tutela antecipada, seus efeitos e requisitos, depreende-se a sua importância, tendo em vista que o indivíduo que necessita de medicamentos normalmente não pode esperar por todas as etapas do processo até a concessão da tutela pleiteada, nem isso poderia implicar na exigência de um processo mais célere, cuja análise certamente restaria prejudicada (o que retoma a questão da duração razoável do processo como solucionado em tempo justo, não veloz). Desse modo, justifica-se a concessão da antecipação de tutela, capaz de salvaguardar a saúde do indivíduo e também garantir o bom desenvolvimento da lide.

No tocante às ações de medicamentos, ainda, conclui-se evidente que o direito fundamental à saúde trata de uma prerrogativa de extrema importância e que os meios para sua efetivação deveriam, em tese, estar disponíveis a todos, irrestritamente. Apesar disso, o Estado parece ainda não ter encontrado meios para, administrativamente, cumprir seu dever de garantir o acesso à saúde; em face disso, a responsabilidade de fazer cumprir, diga-se, aquilo que é obrigação, acaba recaindo sobre o Poder Judiciário.

A aplicação do princípio da reserva do possível deve ser restringida ao máximo, haja vista que não se pode falar em direito à vida ou em dignidade humana se o indivíduo não tiver condições de manter sua saúde por meio da utilização dos serviços que o Poder Público é obrigado a disponibilizar à população, sendo inaceitável que aquele se exima de seus deveres com a justificativa de que há escassez de recursos quando, muito provavelmente, o que ocorre é o mau uso daqueles.

O Estado possui o dever de garantir o direito de viver (com saúde, acesso à educação de qualidade, moradia e etc.) aos seus cidadãos, não sendo possível que sua atenção e esforços sejam direcionados para qualquer outra área que não esta enquanto essas prerrogativas não forem uma realidade.

É evidente que um país que não possui condições de alcançar aos seus cidadãos serviços que deveriam ser voluntariamente prestados não pode sequer cogitar a hipótese de

realização de grandes obras que não sejam de comprovada necessidade coletiva, uma vez que a prioridade do Estado deve ser o indivíduo.

É importante lembrar que, na maioria dos casos, os danos experimentados por aquele que necessita de tratamento serão muito maiores do que aqueles sofridos pelo Poder Público, que, mais do que a escassez de verbas, deveria considerar o bom uso delas. De nada adianta limitar os recursos, se essa limitação não implicar melhorias no contexto geral da saúde.

Ademais, a aplicação do princípio da reserva do possível, quando vista como algo inevitável, é aceitar o inaceitável. Não podem os cidadãos, principalmente aqueles que atuam como operadores do direito, por comodidade ou conformismo, permitir que o Estado se exima do cumprimento de suas obrigações, sob o risco de que todos os direitos fundamentais não passem de apenas meras normas programáticas.

7. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046/10**. Parecer do relator deputado federal Paulo Teixeira. Brasília, DF, 8 maio 2013, 1242 f. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/prop-osicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>> Acesso em: 08 nov. 2013.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Análise da arrecadação das receitas federais**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/arre/2013/Analisemensalago13.pdf>> Acesso em: 14 out. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 4**: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html>> Acesso em: 24 set. 2013.

COSTA; Ivana Ganem. Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo: IOB, v. 5, n. 54, jun. 2010, p. 7-40.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FROTA NETO, José Olavo de Rodrigues. O princípio da razoável duração do processo como direito fundamental. **Themis: Revista da ESMEC.** Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 158-196, jan./jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25017>>. Acesso em: 24 set. 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O estatuto da criança e do adolescente: comentários.** Instituto Brasileiro de Pedagogia Social, 1991.

LIMA, Lucas Rister de S.; FERREIRA, Maria Beatriz Crespo. O princípio da reserva do possível, o direito à saúde e a fila para transplante de órgãos. **Revista de Direito Privado**, v. 11, n. 41, p. 106-132, jan./mar. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINATO, Roberto; KEMPFER, Marlene. Efetividade do direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista de Direito Público.** Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 2, 2006, p. 55-74. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11567/10262>> Acesso em 24 de setembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, de 22 de novembro de 1969, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 24 set. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de instrumento nº 70055946966.** Agravante: Município de Passo Fundo. Agravada: Eliana Aparecida Mendes. Interessado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Francisco José Moesch. Porto Alegre, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055946966%26num_processo%3D70055946966%26codEmenta%3D5471631+70055946966&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70055946966&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=25-09-2013&relator=Francisco+Jos%E9+Moesch>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível nº 70052545225**. Apelante: Município de Igrejinha e Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: MARJORIE VITÓRIA S. B. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70052545225%26num_processo%3D70052545225%26codEmenta%3D5125981++APELA%20C%27%20C%27ES+C%27E7VEIS.+ECA.+MEDICAMENTOS.+ESTADO+DO+RIO+GRANDE+DO+SUL.+MUNIC%27PIO+DE+IGREJINHA.+IN%27PCIA+DA+INICIAL.+INOCORR%27ANCIA.+CAR%27ANCIA+DE+A%27C%2783O.+DESNECESSIDADE+DE+PEDIDO+ADMINISTRATIVO.+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70052545225&comarca=Comarca+de+Igrejinha&dtJulg=28-02-2013&relator=Ricardo+Moreira+Lins+Pastl> Acesso em 08 nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível nº 70055246599**. Recorrentes: Município de Santiago e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Didir Cortes Machado. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70055246599%26num_processo%3D70055246599%26codEmenta%3D5496165+70055246599&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70055246599&comarca=Comarca+de+Santiago&dtJulg=10-10-2013&relator=Carlos+Roberto+Lofego+Canibal>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação cível nº 70054874409**. Recorrentes: Município de Cachoeirinha e Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Emilia Knan. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Porto Alegre, 10 de julho de 2013. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054874409%26num_processo%3D70054874409%26codEmenta%3D5356434+70054874409&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70054874409&comarca=Comarca+de+Cachoeirinha&dtJulg=10-07-2013&relator=Arm%27Dnio+Jos%27E9+Abreu+Lima+da+Rosa>. Acesso em: 22 out. 2013.

RUBIN, Fernando. **Fragmentos de processo civil moderno de acordo com o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARTZ, Germano A.; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica** (De acordo com a Lei 10.444/02). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.