

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NO ESTADO DO PIAUÍ

THE JUDICIARY AND THE EFETIVATION OF THE RIGHT TO HEALTH: THE APPLICATION OF THE RESERVE FOR CONTINGENCIES FOR THE SUPPLY OF MEDICINES IN THE STATE OF PIAUÍ

Marcelo Leandro Pereira Lopes¹

Talyne de Carvalho Soares²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da teoria da reserva do possível em frente à efetivação do direito fundamental à saúde nos casos de fornecimento de medicamento pelo Estado do Piauí por meio de ações judiciais, no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça, durante o marco temporal de janeiro a outubro do ano de 2013. A pesquisa bibliográfica foi realizada em livros, revistas, jurisprudências e artigos jurídicos localizados em *sites* na internet. O estudo teve como base registros disponíveis no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, referentes às demandas judiciais que pleiteiam o fornecimento de fármacos pelo estado, analisando a fundamentação das decisões proferidas em tais processos judiciais. Realizou-se também uma pesquisa na Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, na qual foram apurados os gastos públicos decorrentes das decisões judiciais. A fundamentação teórica desse estudo está baseada nas ideias dos autores Sarlet (2010), Moreira (2011), Silva (1998) e outros. Pretende-se com este trabalho gerar uma reflexão dos acadêmicos do direito, dos gestores públicos, dos poderes estatais e da sociedade civil, a fim de que possam administrar, em conjunto, o sistema de saúde de forma mais eficaz, por meio de discussões e debates que possibilitem à sociedade conhecer o direito à saúde como uma garantia constitucional e ao administrador público exercer o seu papel de alocar e controlar o uso dos recursos financeiros disponíveis, como medida capaz de efetivar tal direito fundamental a todos, de forma igualitária, já que o fenômeno da judicialização vem crescendo no estado.

Palavras-chave: Medicamentos. Direito. Reserva do Possível. Jurisprudência. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

ABSTRACT

This monograph presents results of a research that aims to examine the application of the theory of reserve for contingencies for front realization of the fundamental right to health in cases of supply of medicine by the State of Piauí via lawsuit, with the Eminent Tribunal of Justice the timeframe from January to October of 2013. The literature search was performed in books, magazines, jurisprudence and legal articles on sites on the internet. The study was based on records available on the website of the Tribunal of Justice of the State of Piauí, referring to lawsuits that seek the supply of medicine by the state, analyzing the reasoning of judicial decisions. It was also performed a search on the Department of Health of the State of Piauí, where public expenditures authorized by the jurists were calculated. The theoretical foundation of this study is based on the ideas of the authors Sarlet (2010), Moreira (2011), Vincent and Alexandrian (2011) and others. The aim of this work is to generate a reflection operators of law, public administrators, state powers of Piauí and civil society in order that they may administer together the health care system more effectively through discussions and debates will allow the company to know the right to health as a constitutional guarantee and the State 's role of allocating and controlling the use of the financial resources available, as a measure capable of realizing this fundamental right

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Graduado em direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Constitucional ESAPI/UFPI.. Professor do curso de Direito do Instituto Camillo Filho e Universidade Federal do Piauí. Bolsista PRODAD/PROSUP. E-mail: marcelolpl1@hotmail.com.

² Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau. E-mail: talynedcsoares@gmail.com

for all, equally, since the phenomenon of legalization has been growing in the state of Piauí and the scarcity of resources can be considered a limit to this effectiveness.

Keywords: Medicines. Law. Reserve for contingencies. Jurisprudence. Tribunal of Justice of the State of Piauí.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu bojo, direitos fundamentais detentores de uma força normativa capaz de alcançar a sociedade em sua totalidade, determinando o dever do Estado de comprometimento e cumprimento da garantia de tais direitos. Isto ocorreu porque a Carta Magna de 88 foi fruto de um momento histórico no Brasil, marcado pelas lutas e conquistas dos direitos do homem, frutos de uma intensa participação popular ocorrida no período da redemocratização do país, após um longo período de autoritarismo durante o regime militar.

A inovação elencada dentre os direitos fundamentais diz respeito à tutela constitucional da Saúde, inserido no Título II da Constituição, que por muito tempo foi deixado em segundo plano como um mero e simples direito, tendo em vista que o Estado priorizava tão somente a conquista do poder político e econômico.

No entanto, essa visão começou a ser alterada a partir do momento em que tal direito passou a ser enxergado sob o aspecto da essencialidade, ou seja, com o intuito de ser indispensável à vida do homem, exigindo a sua aplicabilidade imediata.

No contexto atual, o Poder Judiciário, com fundamento na concretização dos valores e direitos fundamentais, vem atuando no âmbito social, principalmente, no campo da saúde, e ocupando espaço em discussões sobre o avanço da justiça constitucional na sociedade, haja vista a efetiva interferência na atividade política dos outros Poderes Executivo e Legislativo, em frente à morosidade pública.

Nesse sentido, considerando a judicialização crescente das demandas na esfera do amparo à saúde, vem sendo cobrada uma postura cada vez mais ativa dos magistrados de se manifestarem acerca da obtenção de prestações materiais, mormente, quanto ao fornecimento de medicamentos que não são ofertados pelo Sistema Único de Saúde – SUS –, mas são disponibilizados pelos entes federativos – União, Estados e Municípios – com o fito de garantir o mínimo existencial, concretizando a saúde no patamar de um bem fundamental.

Por outro lado, destacam-se os recursos públicos despendidos pelo Estado para certificar a eficácia e a efetividade dos direitos postos à luz da Constituição Federal de 1988. Nesses termos, a dimensão prestacional do direito à saúde, reclamada no âmbito judicial, vai de encontro à problemática da disponibilidade e do gerenciamento desses recursos, em face às inúmeras demandas sociais existentes, fato esse conhecido como princípio da reserva do

possível, que vem sendo invocado pelos administradores públicos como óbice à efetivação dos direitos sociais.

Diante disso, o estudo proposto foi motivado pela relevância desta temática para a sociedade, uma vez que, perante uma Constituição humanitária como a atual, voltada para a valorização da pessoa humana, o conflito existente acerca da relação entre a reserva do possível e o assim chamado mínimo existencial, na condição de direito fundamental à saúde, mostra a necessidade da reflexão quanto à existência de limites materiais na efetivação dessa tutela no sistema constitucional brasileiro, especialmente, no estado do Piauí.

A pesquisa tem o objetivo de analisar a aplicação da teoria da reserva do possível diante da efetivação do direito (fundamental social) à saúde nos casos de fornecimento de medicamento pelo estado do Piauí por intermédio de ações judiciais, no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça estadual.

A pesquisa bibliográfica foi realizada em livros, revistas, jurisprudências e artigos localizados em *sites* na internet. O estudo teve como base registros dispostos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, concernentes às ações judiciais que buscaram o fornecimento de fármacos pelo estado no ano de 2013, precisamente, no marco temporal de janeiro a outubro, com a apuração dos julgados disponíveis, analisando-se o embasamento das decisões proferidas nas respectivas lides. Realizou-se ainda uma pesquisa na Secretaria de Saúde do Estado do Piauí com o fito de se apurarem os gastos públicos desembolsados em decorrência de tais decisões dos magistrados.

Espera-se que este trabalho venha colaborar para uma reflexão dos operadores do direito, dos gestores públicos, dos poderes estatais do Estado do Piauí e da sociedade civil, a fim de que possam gerenciar em conjunto o sistema de saúde de forma mais eficaz, por meio de discussões e debates que possibilitem à sociedade ver efetivado o direito à saúde como uma garantia constitucional e ao administrador público exercer o seu papel de alocar e gerir o uso dos recursos financeiros disponíveis como meio de garantir o exercício desse direito fundamental, já que a ausência de condições materiais necessárias pode tornar-se um obstáculo à conquista dessa efetividade, diante do crescente fenômeno da judicialização no estado do Piauí.

2 A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A saúde, como direito fundamental de acesso universal, assegurada na Constituição Federal de 1988, é fruto de uma evolução histórica que gerou grandes repercussões econômicas, sociais e culturais, trazendo ao mundo do Direito e ao conceito de saúde o idealismo oriundo da democracia.

Essa noção foi se constituindo em diferentes épocas, a partir da mistura de grupos e culturas, costumes e tradições, tornando a coletividade cada vez mais dependente de uma maior garantia desse direito, o que possibilitou a institucionalização da saúde, como direito fundamental, no Brasil.

Segundo Scliar, “a saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá dos valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas e filosóficas” (2007, p. 30).

Nessa perspectiva, compreende-se que o conceito de saúde foi ganhando novos moldes e nova conjuntura, avançando em razão das transformações do Estado até ser disciplinado em lei, mais especificamente, na Constituição, instrumento de justiça social, que alçou a saúde à condição de direito fundamental.

Apenas com o surgimento do Estado Social, a saúde tornou-se um direito básico, de caráter subjetivo, à classe dos trabalhadores, que reivindicavam melhores condições de trabalho, devido à crescente urbanização e à intensa produção das fábricas. Nesse contexto, percebeu-se que tal tutela foi garantida por intenções meramente políticas, já que o Estado via o obreiro como fonte de riqueza, uma oportunidade de produção em massa que necessariamente precisava de uma proteção estatal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, em decorrência de uma influência global, reconheceu a “saúde como direito a ser assegurado pelo Estado e pautado pelos princípios da universalidade, equidade, integralidade e organizado de maneira descentralizada, hierarquizada e com participação popular”. (RODRIGUEZ NETO, 1994).

Mas antes disso, vale ressaltar que a década de 1980, especificamente a partir de 1985, é marcada pelo processo de redemocratização do país, período em que a democratização dos processos de decisão, através da descentralização e o incentivo à participação do cidadão se intensificam. Nesse contexto, ocorrem também as inovações das políticas sociais na área da saúde, e foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.

Para Libâneo (2003, p.96):

A reorganização do capitalismo mundial, para a globalização da economia, assim como o discurso do neoliberalismo de mercado e das mudanças técnico-científicas trouxeram novas exigências, novas agendas, novas ações [...] Esse novo momento

evidencia a crise de um modelo societário capitalista-liberal e democrático-igualitarista que direcionou, de certa forma, o projeto de modernização a partir da Segunda Guerra Mundial.

Essa nova configuração estrutural da sociedade, pressionou os vários setores sociais a repensarem suas funções e serviços, diante das transformações que surgiram no acelerado processo de integração e reestruturação do modelo capitalista em nível mundial.

Assim, o conflito existente entre os dois paradigmas, o capitalista-liberal ou da liberdade de mercado, da eficiência e da qualidade, com o democrático-igualitarista ou da igualdade (LIBÂNEO, 2003) caracterizou o surgimento de novas realidades sociais, políticas, econômicas, culturais e geográficas, destacando o processo de globalização da sociedade, que trouxe as mudanças nos processos de produção e do desenvolvimento econômico; a diminuição do papel do Estado e o crescimento da exclusão social, aumentando a distância social e econômica entre a classe detentora dos meios de produção e de conhecimento, da classe menos favorecida, conseqüentemente excluída.

O neoliberalismo, portanto, defende a lógica da subordinação da sociedade às normas econômicas, visando ao lucro. Este modelo econômico tem como palavras-chave a eficiência, a produção e a competição e como discurso a não intervenção do Estado na economia, uma vez que acredita ser a privatização o caminho para o aumento da qualidade e da produtividade.

Nesse sentido, o processo de redemocratização do Brasil trouxe à população um novo texto constitucional, a Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro, “[...] mais generosa quanto a direitos sociais, se comparada com as anteriores” (GHIRALDELLI, 2008, p.169), que pretendeu dar ao país a feição de uma socialdemocracia, de criar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a partir de amplos direitos e obrigações, que possibilitassem a efetivação dos direitos fundamentais, entre eles, o direito à saúde.

Os artigos 6º e 196 da Carta Constitucional de 1988 reconheceram a saúde como um direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-lo, sob pena de ineficácia de seu exercício, uma vez que a saúde precisa de implementação por meios de políticas públicas sociais e econômicas.

Assim, pode-se conceituar a saúde como um processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como, a melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.

Percebe-se assim, nesse aparato histórico, que “a questão que se coloca para a saúde, parte de um desejado processo de consolidação de uma cidadania democrática, é e continuará

sendo política” (COHN e NUNES, 1991, p.54), no qual cabe ao homem, individual ou coletivamente, requerer os seus direitos proclamados na atual Constituição.

Constata-se, portanto, que o atual Estado Democrático de Direito tem o dever e a obrigação da proteção jurídica à saúde, que avançou como direito universal conquistado pelas lutas políticas e sociais, com a nova concepção de ser elemento essencial dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana e não apenas como a simples assistência médica curativa e preventiva.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 positivou os direitos sociais e lhes deu caráter de direitos fundamentais, estejam eles situados na seção intitulada Direitos e Garantias Fundamentais ou sediados pelo restante do texto constitucional. No tocante ao direito à saúde dispôs no artigo 6º e, detalhadamente, no artigo 196, que é um direito fundamental.

Nos termos do preâmbulo da Carta de 88 foi instituído um Estado Democrático destinado:

a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O Estado Democrático Social passou, então, a ter uma maior preocupação em atender às demandas de todos os direitos fundamentais, tanto os civis e políticos, como o direito à liberdade, à vida, quanto os direitos sociais, culturais e econômicos, a educação, a saúde, todos interpretados de forma conjunta e em complemento, com a verdadeira finalidade dos direitos fundamentais, de alcançar o real objetivo do constituinte, de garanti-los em sua totalidade.

Assim, vale conceituar os direitos fundamentais a partir da seguinte perspectiva:

[...] resta agora tratar da função que a nova ciência jurídica emprestou aos direitos fundamentais, construindo uma teoria que faz de tais direitos não só um suporte para o controle das atividades do Poder Público, mas também um arsenal destinado: i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos às prestações sociais); ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos à proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos à participação).(MARINONI E ARENHART, 2011, p. 67)

Nesse sentido, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na Constituição, com a finalidade de limitar a atuação estatal em face da liberdade individual, a fim de assegurar ao indivíduo a efetividade de direitos tidos como essenciais, garantindo o mínimo existencial para uma vida digna.

Logo, entende-se que o termo direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida não só do homem individualmente, mas também das vastas categorias da população, da coletividade, mediante a implementação de políticas e serviços públicos e medidas concretas de política social.

Como afirma o doutrinador Dimoulis (2007, p.342):

Tutelar o direito à saúde é antes de tudo prevenção. A promoção coletiva não afasta, porém, o dever estatal e o direito subjetivo do cidadão, de prestar, e receber, assistência individual. O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças, assim como não há combate a doenças sem promoção da qualidade do ambiente circundante.

Compreende-se assim, que o direito à saúde pode ser analisado de maneira individual ou coletiva, de forma que uma complemente a outra, e isso a depender do caso concreto e de qual prestação positiva se requer.

Em decorrência disso, dentre as normas constitucionais encontram-se imposições ao Estado à manutenção da saúde, como o artigo 23, II, que estabelece como competência comum dos entes federados, “cuidar da saúde”, e o artigo 24, XII, que inclui no âmbito da competência concorrente à legislação sobre “proteção e defesa da saúde”.

E, ainda nessa linha, seguiram-se os artigos 200, 203 e 204 da Constituição da República ao criar o Sistema Único de Saúde - SUS, o qual foi regulamentado pela Lei n. 8.080/90, e posteriormente complementado com a edição da Lei n. 8.142/90.

Nesse contexto, começou-se a questionar se as normas definidoras de direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde, teriam aplicabilidade imediata, como está previsto no artigo 5º, parágrafo 1º da Carta de 1988 ou seriam normas programáticas, limitadoras.

A saúde é um direito de acesso universal e sua caracterização como direito fundamental tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, em que dada a urgência de que se reveste não pode o Estado eximir-se de fornecer o necessário à vida do indivíduo, ou ao menos o valor da dignidade. Por isso, conforme Silva (1998, p. 150):

Não é mais possível, nos dias de hoje, enquadrar o direito à saúde no conceito de norma meramente programática, pois a norma constitucional contida no artigo 196 da Constituição Federal vigente, em leitura conjunta com o caput do artigo 6º, institui um dever correlato a um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se essa obrigação não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma e desrespeito pelo Estado do dever de primar pela realização de uma conduta voltada à distribuição justa e adequada dos bens sociais existentes ou não, pois são direitos prestacionais que devem ser postos à disposição do cidadão.

Desta forma, aplica-se o princípio da máxima efetividade ao estabelecer a saúde como um direito fundamental, pois o Estado tem o dever de promover, proteger e recuperá-la a qualquer cidadão, proporcionando a todos o respeito à dignidade humana e os meios

necessários à manutenção da vida, garantindo o efetivo cumprimento do preceito constitucional.

Assim, o direito à saúde não pode ficar condicionado à boa vontade do Poder Público para que sejam implementadas as ações e os programas governamentais de caráter obrigatório para atender às necessidades do indivíduo, uma vez que a “saúde representa, a partir do texto constitucional de 1988, prerrogativa indisponível assegurada ao cidadão indistintamente” (CARVALHO e SANTOS, 2006, p. 36-37.).

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem se posicionado como órgão controlador da atividade administrativa, a fim de indicar os meios que possam dar efetividade a esse direito, como se vê nas decisões que ordenam o Poder Executivo fornecer medicamentos fora da lista do SUS a pacientes que acessam a justiça.

Portanto, o direito à saúde, pelo seu caráter de direito fundamental, pode ser considerado norma de eficácia plena, produzindo todos os efeitos regulados na norma, devendo, assim, orientar as decisões e as ações dos entes públicos para que apliquem a norma constitucional na forma da lei.

Contudo, para todo direito social há um custo financeiro, e a saúde, com sua relevância e amplitude, uma vez que abarca o individual e o coletivo, causa um conflito direto entre a garantia desse direito e a existência de recursos financeiros estatais disponíveis para tal caso, valendo-se questionar: o que priorizar o social ou o individual?

Segundo o autor Torres (2003, p.25-26):

o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é que concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais.

Diante disso, cabe ao Estado equilibrar a disponibilidade de recursos públicos e as ações indispensáveis para efetivar e garantir o direito universal à saúde, por meio de gestores que controlem o uso dos recursos e da implementação de políticas públicas, como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), órgão responsável pela administração da saúde no Brasil, a fim de organizar o sistema complexo em funcionamento e em quantidade de usuários.

3 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal de 1988, por ser uma constituição garantista, que conseguiu evoluir na defesa dos direitos fundamentais, como nenhum outro texto constitucional anterior, tornou a efetividade dessas garantias um tema de relevância econômica.

Como direito fundamental, entre tantos outros, a saúde por ser um direito social prestacional, que envolve custos, depende da disponibilidade financeira estatal, ou seja, de

disposição material de recursos, e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-la para garantir sua aplicação efetiva.

Em virtude disso, Sarlet e Figueiredo (p.27, 2010) afirmam que: “os direitos prestacionais e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” (...), podendo constituir uma restrição à concretização dos direitos sociais, principalmente, o direito à saúde.

3.1 O CASO *NUMERUS CLAUSUS* NA CORTE CONSTITUCIONAL ALEMÃ

As noções acerca da teoria da reserva do possível tiveram início no Tribunal Constitucional da Alemanha, nos anos de 1970, com o famoso *numerus clausus*, que “versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Nesse caso, foram julgados controles concretos de constitucionalidade, relacionados às regulamentações editadas pelas universidades da Alemanha, nas quais foram delimitadas as quantidades de vagas disponíveis de acesso ao curso de medicina, que deveriam ser adquiridas pelos estudantes que preenchiam os critérios estipulados pelas instituições, sob o argumento da insuficiente capacidade de ensino.

Diante de tais limitações, que contrariavam o direito fundamental à liberdade de escolha da profissão e de acesso ao ensino, bem como do princípio da igualdade, uma vez que beneficiava determinado grupo de pessoas, percebeu-se que a tutela desses direitos fundamentais dependia de uma atuação positiva pelo ente estatal.

Para isso, o Tribunal Constitucional Federal, ao analisar detidamente o caso, utilizou-se da ponderação e do preceito da justiça social para decidir sobre a constitucionalidade ou não das limitações impostas. O que, por fim, determinou que caso as restrições fossem ordenadas de outra maneira, a partir de critérios que garantissem o acesso ao ensino de forma igualitária a todos os estudantes, dentro da capacidade disponível, seria constitucional mantê-las.

Assim, “os julgadores ponderaram que os direitos sociais de participação em benefícios estatais encontram-se sob a reserva do possível” (MOREIRA, 2011, p.54), que tais prestações ficam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da coletividade, racionalmente, no aspecto do próprio orçamento estatal, que também tem outros interesses coletivos para garantir.

Segundo Sarlet e Figueiredo (2010, p.32):

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos

Logo, compreendeu-se que mesmo o Estado sendo possuidor de recursos financeiros e o responsável em geri-los, os indivíduos que reclamam prestações sociais não podem obrigá-lo a fornecer todas as reivindicações judiciais, uma vez que os casos devem ser analisados dentro do limite do razoável, a fim de resguardar outros direitos também essenciais.

Moreira (2011, p. 54-55) em seu livro cita o julgado BverfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972, referente ao caso em questão, que afirma que:

o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Dessa forma, a Corte Constitucional Alemã não demonstrou omissão na garantia dos direitos dos estudantes à liberdade de escolha do ensino, bem como não relacionou exclusivamente a existência de recursos financeiros para a efetivação dos direitos pretendidos, mas tão somente encontrou respaldo no princípio da razoabilidade da pretensão em frente a sua concretização e às necessidades da sociedade, determinando um equilíbrio social.

Diante do conhecimento da origem da reserva do possível, a doutrina e a jurisprudência brasileira incorporaram tal princípio, com o fim de reconhecê-lo e aplicá-lo ao ordenamento jurídico brasileiro e garantir o mínimo existencial a partir da concretização do direito à saúde.

3.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O DIREITO À SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio da reserva do possível, de origem dos tribunais germânicos, vem regular a possibilidade e a extensão da atuação do poder público quanto à efetivação de direitos constitucionalmente garantidos, como o direito à saúde, sujeitando-se a prestação estatal à existência ou não de condições materiais disponíveis.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da reserva do possível diante de uma Constituição que reconheceu um rol exaustivo de direitos sociais e delimitou as receitas que estariam vinculadas a sua efetividade.

Diante de um “conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p.16), tanto de prestações positivas, quanto negativas por parte do Estado, percebeu-se a importância de se estabelecer um conjunto de restrições legais que proporcionassem um maior acesso das pessoas à aquisição dessas tutelas constitucionais e sua consequente efetividade, visando alcançar a universalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Para Pereira (2006, p.133-134):

Em primeiro lugar, a universalidade dos direitos, torna imperativa sua limitação. Sendo os direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica logicamente a imposição de limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, não isoladamente. (...) A necessidade de solucionar conflitos de direitos implica, naturalmente, o estabelecimento de restrições em sua aplicação.

O que então poderia ser considerado como uma restrição? Restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental, é o meio externo ao direito utilizado para compatibilizar as tutelas de diferentes indivíduos, de forma individual e coletiva.

Os direitos fundamentais incidem sobre toda a coletividade, de forma permanente e simultânea, de modo que é inevitável que estes em algum momento venham a chocar-se, sendo necessário, portanto, que sejam disciplinados com o fito de viabilizar a sua coexistência.

Não há que se falar em direitos fundamentais de forma isolada, haja vista que estão tutelados constitucionalmente de forma conjunta, ao passo que se encontram inseridos em um ordenamento jurídico complexo, havendo a necessidade também de que sejam coordenados juntamente, para sua esfera de incidência não ultrapassar a de outro.

Ademais, nenhum direito é absoluto, de modo que todos podem ser relativizados, primeiramente porque podem entrar em conflito entre si, não podendo se determinar *a priori* qual o “ganhador” do choque, fato só resolvido no caso concreto; e em segundo lugar, em face de que nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos.

Nas palavras de Tavares (2010, p.528):

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a inevitável necessidade de se dirimir conflitos gerados pelo choque de direitos fundamentais, implica, por conseguinte, fixação de restrições no momento de sua aplicação.

No que concerne à restrição de direitos fundamentais, registre-se que há duas teorias (interna e externa) que dispõem acerca dessa limitação.

A primeira delas, conhecida como teoria interna, considera que as restrições aos direitos fundamentais são observadas no âmbito do próprio direito, não se admitindo a existência de limitações cujas origens sejam externas a eles.

Para a teoria interna, o conteúdo de um direito só pode ser definido após entrar em confronto com os demais, não existindo, na verdade, restrições a direitos fundamentais, mas tão somente *limites imanes* - impedimentos lógicos oriundos da própria estrutura e natureza do direito, presentes do texto constitucional.

Segundo a teoria interna, Sarlet (2009, p. 388) explica que:

[...] um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com os seus limites. Neste sentido, fala-se da existência de ‘limites imanes’, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como ‘desvantagens’ normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. (grifo do autor)

Cabe ressaltar que a teoria interna sofre algumas críticas, principalmente quanto à dificuldade de se precisar a definição do direito de forma inequívoca, uma vez que adota o critério da subsunção, e não da ponderação, para aplicar a norma ao caso concreto.

A segunda teoria das restrições dos direitos fundamentais, conhecida como teoria externa, esta defende a ideia de que os direitos são amplos e que não apresentam limites inerentes, mas podem sofrer restrições advindas de fatores externos.

Enquanto a teoria interna trabalha com a existência de um único objeto, o direito constitucionalmente fixado com um determinado conteúdo, a teoria externa opera com dois objetos: “o direito em si” e a sua “restrição”.

Destarte, em face da ocorrência de conflito entre direitos fundamentais, o processo de interpretação deverá consistir, inicialmente, em realizar a identificação (categorização) do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental, e em um segundo momento, exercer a ponderação do direito “*prima facie*” com direitos ou princípios constitucionais contrapostos, utilizando-se de uma lógica ponderativa, guiada, especialmente, pela proporcionalidade, buscando a solução adequada para o caso concreto e, enfim, o direito definitivo.

Não obstante a teoria externa estude a ideia de restrição dos direitos fundamentais, admite a possibilidade de concebê-los sem qualquer restrição, de modo que parte do pressuposto de que a relação existente entre “direito” e “restrição” é especial e eventual. Logo, seria possível o Estado intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desde que o fizesse de modo excepcional e através de meios preestabelecidos.

Defende tal tese Olsen (2008, p.124):

Esta teoria teve seu berço nas teorizações de Schmitt, que, a partir da separação entre o Estado e a sociedade, concebeu a liberdade do homem como um direito pré-estatal, e, portanto, por natureza ilimitado. O Estado poderia, se necessário, intervir na esfera de liberdade, mas sua intervenção assumiria o caráter de uma exceção, em face da regra, que seria a liberdade ilimitada.

Trazendo ao direito brasileiro, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em reiteradas ocasiões, que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo ser relativizados, sujeitando-se a restrições limitadoras, principalmente por meio do método da ponderação, conforme indicado pela teoria externa.

Cite-se como exemplo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 319/DF, que discutia a aferição da constitucionalidade de norma legal que atrelara o reajuste de mensalidades escolares à correção mensal dos salários, na qual o Ministro Sepúlveda Pertence salientou que “*no bojo de Constituições compromissórias, como a brasileira de 1988, é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores (...) se faça com abstração de outros valores, devendo-se, na hipótese de conflito, empregar a ponderação*”. (BRASIL,1992).

Logo, diante de tal discussão acerca das teorias de restrição ao direito, pode-se reconhecer que o princípio da reserva do possível é uma restrição aos direitos fundamentais sociais, nos moldes da teoria externa.

Na construção conceitual do presente princípio, Moreira (2011, p. 86) destaca que:

a maior parte dos autores brasileiros tomam como núcleo central da definição de reserva do possível a inexistência ou insuficiência de recursos públicos para a implementação de direitos, sem maiores indagações quanto à proporcionalidade e à razoabilidade.

Observa-se, assim, que a reserva do possível está pautada no direito brasileiro como uma restrição fática dos direitos sociais prestacionais, está vinculada à constatação da

disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, a fim de possibilitar ou não a atuação estatal na garantia de acesso dos indivíduos aos direitos postulados na Constituição.

Nesse sentido, o que se verifica é uma abordagem exclusiva pelo Estado da reserva do possível e da escassez de recursos, como negativas à implementação dos direitos sociais, na tentativa de justificar sua inércia em frente à pretensão aduzida pelo autor em uma ação judicial.

Entretanto, os direitos sociais, como a tutela constitucional à saúde, não estão eternamente submetidos a uma limitação relacionada à insuficiência de recursos públicos, uma vez que cada caso concreto traz as suas especificidades, que devem ser analisadas pormenorizadamente, para que se tenha uma solução ponderada e proporcional entre a pretensão do indivíduo na lide e a realidade financeira do Estado.

Segundo Novais (2003, p. 274), devem ser fornecidas aos juristas noções que indiquem se determinada atividade, praticada tanto pelo administrador público, quanto pelo legislador, atingiu o conteúdo de proteção dos direitos de forma desproporcional:

(...) *elementos temáticos* fornecem uma indicação preliminar, mais ou menos completa, precisa ou determinada do âmbito ou recorte da realidade, objectiva ou subjectiva, relativamente à qual o direito fundamental desenvolve sua protecção. Os *elementos de delimitação* excluem, à partida, certas zonas, actividades, possibilidades ou comportamentos, que os particulares poderiam eventualmente invocar como constituindo exercício desse direito, da protecção por ele juridicamente garantida; nesta medida, dão uma formulação mais consistente ou determinada à norma constitucional de direito fundamental. Por último os *elementos de restrição* abrem aos poderes constituídos ou, directamente, a possibilidade de procederem à alteração da norma de direito fundamental que resultara daquela sua primeira formulação em ordem a permitir uma inserção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica e a correspondente compatibilização entre os valores próprios dos direitos fundamentais e como valores e interesses constitucionalmente dignos de protecção. (grifo do autor)

Dessa forma, o julgador avaliaria a pretensão do autor de acordo com os princípios da necessidade e da proporcionalidade, nos limites da ponderação do jurista, respeitando o núcleo essencial das prestações e a realidade fática do Estado, com o propósito de ambos conviverem dentro de um mesmo sistema constitucional em harmonia.

Por ser titularizada como direito fundamental inerente ao indivíduo, o direito à saúde proclama um mínimo de concretização, no qual o Estado deve proporcionar as condições materiais mínimas para uma vida digna, fato este conhecido como mínimo existencial.

Esse instituto, considerado como a restrição da reserva do possível, corresponde ao núcleo central dos direitos fundamentais, que no caso do direito à saúde encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida, presentes nos artigos 1º, inciso III, e artigo 5º da CF/88, respectivamente.

Destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor máximo “que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1998, p.173). Por esta razão, o mínimo existencial de cada direito fundamental pode variar à medida que a dignidade humana for arguida.

É nesse sentido que a relação entre esse princípio constitucional e o mínimo existencial deve ser analisada com vistas à realidade social, pois ao estar presente em todos os direitos fundamentais, a dignidade humana deve ser ponderada em frente aos diversos direitos que necessitam de proteção, sendo apreciada de acordo com a realidade fática da sociedade.

A respeito disso Moreira (2011, p.176) preleciona:

As restrições impostas a determinado direito fundamental, em conjunto com o princípio da dignidade humana e outros tantos elementos que compõem o conteúdo deste direito, devem ser submetidas a um processo de ponderação pautado pela proporcionalidade e pela razoabilidade. Se, ao final deste processo, as restrições impostas forem consideradas proporcionais e razoáveis (...) pode-se concluir que elas não afetam o conteúdo essencial do direito fundamental.

Dessa forma, o direito à saúde, que tem em seu núcleo central a valorização da pessoa humana, não é direito absoluto, sem restrições a sua concretização, uma vez que a realidade social em cada momento da História trará direitos de igual relevância, que também devem ser concretizados e protegidos.

Isso traz à tona a existência de uma reserva de recursos aptos a proteger tais direitos, porém, de forma razoável e equilibrada, já que esta não é ilimitada.

Diante disso, as circunstâncias de cada caso concreto possibilitarão determinar o que é e o que não é essencial para a vida e a manutenção de um padrão de dignidade do indivíduo naquele determinado momento.

Assim, no que tange ao direito à saúde, é a situação específica de cada enfermo que determinará os recursos necessários à sua sobrevivência. A análise dos processos judiciais pelos julgadores determinará a necessidade de concessão de determinado medicamento, tendo em vista o mínimo existencial do indivíduo.

Diante disso, defender a máxima efetividade dos direitos sociais a qualquer custo pode gerar lesões ao patrimônio público, bem como à própria sociedade detentora de tais direitos.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E A RESERVA DO POSSÍVEL NO ESTADO DO PIAUÍ

4.1 SÚMULA Nº 01 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ

A judicialização do fornecimento de medicamentos que ocorre em todo o país fez com que o estado do Piauí, através dos diversos julgados em relação ao tema, constituísse uma jurisprudência rica em informações, a fim de demonstrar à sociedade piauiense o posicionamento do Tribunal de Justiça, detalhando quais os elementos caracterizadores do deferimento de medicamentos para garantir a concretização do direito fundamental à saúde.

Assim, o Egrégio Tribunal Pleno do Piauí, aprovou, em 26 de maio de 2011, as súmulas da jurisprudência que predomina no âmbito jurídico estatal, incluindo na pauta o tema referente à relação do direito à saúde e a reserva do possível, como se vê na análise da súmula nº 01:

Os direitos fundamentais de caráter assistencial, como o fornecimento de remédios pelo Poder Público, compreendidos dentro dos direitos constitucionais mínimos, indispensáveis à promoção da existência digna às pessoas necessitadas, na forma da lei, prescindem de previsão orçamentária para terem eficácia jurídica.

A partir da leitura, constata-se que o tribunal de justiça entende que para a efetivação dos direitos fundamentais, como o fornecimento de medicamentos, é prescindível a observância do princípio da reserva do possível, ou seja, tal princípio não deve ser considerado um obstáculo à concretização do direito à saúde.

No entanto, esse posicionamento pode ser modificado se o tribunal deparar-se com uma situação em que o estado demonstra de forma objetiva a insuficiência de recursos financeiros para atender à determinada ação judicial.

A respeito desse tema o ex-ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 (2004, p.04) preleciona que:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Dessa forma, em que pese a prevalência da concretização dos direitos sociais, e no caso o direito à saúde, as razões que forem demonstradas pelo estado para argumentar a recusa da distribuição de medicamentos devem ser acolhidas, caso comprove de forma satisfatória que a decisão prolatada causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais.

É claro que o estado não deve invocar tal justificativa somente com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, já que é responsabilidade estatal a materialização dos preceitos constitucionais.

E se for observado que não há disponibilidade financeira para arcar com tais custos, por exemplo, por meio de planilhas de gastos públicos, deve-se apurar a razoabilidade da pretensão individual ou coletiva e os motivos pelos quais a atividade orçamentária do Estado chegou a essa situação limitadora, a fim de determinar o modo a ser utilizado na busca da concretização do direito fundamental à saúde.

Sendo assim, caso essa situação ocorra e tendo em vista que o direito fundamental à saúde depende da prestação positiva do estado para a sua realização, o Poder Judiciário deve agir com ponderação, verificando a partir da recusa estatal “a necessidade de se fazer escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender) (...)” (BRASIL, 2010, p.08-09), para que então o mínimo existencial de cada indivíduo seja resguardado.

Segundo Olsen (2008, p.195):

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinam a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Desse modo, a elaboração de estratégias, como no caso, a adoção do princípio da solidariedade, no qual cada ente estatal, União, Estados e Municípios, é solidariamente responsável pelo fornecimento de medicamento à pessoa necessitada (súmula nº 02 TJ/PI), concedendo recursos financeiros de acordo com suas possibilidades, seria um meio utilizado para efetivar o direito à saúde, bem como o remanejamento ou transferência de recursos orçamentários, com a prévia autorização legislativa, nos termos do artigo 167, VI, da CF/88.

Tudo isso, em observância à realidade dos fatos e à capacidade jurídica do Estado em dispor dos recursos públicos existentes.

Assim, analisando caso a caso, os poderes políticos exerceriam suas atribuições constitucionais e ao mesmo tempo atuariam por meio de argumentos capazes de determinar quais os meios a ser utilizados para a garantia das prestações sociais, conforme as possibilidades orçamentárias.

4.2 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ: ANÁLISE DE LIMINARES NAS DECISÕES JUDICIAIS

Diante da explanação inicial a respeito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, traz-se a análise da pesquisa realizada no sítio do referente tribunal, que teve como base a fundamentação dos julgadores nas decisões judiciais, no período de janeiro a outubro do ano de 2013, objetivando quantificar o deferimento e indeferimento das liminares dos processos relacionados ao fornecimento de medicamentos pelo Estado do Piauí.

A pesquisa obteve o total de 64 processos de ações de Mandado de Segurança, nos quais 61 tiveram as liminares deferidas, um indeferimento e dois processos não julgados, conforme os dados demonstrados no gráfico 1:

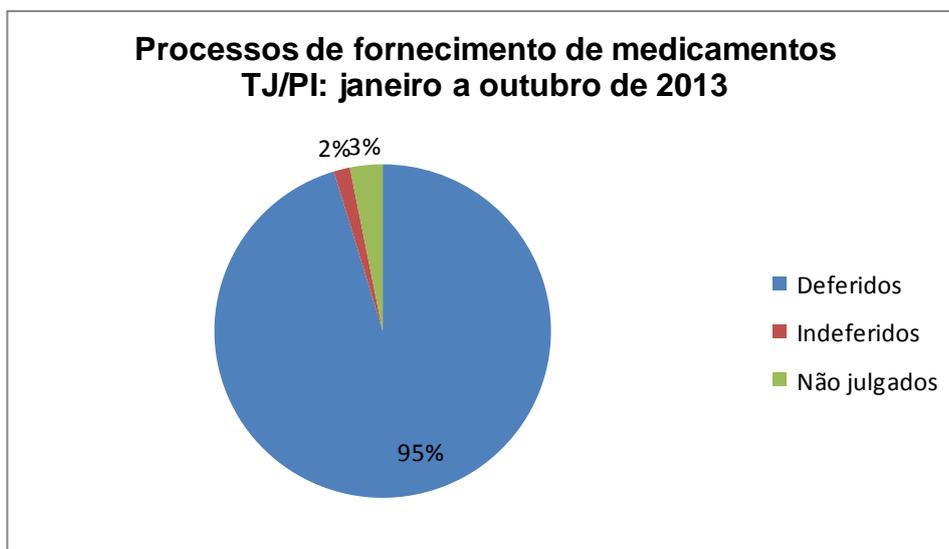


Gráfico 1: Quantitativo de processos de fornecimento de medicamentos no TJ/PI

Fonte: Pesquisa realizada no site do TJ/PI

O gráfico evidencia que a maioria dos casos de fornecimento de medicamentos pelo Estado do Piauí, por meio de ação judicial no TJ/PI, é deferida. A partir da análise dos julgados percebeu-se que os desembargadores apontam a saúde como direito de todos e dever do Estado, consequência indissociável da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do direito à vida, conforme o trecho do julgado nº 2011.0001.003071-3, em 08.11.2012, do Relator Desembargador Haroldo Oliveira Rehem proferido, conforme segue:

O direito à saúde, estampado, analítica e expressamente, na Carta Magna pátria, é direito fundamental que assiste a todas as pessoas (art. 5º, caput e § 2º c/c art. 6º, caput), representando consequência constitucional indissociável do direito à vida (direito de 1ª dimensão), o que evidencia que a sua implicação significa garantir o mínimo existencial do ser humano (princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da Carta Magna).

O mandado de segurança, ação prevalente nos casos avaliados, pressupõe para a concessão de liminar a coexistência da plausibilidade do direito invocado pelo autor, que ocorre pela infringência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, e do receio de dano irreparável pela demora na concessão da ordem.

Os requisitos considerados para firmar esse entendimento devem estar presentes nas informações contidas na peça inicial do requerente e devem ser analisados conjuntamente, com o propósito do julgador deferir a liminar de maneira justa.

Para isso exige-se a comprovação da hipossuficiência do requerente, a demonstração da necessidade do medicamento para tratamento da doença que o acomete, através da verificação dos documentos comprobatórios, bem como da negativa do Estado de fornecer o fármaco, para que assim o autor garanta a tutela pretendida, o que se pode confirmar com o acórdão de nº 2012.0001.004141-7, do TJ/PI, julgado em 25/10/2012, do Relator Desembargador Fernando Carvalho Mendes:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. ILEGITIMIDADE DO ESTADO DO PIAUÍ. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRELIMINARES AFASTADAS. IRRELEVÂNCIA DE MEDICAMENTO NAO LISTADO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE. NAO CABIMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...) 3. Sem embargo, o writ resta sobejamente instruído, de forma que a moléstia, bem como a necessidade do tratamento indicado ao paciente encontram-se, fartamente demonstrados nos autos. Existindo indicação médica de que o tratamento prescrito é o eficaz para a boa saúde do impetrante, mostra-se desnecessária a realização de prova técnica, cuja finalidade já se encontra exaurida. 4. Neste diapasão, sendo a saúde um direito fundamental, indisponível e constitucionalmente tutelado, o tratamento requerido pelo impetrante - porque, conforme prescrição médica, é o mais eficiente frente à enfermidade - não pode ser negado pelo poder público sob o argumento de não constar em listagem disponibilizada pelo Ministério da Saúde. 5. A jurisprudência pátria já assentou o entendimento de que a imposição do Judiciário com vistas à integralização do direito à saúde não viola o princípio da separação dos poderes. 6. A Administração não demonstrou manifesta impossibilidade no tocante ao fornecimento da medicação pretendida pelo impetrante, razão pela qual não lhe assiste razão quanto à escusa da reserva do possível. 7. Segurança concedida.

Outro ponto importante a ser destacado é a observância à Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça que determina o encaminhamento dos autos do processo ao Núcleo de Apoio Técnico ao Magistrado – NATEM, composto por médicos e farmacêuticos, que têm a função de disponibilizar aos juristas o apoio técnico especializado, a fim de auxiliá-los na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações relativas ao fornecimento de medicamento.

Primeiramente, verificou-se que nem todos os magistrados piauienses encaminham os autos do processo ao NATEM, para que este possa em seguida analisar se o medicamento pleiteado tem eficácia comprovada contra aquela enfermidade, bem como se não há outro fármaco que produza os mesmos efeitos e de menor custo que o pleiteado.

Nesses moldes, ressalte-se a decisão no MS nº 2013.0001.001922-2, julgado em 04.04.2013, no qual o desembargador relator Raimundo Nonato da Costa Alencar fundamentou que:

DEFIRO a medida LIMINAR reclamada, a fim de fornecer continuamente ao impetrante o medicamento necessário, na forma prescrita em receita médica, sem que seja necessariamente o exigido na inicial, mas, sim, qualquer outro de preço inferior e que produza o mesmo efeito (...).

Conforme demonstra o julgado, o relator concedeu a liminar utilizando dos parâmetros necessários para manter o equilíbrio econômico, dentro das disponibilidades orçamentárias, já que não ordenou necessariamente a compra do medicamento pretendido na demanda.

Ocorre que essa é uma situação excepcional em frente às demais decisões do tribunal, que ocasiona questionamentos relevantes para a melhoria no sistema de distribuição de medicamentos, bem como para os cofres públicos: o laudo do médico que acompanha o paciente deve prevalecer sobre o parecer do NATEM? E se houver a indicação de outros remédios constantes na lista de dispensação do SUS para o tratamento da doença ou mesmo não constando, mas possua menor preço, que medicamento fornecer?

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que pareceres médicos particulares juntados aos autos servem como prova para demonstração do direito líquido e certo do paciente. Senão, veja-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LAUDO MÉDICO EMITIDO POR MÉDICO PARTICULAR. PROVA. ADMISSIBILIDADE.

1. É admissível, em sede de mandado de segurança, prova constituída por laudo médico elaborado por médico particular atestando a necessidade do uso de determinado medicamento, para fins de comprovação do direito líquido e certo capaz de impor ao Estado o seu fornecimento gratuito.

2. Precedente: AgRg no Ag 1.194.807/MG, DJe 01/07/2010.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010).

Nesses casos, os julgadores piauienses analisam se o requerente na inicial comprovou a utilização de medicamentos disponibilizados e não disponibilizados pelo SUS e que não obteve melhora no tratamento da enfermidade, o que demonstra a necessária distribuição do fármaco.

No tocante à reserva do possível demonstrou-se que a aplicação da súmula nº 01 do TJ/PI, como já foi discutido no tópico acima, prevalece sobre a manifestação do Estado de impossibilidade de arcar com os custos oriundos da decisão judicial, uma vez que este último não comprova de forma objetiva tal escusa.

Para melhor visualização desse contexto, é importante mencionar a teoria da responsabilidade solidária, na qual todos os entes públicos são solidariamente responsáveis

pelos custos no fornecimento de medicamentos, o que demonstra que a legitimidade de propor uma ação contra quaisquer dos entes, como foi observado na Súmula 02 do TJ/PI:

SÚMULA Nº 02:

O Estado e os Municípios respondem solidariamente pelo fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde das pessoas necessitadas, na forma da lei, podendo ser acionadas em juízo em conjunto ou isoladamente.

Diante do exposto, observou-se que os desembargadores avaliam um quantitativo de processos relativamente grande, tendo em vista que na pesquisa abordaram-se exclusivamente as ações mandamentais, e priorizaram a concessão das liminares sob o aspecto de que a reserva do possível não se apresenta como óbice ao Poder Executivo em concretizar as devidas ações de saúde, haja vista o seu caráter integrador do mínimo existencial

4.3 OS EFEITOS ORÇAMENTÁRIOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DO PIAUÍ

Dessa forma, foi realizada uma entrevista semiestruturada com o diretor administrativo da Diretoria da Unidade Administrativa – DUAD da Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, Luiz Alvinho Marques Pereira, na qual foram abordados os principais pontos acerca da atuação da Secretaria em face das decisões judiciais que autorizam o fornecimento de medicamentos.

A seguir trechos da entrevista que trazem algumas informações:

O Estado do Piauí gastou de janeiro até outubro do corrente ano um total de 12 (doze) milhões de reais com o cumprimento de ações judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos. O valor de 13 (treze) milhões por ano é suficiente para atender a essa demanda, sem ocasionar prejuízos. O Piauí se comparado com os outros estados é um dos que menos gasta. O grande problema está na gestão operacional com as empresas que fornecem medicamentos, pois muitas vezes elas não têm interesse em fornecer o fármaco devido ao seu preço baixo e vendem pelo preço que quiserem, pois só almejam o lucro. (PEREIRA, DEPOIMENTO ORAL..., 2013).

De acordo com o depoimento outro fator essencial presente nos julgados ocorre quando as decisões são imediatas, determinam o cumprimento da liminar judicial, com o objetivo de fornecer o medicamento em um período curto de tempo.

Isso termina ocasionando um gasto maior de recursos para os cofres públicos, uma vez que o Estado do Piauí ao requisitar a compra do remédio das empresas fornecedoras, a faz sem licitação e encontra um obstáculo na busca do baixo preço, pois estas não têm interesse em fornecer em tempo hábil um remédio barato. A demora da distribuição ocasiona a consequente multa pelo descumprimento da decisão no tempo delimitado, além de o Estado comprar um medicamento do preço que a fornecedora impõe, pois, caso contrário, ficará sem o remédio.

Diante de tal situação, a Secretaria de Saúde realizou uma consulta pública com o Tribunal de Contas do Estado do Piauí para tentar diminuir o tempo de espera e a burocracia no fornecimento de medicamento. Nas palavras do entrevistado:

Estão sendo tomadas algumas soluções a partir dos valores dos medicamentos, a fim de que não haja demora na ordem de cumprimento da distribuição desses, como: medicamentos até R\$ 300,00 – o valor é depositado no suprimento de fundo do servidor; medicamentos até R\$ 2.000,00 – a Secretaria pede para o paciente o orçamento do medicamento em três farmácias e deposita na conta do requerente; e medicamentos mais de R\$ 2.000,00 – é feita uma licitação. (PEREIRA, DEPOIMENTO ORAL..., 2013).

Na análise da pesquisa constata-se então que o Estado do Piauí, diante do fenômeno da judicialização no fornecimento de medicamentos, ainda não demonstrou prejuízos financeiros de plano, o que comprova que o dispêndio de recursos públicos para atender a essas demandas está dentro das possibilidades do orçamento.

No entanto, vale ressaltar que as doenças tornam-se cada vez mais constantes e raras, acarretando gastos maiores a determinado grupo de pessoas por meio de uma decisão judicial, como por exemplo, o caso da Epidermólise Bolhosa Distrófica, doença conhecida pela ausência de pele que de acordo com Diário Oficial do Estado do Piauí, publicado em 27/11/2013, levou o Estado a comprar medicamentos no valor total de R\$1.400.000,00 (um milhão quatrocentos mil reais), referentes a dois processos nº 2013.0001.001060-7 e nº 2013.0001.001059-0, analisados na pesquisa.

Isso revela que a origem do problema está na organização estrutural do sistema público de saúde, uma vez que, por exemplo, há a demora na inclusão de novos medicamentos na lista do SUS, remédios estes que são constantes nas ações judiciais propostas no tribunal de justiça piauiense. Por isso, a morosidade pública pode ser considerada como um estímulo à judicialização da saúde, já que a administração não acompanha as inovações trazidas nas próprias demandas judiciais.

O que leva os Poderes da República e os entes públicos a refletir sobre a necessidade de programar e garantir a efetividade das políticas públicas já existentes, que priorizem a saúde preventiva, com a aplicação dos recursos públicos de maneira ordenada, que garanta a boa prestação de serviços públicos e, conseqüentemente, o acesso à tutela constitucional da saúde indistintamente a todos os que dela necessitam. Assim, o trabalho coletivo dos envolvidos em promover uma melhoria no sistema de saúde ocorrerá dentro do equilíbrio estabelecido pelo governo, principalmente, no que tange à reserva orçamentária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização do direito à saúde por meio do fornecimento de medicamentos via ação judicial é um tema da atualidade, presente nos julgados dos tribunais do país, principalmente sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. A análise dos meios que devem ser utilizados para efetivar o direito fundamental à saúde dentro das possibilidades orçamentárias do Estado, atinge não só os operadores do direito, mas também dos gestores públicos e toda a sociedade civil.

Como já, foi explanado, a saúde é considerada um direito polivalente e, apesar de ser reconhecida como direito social de segunda dimensão, participa de todas as dimensões constitucionais, relacionando-se com o direito à vida, direito de primeira dimensão, e com os direitos difusos, de terceira dimensão. Assim, garantir a sua real materialização é conceder a máxima efetividade do texto constitucional.

Ocorre que o problema da efetividade acompanha o direito à saúde desde a sua origem, uma vez que os direitos sociais durante boa parte da história foram considerados declarações meramente políticas, que dependiam apenas da atuação estatal, sem uma visão ampla de que tal direito abordava outros de tamanha relevância. Esta percepção veio somente a ocorrer na Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, na qual a tutela à saúde tornou-se um direito fundamental.

Diante dessa conquista e das necessidades infinitas do ser humano, o Poder Judiciário começou a ser um garantidor dos direitos constitucionais, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo não conseguiram atuar plenamente em favor do direito fundamental à saúde, seja pela inércia de legislar sobre tal matéria ou de elaborar políticas públicas de saúde preventiva, seja pela deficiente prestação de serviços, o que ocasionou o fenômeno da judicialização da saúde.

Deste modo, esse efeito multiplicador de demandas judiciais trouxe à baila a discussão quanto à disponibilidade e/ou suficiência de recursos financeiros que contemplem todas as ações positivas relacionadas a tal direito fundamental, principalmente, as relacionadas à busca do medicamento indicado ao tratamento de determinada enfermidade.

Diante de tal situação, realizou-se uma pesquisa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, a partir da análise dos julgados divulgados no *site* do Tribunal, que apontou o entendimento dos juristas piauienses defendendo a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde, com o fito de preservar o direito fundamental à vida, exigindo-se, entretanto, a comprovação da hipossuficiência do requerente, a demonstração da

necessidade do medicamento para tratamento da doença que o acomete, através da verificação dos documentos comprobatórios, bem como da negativa do Estado em fornecer o fármaco.

Vale ressaltar que o deferimento de liminares que representaram quase a totalidade das causas analisadas, em comparação com o demonstrativo disponibilizado pelo servidor da Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, quanto à média do valor dispendido no ano de 2013, o que revela que o Poder Judiciário piauiense vem priorizando a tutela constitucional da saúde, a qualquer custo, priorizando o direito à vida e preservando as normas constitucionais.

Esta situação vem gerando gradativamente ao Estado do Piauí um gasto público considerável, que momentaneamente não vem trazendo prejuízos instantâneos e urgentes, já que inexistente a comprovação de tais despesas no orçamento, mas, a longo prazo, pode acarretar um conflito de interesses, no tocante à saúde pública, entre o indivíduo e a coletividade.

A judicialização da tutela à saúde como instrumento principal para se garantir que o Estado forneça o medicamento devido pode vir a tornar-se um problema de toda a coletividade, uma vez que o planejamento administrativo e os recursos financeiros que porventura deveriam se reverter para todos, podem vir a ser despendidos em casos isolados, sem a necessária observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fato este potencializado em um estado pobre como o Piauí, no qual a maioria da população é dependente dos serviços de saúde pública gratuita.

Diante disso, o Poder Judiciário não pode tornar-se um ordenador de despesas públicas, atribuindo para si a função de distribuir as verbas referentes à saúde, por meio de suas decisões judiciais, pois tal quadro ocasionaria a impossibilidade de realizar um planejamento financeiro público capaz de gerir o Estado.

É claro que o Judiciário tem a função primordial de garantir o cumprimento das normas constitucionais e atuar diante das omissões do Estado, no entanto, essa atuação deve se dar forma harmônica com os outros Poderes Legislativo, Executivo, conforme previsão constitucional, e com a própria sociedade, verificando os meios possíveis a ser utilizados na garantia do direito à saúde a todas as pessoas de forma igualitária.

Nesse contexto, os poderes do Estado poderiam adotar conjuntamente algumas das seguintes medidas com o fito de dar efetividade à tutela constitucional da saúde de forma coletiva: debater sobre o financiamento de políticas públicas de saúde capazes de atender às constantes necessidades do indivíduo; efetuar a previsão dos gastos ocasionados pelas decisões judiciais para realizar um planejamento legal do orçamento público; buscar a atualização da lista de medicamentos do SUS em face do grande volume de ações judiciais com do pleiteamento mesmo fármaco, proporcionar audiências públicas na área da saúde

entre os profissionais do direito, da saúde e da sociedade para que sejam formuladas diretrizes de melhoria do sistema público, entre outros.

Destarte, os recursos públicos serão alocados com igualdade e ponderação, em função das necessidades da população nas diferentes classes sociais e das necessidades do indivíduo que propõe uma ação judicial em busca do medicamento, obtendo o equilíbrio social e a consequente eficácia dos direitos fundamentais nas atividades e serviços oferecidos.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Lei nº 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 serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/LEI8080.pdf>>. Acesso em: 21 agosto de 2013.

_____. Ministério da Saúde. *Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde*. Brasília, 1986. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n 319*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 04 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de outubro 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal*. Agravante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 de janeiro de 2004, DJ, 04 de maio de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 20 de out. de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA 175-AgR*. Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>> Acesso em 02 de dezembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1107526*. Data de Julgamento: 18/11/2010. Relator Ministro: Mauro Campbell Marques. Data de Publicação: DJe 29/11/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/53908570/stj-06-05-2013-pg-921> Acesso em 01 de dez. 2013.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *SUS - Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde – Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

COHN, Amélia; NUNES, Edison. et al. *A saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GHIRALDELLI JR, Paulo. *Filosofia e História da Educação Brasileira*. São Paulo: Manole, 2008.

LIBÂNEO, José Carlos. *Educação escolar: políticas, estrutura e organização*. São Paulo: Cortez, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: a efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003

PIAUÍ, Tribunal de Justiça do Estado. *Súmula nº 01*. de 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/noticias/anexos/2089_145.pdf> Acesso em 20 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. *Súmula nº 02*. de 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/tjpi/uploads/noticias/anexos/2089_145.pdf> Acesso em 20 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. *MS: 201100010030713* PI, Relator: Des. Haroldo Oliveira Rehem, Data de Julgamento: 08/11/2012, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22747693/mandado-de-seguranca-ms-201100010030713-pi-tjpi>>. Acesso em 09 de nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. *MS: 201300010019222* PI. Relator: Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Data de Julgamento: 04/04/2013. Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22575673/mandado-de-seguranca-ms-201300010019222-pi-tjpi>>. Acesso em: 07 de nov. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. *MS: 201200010041417* PI, Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes, Data de Julgamento: 25/10/2012, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22575673/mandado-de-seguranca-ms-201200010041417-pi-tjpi>>. Acesso em: 07 de nov. 2013.

RODRIGUEZ NETO, E. *A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas*. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. NESP. Incentivo a participação popular e controle social no SUS: textos para Conselheiros de Saúde. Brasília: MS.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCLIAR, Moacyr. *História do Conceito de Saúde*. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29 – 41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMPORÃO, José Gomes. *Sistemas de Saúde e os caminhos da saúde no Brasil: entrevista*. Brasília: Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, ano III, número B, julho, agosto e setembro de 2013. Entrevista concedida a Tatiana Rosa.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRAVASSOS, C. Apud COSTA, Luiz Renato Lima de. *Os critérios de alocação de recursos financeiros no Sistema Único de Saúde: uma visão a partir das normas operacionais, 1991 a 2002*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2299/98341.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.