

COMENTÁRIO À DECISÃO PROFERIDA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1410512- 62.2014 PELO TJ/MS

COMMENTARY ON THE DECISION GIVEN IN INSTRUMENT OF TORT
No. 1410512-62.2014 BY TJ / MS

Ana Rafaely Tomaz da SILVA¹

Lucas Gomes da SILVA²

Marcos ALCARÁ³

Resumo: O presente estudo analisa a decisão prolatada pelo TJ/MS ao julgar o Agravo de Instrumento interposto contra a concessão de tutela antecipada proferida por juízo singular em AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c.c. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, na defesa de paciente da área da saúde que necessitava de tratamento urgente.

Palavras - chave: Tratamento medico, urgência, dever do Estado.

Abstract: *This study examines the decision handed down by the TJ / MS to judge the Interlocutory Appeal brought against the preliminary injunction issued by a single judgment in CIVIL ACTION TO MAKE PUBLIC cc OBLIGATION ADVANCE PROTECTION PARTICULAR filed by the State Prosecutor , the defense of patient health which required urgent treatment.*

Keywords: *Medical treatment, emergency, state duty.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Enfrentamento da decisão prolatada; 3. O princípio da isonomia; 4. Direito à saúde e orçamento público; 5. Considerações finais; 6. Referências.

¹ Graduada em Direito. Acadêmica do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS-Dourados. Email: ana.rafaely@hotmail.com

² Graduado em Direito. Acadêmico do Curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS-Dourados. Email: lucasuem@hotmai.com

³ Graduado em Direito. Professor do curso de Direito da UEMS. Professor do curso de Especialização em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS-Dourados. Mestre em Processo Civil. Email: alcara@uem.br

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de analisar a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul no Agravo de Instrumento nº 1410512-62.2014 interposto contra a concessão de tutela antecipada por magistrado da Comarca de Jardim/MS no bojo de Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer cumulada com pedido de Antecipação de Tutela Específica, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, na defesa de um paciente idoso portador de artrose coxofemoral grau III, em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na ação proposta, o órgão ministerial expôs que o idoso portava doença progressiva e degenerativa que acometia o seu quadril e poderia evoluir para um quadro de total incapacidade de locomoção, deixando-o dependente do uso de cadeira de rodas, sendo que o mesmo não tinha condições financeiras para custear o procedimento cirúrgico do qual necessitava, o que já vinha tentando agendar pelo Sistema Único de Saúde- SUS há mais de 02 (dois) anos. Constatou-se o pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar ao Estado que providenciasse o imediato tratamento do paciente, bem como custeasse todas as despesas que se fizessem necessárias, inclusive eventuais gastos com deslocamento.

Dentre os argumentos alegados em favor do idoso, destaca-se a subjetividade do direito social à saúde, o caráter universal e igualitário do Sistema Único de Saúde e a solidariedade dos entes da federação na prestação do serviço de saúde pública.

O juízo singular acolheu na íntegra o pedido, determinando liminarmente que o requerido cumprisse a decisão no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa, no importe de R\$ 300, 00 (trezentos reais) por dia de atraso.

Inconformada, a Procuradoria do Estado interpôs, com fundamento nos art. 522 a 529 do Código de Processo Civil, Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo no Tribunal de Justiça Sul-Matogrossense, objetivando revogar a tutela antecipada concedida. Subsidiariamente, pleiteou a exclusão da *astreinte* fixada e que o prazo de cumprimento da decisão fosse estendido para 90 (noventa) dias.

Na tentativa de cassar a liminar concedida, sustentou-se a ausência de *periculum in mora*, ao argumento de que na ação intentada buscava-se uma cirurgia eletiva, que apresenta-se como procedimento cirúrgico indicado para tratamento do paciente, porém não revestida das características de urgência ou emergência, tendo em vista que o idoso não estava sob imediato risco de vida ou sofrimento intenso. Consta a alegação de que a cirurgia do idoso poderia ser realizada em data escolhida a partir de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, devendo o paciente aguardar na lista de espera a sua vez, em respeito ao princípio constitucional da isonomia.

O efeito suspensivo foi requerido ao argumento de que o prosseguimento do processo, com o cumprimento do determinado na decisão do juiz de primeiro grau, poderia acarretar para o Estado um prejuízo irreversível, vez que ele teria que dispensar valor elevado para custear o tratamento de um único paciente, preterindo-se a ordem cronológica de espera de tratamento no SUS.

Consta a alegação de irrazoabilidade do prazo para cumprimento da decisão, já que o paciente sequer tinha passado pelos exames necessários à realização da cirurgia, o que fatalmente acarretaria a extrapolação do prazo fixado. Observa-se o pedido de exclusão da *astreinte* imposta, sob o argumento de medida ilegal como instrumento a forçar o Estado a cumprir a decisão, ressaltando-se que a lei processual prevê outras formas de medidas executivas indiretas que podem ser aplicadas pelo juiz, o qual deverá se pautar na “cláusula geral de efetivação” e analisar qual a medida mais adequada a assegurar o cumprimento de sua decisão.

O relator no TJ/MS recebeu o recurso interposto nos efeitos devolutivo e suspensivo apenas para o fim de estender o prazo de cumprimento da decisão para 30 (trinta) dias. Na decisão proferida ressaltou que não era razoável conceder apenas 10 (dez) dias para que o requerido providenciasse a imediata cirurgia do idoso, considerando-se a necessidade da realização de exames pré-operatórios que inevitavelmente ultrapassariam referido prazo.

Em relação ao prazo concedido para cumprimento da decisão pelo requerido, afirmou que o direito à saúde guarda estreita relação com a manutenção da vida, de forma que a urgência reclamada no caso requeria prazo exíguo para realização da cirurgia, sob pena de se acarretar ao paciente prejuízos irreversíveis, qual seja, a perda total da capacidade física.

Na seqüência, sobreveio decisão do relator que tão somente confirmou a anterior prolatada, dando-se provimento parcial ao Agravo de Instrumento interposto, nos termos do art. 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil.

Cumprir registrar a ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PACIENTE PORTADOR DE ARTROSE COXOFEMORAL GRAU III. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DEVER DO ESTADO. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA, PORQUANTO PRESENTES OS REQUISITOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PEDIDO DE DILATAÇÃO DO PRAZO DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO.

CONCEDIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É dever do Estado fornecer medicamento gratuitamente para pessoas carentes, como se depreende do art. 196 da Magna Carta.

Considerando os bens jurídicos sopesados, cumpre colocar em primeiro plano o direito à vida. Presentes os requisitos para concessão da liminar, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação da tutela é medida que se impõe. Razoável o prazo de 30 dias para que Estado cumpra a determinação, pois é necessário diversos procedimentos anteriores à realização da intervenção cirúrgica, inclusive exames no paciente e avaliação do risco cirúrgico, no qual será analisada a sua saúde e higidez para submeter-se à intervenção clínica. (Agravo de Instrumento nº 1410512/62.2014, proferido pelo TJ/MS, em 30/09/2014. Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. 4º Câmara Cível).

Em suma, restam exaltados os pontos principais da ação em comento, sobre a qual foi proferido o acórdão nº 1410512-62.2014.8.12.0000, eleito para debate de alguns de seus tópicos, por meio do presente trabalho, o que é feito com intuito de contribuir para o aprimoramento do tema, dada a amplitude das matérias envolvidas.

2. ENFRENTAMENTO DA DECISÃO PROLATADA

Da leitura da decisão exarada nos autos do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, algumas questões importantes se apresentam como passíveis de estudo, dentre elas, destaca-se duas:

a) Ocorre violação ao princípio da isonomia quando, em função de decisão judicial, um cidadão enfermo “fura a fila” e recebe tratamento gratuito do Estado em detrimento de outras pessoas em igual estado de saúde e que permanecem aguardando o atendimento do SUS (Sistema Único de Saúde)?

b) Diante do aumento do número de demandas propostas no Judiciário com a finalidade de se obter uma tutela antecipada na consecução de um imediato tratamento de saúde pelo Sistema Único de Saúde, como enfrentar as alegações dos requerentes sem se afastar da cautela necessária, evitando-se o desequilíbrio do orçamento estatal como consequência do cumprimento nas decisões?

O acórdão indicado possui diversos tópicos passíveis de estudo, entretanto, apenas a análise dos questionamentos indicados consistirá no objeto deste trabalho.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Na abordagem do referido tema, recorre-se à Constituição Federal vigente, que no artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Observa-se que sempre que houver violação de direitos, o Poder Judiciário poderá ser provocado no intuito de tutelar e garantir o direito da parte lesada.

Nessa quadra, considerando que a ação é um direito garantido a todos e sendo o direito à saúde um direito social constitucionalmente assegurado (art. 6º, da CF/88), conferindo-se a ele, ainda, um caráter universal (art. 196 do Texto Maior), poder-se-ia concluir simplesmente pela absoluta liberdade de atuação do Poder Judiciário na efetivação desse direito.

Para Queiroz,⁴ o fundamento da judicialização da saúde reside no reconhecimento de que se trata de um direito subjetivo do cidadão, o qual pode exigir do Poder Público ações no sentido de efetivar o acesso a esse direito em casos excepcionais em que não se possa esperar a fila normal de atendimento do sistema público.

Nas palavras da citada autora: “Não há discricionariedade para não agir. A não ação discricionária resulta em omissão inconstitucional, tendo o Judiciário, como um dos poderes vinculados à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, obrigação de agir [...]”.⁵

Entretanto, observa-se que demandas dessa natureza acabam por envolver questões relevantes que precisam ser levadas em consideração. Isso porque, quando o Estado cumpre uma determinação judicial que o obriga a fornecer tratamento de saúde específico a um indivíduo, seja fornecendo um medicamento de alto custo, seja realizando um procedimento cirúrgico, a medida gera impactos, especialmente de ordem econômica e social, no interesse público, cabendo ao magistrado, na análise dos casos concretos que chegam em suas mãos, fazer uma ponderação do interesse particular em detrimento do público.

Oportuno colacionar as palavras de Kildare Gonçalves Carvalho acerca da exigibilidade do direito à saúde:

São direitos de *status positivus*, já que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, como o objetivo de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade. Envolve a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante a instituição e execução de políticas públicas.⁶

⁴ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 144.

⁵ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Op. Cit.* p. 144.

⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional*

Assim, o dever do Estado em atender às necessidades na área da saúde, mantém ligação com a atendimento à categoria dos direitos fundamentais, por estar interligado ao direito à vida e à existência digna, representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo considerado uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão, a ser exercida nos casos em que se apresente necessário.

Decisão em sentido contrário, negando atendimento a paciente que pleiteava cirurgia bariátrica pelo SUS por entender que a impetrante não havia comprovado estado de saúde mais grave do que os outros pacientes que aguardavam o tratamento em condições semelhantes e, por tal motivo, não poderia se valer do *mandamus* para “furar” a fila de espera”; confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. OBESIDADE MÓRBIDA. HIPERTENSÃO. DIABETES. PACIENTE QUE AGUARDA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO BARIÁTRICO EM FILA DE ESPERA DO SUS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O PROCEDIMENTO SE TRATA DE SUA ‘ÚNICA SOLUÇÃO’ OU DE QUE SEU ESTADO DE SAÚDE É PIOR DO QUE OS CIDADÃOS QUE INTEGRARAM ANTES A REFERIDA FILA DE ESPERA. ORDEM DENEGADA. Ainda que seja considerado grave seu estado de saúde, tal como evidenciam os documentos que instruem o processo, não se pode ter como aperfeiçoada a exigida ‘prova pré-constituída’ de que a impetrante, portadora de obesidade mórbida, possua direito líquido e certo de preferência em relação aos demais integrantes da ‘fila de espera’ do SUS que também aguardam o procedimento cirúrgico bariátrico. A impetrante tem direito a ser atendida pelo SUS, mas ela não tem direito de, via *mandamus*, ‘furar a fila de espera’ desse atendimento, se não prova cabalmente que o caso dela é mais grave e urgente do que aqueles que estão à sua frente. (TJMG: MS 1.0024.07.503962-8/001, Rel. Armando Freire, julg. 12/08/2008).

Portanto, conclui-se que o julgador, ao enfrentar tal tema, necessita julgar com cautela as causas que envolvem a saúde pública, sob pena de se proferir decisões que, imediatamente, solucionarão o problema de determinado indivíduo, mas que podem ocasionar prejuízos ao interesse público, sendo razoável a concessão da tutela antecipada somente nos casos em que o paciente comprovar que sua situação é peculiarmente mais grave quando comparada às dos outros pacientes que, em iguais condições, também aguardam na fila do Sistema Único de Saúde, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

4. DIREITO À SAÚDE E ORÇAMENTO PÚBLICO

O elevado número de demandas judiciais travadas entre o cidadão e o Poder Público, na busca de tutelas de urgência, entre elas, o deferimento indiscriminado de liminares, pode gerar também o desequilíbrio do orçamento público, visto que o Estado vem sendo obrigado a fornecer medicamentos de alto custo ou a realizar procedimentos cirúrgicos complexos, ocasionando gastos que não estão no seu planejamento.

Apresentam-se vários argumentos em favor do Estado, na tentativa de se atenuar a intervenção dos cidadãos junto ao Poder Judiciário almejando soluções pontuais; entre eles, o da limitação orçamentária do Estado, o qual tem sido rechaçado por não ter força equiparativa em relação ao direito à vida, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Acerca do tema, destaca-se o entendimento o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.⁷

Observa-se a colisão de valores ou interesses que contrapõem-se no enfrentamento do interesse do particular, que apresenta-se a mercê do serviço público, vez que o Estado vê-se na obrigação ou não de fornecer o medicamento ou tratamento solicitado, em face do risco de prejudicar o regular desenvolvimento das demais atividades estatais.

Tal discussão apresenta-se diante da confrontação de interesses, onde não há um consenso ou solução singela, por envolver questões constitucionalmente protegidas, seja enquanto direito fundamental do ser humano (direito à saúde), seja por envolver a organização e estruturação do Poder Público (programação do orçamento público).

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Interesse Público. 2007; 46:31-61. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acessado em 31/10/2014.

Colaciona-se texto extraído do artigo: “Judicialização da saúde desorganiza o funcionamento do SUS”, de Beatriz Viegas, que destaca a importância do tema e a necessidade de maior aprofundamento sobre a questão:

A banalização do uso dessas ações judiciais promove a iniquidade, desorganiza o funcionamento do SUS e da saúde suplementar, além de distorcer o seu financiamento ao impor alocação de recursos em áreas nem sempre prioritárias ou de relação custo/benefício técnica, econômica ou moralmente não justificáveis.⁸

De outro turno, há quem defenda a possibilidade da judicialização da saúde, alegando que compete ao Poder Judiciário zelar pelo respeito à Constituição Federal e aos direitos nela assegurados, ainda que isso lhe custe agir em detrimento e com interferência nos outros Poderes, como se observa do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO – CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA-AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS. (REsp 208.893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.3.2004).

A discussão vem sendo debatida de longa data, tendo dado origem a duas teorias que se contrapõem: a reserva do possível, frequentemente utilizada como matéria de defesa do Estado e o mínimo existencial, por vezes argüida na defesa dos cidadãos, que, somadas, refletem as escolhas estratégicas do Estado, o qual, ante sua limitação recursal, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas.

A questão ora abordada não pode ser dissociada da teoria da reserva do possível, muitas vezes argüida como óbice à ingerência do Judiciário no âmbito das políticas públicas.

⁸ VIEGAS, B. *Judicialização da saúde desorganiza o funcionamento do SUS*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-25/beatriz-viegas-judicializacao-saude-desorganiza-funcionamento-sus>> Acesso em: 30/10/2014.

Nesse sentido, cabe destaque à crítica tecida por Dirley da Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos [...] os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo da reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra - este sim, é o caso - devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.⁹

As prestações positivas impostas constitucionalmente ao Estado, especialmente no que dizem respeito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, visam garantir o já mencionado mínimo existencial, cuja efetivação deve ser alvo prioritário dos gastos públicos e da atuação estatal.

Acerca do direito à saúde, Germano Schwartz esclarece que “A saúde, como direito público subjetivo e fundamental do ser humano, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Essa é, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada do Poder Judiciário: garantir a observância e cumprimento dos direitos fundamentais do homem”.¹⁰

Em sede jurisprudencial, o Tribunal do Estado de Mato Grosso do Sul tem se posicionado na adoção da teoria do mínimo existencial, consoante pode ser observado nos julgados a seguir:

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 734-735.

¹⁰ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 163.

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – AGRAVO RETIDO – FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE SAÚDE – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – TRATAMENTO CONSIDERADO EXCEPCIONAL – FORNECIMENTO GARANTIDO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSO NÃO PROVIDO. 1 - Por ser a saúde um direito de todos e um dever do Estado, no sentido genérico, é clara a legitimidade do Estado para figurar no polo passivo da ação, não havendo falar em denunciação da lide do Município de Campo Grande, ou mesmo chamamento ao processo. 2 - O Estado tem o dever de garantir a saúde a todos os que dela necessitam, não é plausível que a edição de portaria restrinja o alcance de norma constitucional. 3 - Não há afronta à ordem econômica, orçamentária e à saúde pública pelo efeito multiplicador das ações individuais, porquanto é função do Poder Judiciário aplicar a lei e garantir a dignidade da pessoa humana. (TJ MS: AC 2009.002140-3/0000-00, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª turma cível, jul. 11/03/2009).

(...)MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – APRECIADO PELA SEÇÃO CÍVEL QUANDO DA ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – IMPETRANTES PORTADORES DE ARTRITE REUMATÓIDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO TRATAMENTO DOS IMPETRANTES – DEVER DO ESTADO CONSAGRADO NO ARTIGO 196 DA CF – LAUDO MÉDICO INFORMANDO SER O MEDICAMENTO HUMIRA INDISPENSÁVEL PARA O TRATAMENTO DA ARTRITE REUMATÓIDE – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM O MÍNIMO EXISTENCIAL – ORDEM CONCEDIDA. A teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial, somando-se ao fato de que o fornecimento de medicamento imprescindível para a saúde de um cidadão é de vital importância para assegurar o mínimo de existência, já que não há como conjugar vida digna sem observância ao direito à saúde, padece de amparo a assertiva apresentada pelo impetrado para se eximir do fornecimento do medicamento Humira. (TJ MS: Mandado de Segurança - N. 2005.005634-

Assim, observa-se que compete ao julgador exercer o juízo de ponderação entre os interesses em jogo; sendo que ambas as teorias invocadas são legítimas. Embora seja dever do Estado garantir um mínimo de existência aos cidadãos para que eles tenham uma vida digna, em contrapartida, ele não pode satisfazer integralmente o interesse de todos, até porque não tem condições para isso, pois, como dito alhures, os recursos públicos são escassos.

Caberá aos magistrados, portanto, verificar na análise do caso concreto, se o pedido do requerente é razoável e se compatibilizam com a possibilidade do Estado de fornecê-lo sem prejuízo do interesse público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da análise dos temas propostos, concluiu-se que cabe aos magistrados, em primeiro grau e em grau de recurso, julgar com as cautelas necessárias as causas que envolvem a saúde pública, sob pena de se proferir decisões que, embora solucionem o problema de determinado indivíduo, podem ocasionar prejuízos ao interesse público, sendo razoável a concessão da tutela antecipada somente nos casos em que o paciente comprovar que sua situação é peculiarmente mais grave quando comparada às dos outros pacientes que, em iguais condições, também aguardam na fila do Sistema Único de Saúde.

Compete ao julgador exercer um juízo de ponderação entre os interesses em jogo. Ambas as teorias frequentemente invocadas nas demandas de saúde (Reserva do Possível e Mínimo Existencial) são legítimas; se de um lado é dever do Estado garantir um mínimo de existência aos cidadãos para que eles vivam com dignidade, de outro, ele não pode satisfazer integralmente o interesse de todos, em razão da escassez dos recursos públicos. No sistema constitucional brasileiro, em que o direito à saúde está posicionado como um direito fundamental, é necessário que, na análise do caso concreto, sejam ponderados se o pedido do requerente é razoável e se compatibiliza com a possibilidade do Estado de fornecê-lo sem prejuízo do interesse público no regular desenvolvimento das atividades em curso.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Interesse Público. 2007; 46:31-61. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acessado em 31/10/2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16. ed. Del Rey, 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEGAS, B. *Judicialização da saúde desorganiza o funcionamento do SUS*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-25/beatriz-viegas-judicializacao-saude-desorganiza-funcionamento-sus>> Acesso em: 30/10/2014

Recebido em: 27/06/2015

Aceito em: 10/07/2015