

ATÉ QUANDO O PODER JUDICIÁRIO VAI SER PROVOCADO A ENTREGAR NO 'VAREJO' DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SAÚDE QUE DEVERIAM SER MATERIALIZADOS NO 'ATACADO' PELO PODER EXECUTIVO?

Ruan Jacob Bianchi Aguiar¹

Resumo: O presente artigo se ocupa em descrever o conceito do direito a saúde, bem como explicar suas principais características, pois essa temática é um dos temas mais atuais e necessita, portanto, de importante discussão para se alcançar uma linha de pensamento acerca do tema. Aponta ainda que o Poder Judiciário deve obrigar o Estado a cumprir as políticas públicas a que se obrigou mediante a implementação das normas programáticas. Estabelece que o ônus da prova da reserva do possível pertence ao Estado e, ante a sua inércia, deve ser compelido a garantir o mínimo existencial. Por fim, arremata com o posicionamento do TJ/MS sobre as ações de conceder medicamentos e, ainda, traz a resposta para até quando o Poder Judiciário terá que fornecer medicamentos no varejo.

Palavras chaves: Direitos Humanos Fundamentais; Políticas Públicas; Normas Programáticas; Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

Abstract: *The present article is in charge of in describing the concept of the right the health, as well as to explain their main characteristics, because that theme is one of the most current themes and he/she needs, therefore, of important discussion to reach a thought line concerning the theme. It appears although the Judiciary Power should force the State to accomplish the public politics the one that assumed an obligation by the implementation of the norms programáticas. He/she establishes that the obligation of the proof of the reservation of the possible belongs to the State and, before his/her inertia, it should be compelled to guarantee the existential minimum. Finally, it finishes up with the positioning of TJ/MS about the actions of granting medicines*

¹ Advogado e Bacharel em Direito pela UNIGRAN - Centro Universitário da Grande Dourados. Artigo apresentado como requisito para obtenção do Grau de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD - Universidade Federal da Grande Dourados, orientado pelo Professor Dr. Gassen Zaki Gebara.

and, still, he/she brings the answer for until when the Judiciary Power will have to supply medicines in the retail.

Keywords: *Human rights Fundamental; Public politics; Norms Programáticas; Existential minimum. He/she reserves of the Possible.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa iniciou-se pelo fato do Poder Judiciário cada vez mais ser acionado para entregar medicamentos que deveriam ser entregues através de políticas públicas pelo Poder Executivo, revelando, assim, que mesmo após 23 anos da promulgação da Constituição Cidadã, o Brasil ainda não conseguiu assegurar o mínimo existencial no tocante ao direito a saúde.

Examinaram-se as decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul do ano de 2011, codificando o atual posicionamento da Corte, dirimindo, assim, possíveis dúvidas e contribuindo para a efetivação da entrega dos direitos fundamentais.

Assim, é de grande importância o estudo dos direitos sociais prestacionais, seja por pertencer à categoria de direitos fundamentais, seja por possibilitar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, assim, que o cidadão brasileiro tenha o mínimo existencial para sua sobrevivência.

2. DIREITO A SAÚDE E DIREITOS HUMANOS

Verifica-se na história que após o término do terror nazista vivenciado durante a Segunda Guerra Mundial surgiu a necessidade de reconstruir o valor dos direitos humanos como referencial ético a orientar a ordem internacional. Para isso em 1948 foi elaborada a Declaração Universal de Direitos Humanos que em seu preâmbulo prevê que os povos promoverão o progresso social e melhores condições de vida².

² *Preâmbulo Declaração Universal Direitos Humanos: Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.*

Uma das medidas estabelecidas na Declaração de 1948 para assegurar melhor qualidade de vida aos indivíduos foi à previsão em seu artigo XXV³ de que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar.

Percebe-se, assim, que o direito a saúde recebeu da Declaração Universal o título de direitos humanos pelo fato de estar aliado ao direito a vida, pois possuir saúde é um meio capaz de proporcionar bem estar ao ser humano.

Dando seguimento ao reconhecimento do direito a saúde como direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Econômicos de 1966⁴ estabeleceu no preâmbulo que só pode ser realizado o ideal do ser humano livre se forem criadas condições que permitam as pessoas gozarem dos direitos sociais e econômicos em conjunto com os direitos civis e políticos. E ainda, o artigo 265 estabeleceu que os Estados comprometeram-se ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos e sociais, visando alcançar o ideal para o ser humano livre.

Isto significa que o direito a saúde considerado como direito humano deve ser positivado nas Cartas Constitucionais de cada Estado que deverão, progressivamente, garantir meios eficazes de alcançar o ideal de bem estar para o ser humano livre. No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, no Título II, em seu artigo 6^o, elevou o direito à saúde ao plano de direitos fundamentais, pois inseriu os direitos sociais no capítulo intitulado de Direitos e Garantias Fundamentais.

³ *Artigo XXV Declaração Universal Direitos Humanos: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.*

⁴ *Preâmbulo Pacto São José da Costa Rica: Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.*

⁵ *Artigo 26 Pacto São José Costa Rica: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.*

⁶ *Artigo 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

José Afonso da Silva⁷ entende que direitos fundamentais “são aquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo⁸ concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Norberto Bobbio⁹ afirma que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer.

A definição de Alexandre de Moraes¹⁰ é a seguinte: “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida”.

Pode-se, assim, conceituar o direito a saúde como direito fundamental intimamente ligado à idéia da dignidade da pessoa humana, positivado no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito.

Norberto Bobbio¹¹ entende que para ter direitos, basta a condição de ser humano, independente se o direito esta ou não positivado no ordenamento jurídico, enquanto Kant arremata mencionando que o ser humano é um fim em si mesmo¹². Logo, a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio.

Isso significa que todos tem direito a saúde, pois foi elevado como direito humano pela Declaração Universal de 1948 e considerado direito fundamental pela Carta Magna de 1988.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed Malheiros, São Paulo, 15ª Ed., 1998. p. 150.

⁸ O direito positivo é o direito posto (*positum – posto e positivo*) pela autoridade do legislador, dotado de validade, por obedecer a condições formais para tanto, pertencente a um determinado sistema jurídico. (KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 364).

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 165.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05.

¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 85.

No dizer de Hannah Arendt¹³ os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Desta forma, depreende-se que o termo direitos humanos é uma forma abreviada de indicar os direitos fundamentais da pessoa humana, pois sem o direito a saúde a pessoa não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida como um ser humano livre.

Aliás, todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade e sem saúde não há possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar.

De acordo com essa afirmação é que se pode referir o direito a saúde como direito de segunda geração, classificando-se como liberdades sociais, pois o Estado tem a obrigação de proporcionar o bem estar da sociedade¹⁴.

Como na primeira dimensão de direitos fundamentais evitava-se a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando, assim uma atitude negativa, a segunda dimensão é o contrário, caracteriza-se pela ação positiva, de fazer o Estado atuar de forma a propiciar um direito de participar do bem-estar-social.

Aduz Uadi Lammêgo Bulos¹⁵ que assim como os direitos sociais em geral (art. 6º, Cf), o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e prestações negativas. Portanto, o direito a saúde está relacionado ao direito fundamental de segunda geração, sendo dever do Estado mediante ações positivas assegurá-lo, a fim de que o indivíduo possa ter uma vida digna, atendendo o postulado da dignidade da pessoa humana.

3. AS NORMAS PROGRAMÁTICAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

As normas constitucionais programáticas são normas infraconstitucionais que dependem de regulamentação e atuam de maneira a estabelecer os parâmetros

¹³ ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979, p. 134.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988*. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002, p. 52.

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003. págs. 1.291-1.292.

para a atuação do legislador e, ainda, condicionam o Poder Judiciário a garantir sua aplicação, limitando o arbítrio administrativo¹⁶.

Dada a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro, foram criados mecanismos para garantir a sua eficácia, sendo: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88), a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88) e a iniciativa popular (art. 14, III, CF/88), além, é claro, do conteúdo do parágrafo primeiro do artigo quinto, que determina a aplicabilidade imediata das “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”¹⁷.

Ocorre que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social, como a saúde, leva a entender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, isto é, dependentes da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.

O termo “políticas públicas” na sua essência está ligado fortemente ao Estado, que determina como os recursos são usados para o benefício de seus cidadãos¹⁸. Assim, as normas de princípio programático, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal¹⁹ que trata do direito a saúde, apresentam as diretrizes a serem concretizadas pelos órgãos governamentais, a fim de atingir a realização dos fins sociais do Estado²⁰.

Por outro lado, as políticas públicas voltadas para a saúde nos últimos anos têm sido de grande importância para a população de todo o país, mesmo sabendo-se que a sua efetivação não tenha sido aplicada de forma equitativa e satisfatória.

Isso porque historicamente as políticas públicas no Brasil caracterizam-se de forma subordinada aos interesses políticos, sendo asseguradas através de práticas clientelistas, refletindo relações que não incorporam o reconhecimento dos direitos sociais, ante a corrupção vivenciada no sistema de saúde.

Verifica-se, assim, que a falta de medicamentos é resultante de ações de governos corruptos que, indiretamente, acarretam na superlotação de hospitais,

16 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 164.

17 *Idem*. p. 165.

18 SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. IN *Sociologias* n° 16. Junho/ dezembro 2006, p. 20-45

19 Art. 196, Cf: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*.

20 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138.

falta de aparelhos e, inclusive, falta de pessoas para trabalharem, como informa noticiário do Jornal Gazeta do Povo²¹:

A Gazeta do Povo informa que seis pessoas foram presas no Paraná em uma operação contra fraudes em licitações para a compra de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), na manhã desta segunda-feira (16). A ação foi desencadeada pela Polícia Federal e pela Controladoria-Geral da União (CGU). Os mandados de prisão no Estado foram cumpridos em Santa Helena, São Mateus do Sul, Agudos do Sul e Ventania. A PF cumpriu ainda um mandado de busca e apreensão na sede da prefeitura de Matinhos, no litoral do Paraná. Todos os mandados no Paraná já foram cumpridos. Além do Paraná, os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará e Rondônia são alvo da operação da PF. No total, são 64 mandados de prisão. Pelo menos 51 deles foram cumpridos até o meio-dia. Foram 25 no Rio Grande do Sul, seis no Paraná, três em Santa Catarina, três no Mato Grosso e 11 no Mato Grosso do Sul. São notícias como essa que confirmam a necessidade da CPMI da Saúde no Congresso Nacional.

Em poucas palavras, a corrupção no setor da saúde mata e tais práticas ilícitas causam perda de grandes quantidades de dinheiro que poderiam ser usadas para comprar remédios ou contratar mais pessoal nas instituições médicas.

Nesta senda, o Senador Alvaro Dias²² em seu blog na internet informa que o sistema de saúde do Brasil está um caos, uma tragédia, decorrente da incompetência administrativa que corrói os cofres públicos, veja:

Setores que têm os maiores orçamentos da União e estão diretamente ligados aos cidadãos, Saúde e Educação são também os que mais sofrem com a corrupção no Brasil. Segundo o Departamento de Patrimônio e Probidade da Advocacia Geral da União (AGU), de 60% a 70% dos recursos públicos desviados no país são dessas duas áreas. É, por exemplo, dinheiro destinado a reformas de escolas e hospitais, compra de merenda escolar e de medicamentos, construção de quadras esportivas e procedimentos do SUS, mas que acaba indo para o ralo por causa da corrupção. Auditorias da Controladoria Geral

21 <<http://www.alvarodias.blog.br/2011/05/corrupcao-na-saude-publica-da-cadeia-para-alguns/>>. Acessado em 02/08/2011, às 13:00 horas.

22 <<http://www.alvarodias.blog.br/tag/saude/>>. Acessado em 02/08/2011, às 15:00 horas.

da União (CGU) constataram, apenas entre 2007 e 2010, desvios de R\$ 662,2 milhões nesses dois setores. E quase metade dos acusados de improbidade em todas as áreas da administração pública, segundo a AGU, é de prefeitos ou ex-prefeitos. Um dos problemas é a falta de fiscalização, mas também a pulverização dos recursos.

Logo, as políticas sociais embora concebidas como ações que buscam diminuir as desigualdades entre indivíduos contribuem na prática para acentuar as desigualdades expressa numa sociedade heterogênea com situação de pobreza.

Diante do quadro caótico do sistema de saúde, diversas pessoas acionam o Poder Judiciário para assegurarem os seus direitos fundamentais, como a concessão de medicamentos e obtêm como resposta a concretização desse direito, eis que é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana.

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial está ligado à ideia de liberdade. É, ainda, considerado em sua dimensão essencial e inalienável, pois a entrega de medicamentos caracteriza a tutela do mínimo existencial²³. Assim, podemos definir o mínimo existencial nas palavras de Ricardo Lobo Torres²⁴ como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

No que tange às prestações positivas, cabe ao Estado o fornecimento gratuito da função jurisdicional, dentre elas o de fornecimento de medicamentos, considerado direito fundamental.

Todavia, o Estado deve limitar-se a entrega de bens indispensáveis à sobrevivência dos pobres, pois não é obrigado a fornecer medicamentos para toda a população, mas somente para aqueles que comprovarem sua pobreza e que não estiverem sendo alcançados pelas políticas públicas prestacionais do Estado, digo os efeitos de tais medidas não proporcionarem uma vida digna.

23 TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p. 120.

24 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

Pode-se encontrar a idéia de mínimo existencial no artigo 1º da Lei 8.742/93 que menciona: “*A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas*”.

Além disso, encontra-se também a idéia de mínimo existencial na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo 25 que menciona: “*Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários*”.

Exemplo da materialização do mínimo existencial na área da saúde é a prestação de medidas como: campanha de vacinação, erradicação de doenças endêmicas, combate a epidemias, concessão de preservativos para combater o HIV, o que beneficia toda a população.

Portanto, o Estado deve se valer de políticas públicas para garantia do mínimo existencial que consiste no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

5. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ao analisar a STA nº 278-6, ajuizado pelo Estado de Alagoas, contra decisão do Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, mantida pelo TJ daquele Estado, que determinou ao Estado de Alagoas o fornecimento do medicamento denominado MABTHERA (Rituximabe), em favor de Maria de Lourdes da Silva o STF confirmou a ordem judicial concedida.

No referido caso, a paciente estava em tratamento quimioterápico, pois sofria da doença leucemia, cujo tratamento foi orçado em mais de R\$ 150.000,00 e, ainda, o medicamento pretendido não constava no protocolo do SUS.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, indeferiu o pedido do Estado de Alagoas, entendendo que o ônus da prova da ocorrência da reserva do possível como fator impeditivo dos direitos sociais cabe ao Estado e, no presente caso, o Poder Público não provou a ausência financeira de cumprir a decisão judicial²⁵.

²⁵ STA 278-6. Voto Ministro Gilmar Mendes. Liminar Nº 2008.001847-2/0001.00). Julgamento dia: 22/10/2008.

E ainda completou dizendo que “levar a sério os direitos fundamentais significa levar a sério à escassez²⁶”, pois os direitos sociais prestacionais demandam a utilização de recursos públicos, eis que exigem do Estado ações positivas para sua garantia. Comentando o assunto, o Juiz Federal George MARMELSTEIN²⁷, explica sobre o ônus da prova da teoria da reserva do possível:

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Portanto, somente é cabível a teoria da reserva do possível quando restar devidamente comprovado o prejuízo para o Estado, eis que o ônus da prova de demonstrar que a decisão judicial causará mais danos do que vantagens pertence ao Estado. Por isso, deve trazer ao processo os elementos financeiros capazes de justificar a não efetivação do direito fundamental.

6. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MS FRENTE ÀS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE CONCEDER MEDICAMENTOS NO ANO DE 2011

No Agravo nº 2011.001507-4/0000-00 – Campo Grande – Relator Exmo Sr. Dês. Josué de Oliveira, julgado em 15-03-2011 o Tribunal de Justiça analisou

²⁶ *Idem*. p. 5.

²⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p. 36.

um caso em que a autora Benedita Alves de Souza, com idade de 81 anos, portadora da doença Alzheimer pretendia o fornecimento do medicamento transdérmico Exelon Patch – (Rivastigmina), 01 vez ao dia pelo prazo de 06 meses.

Nesse caso, o TJ/MS entendeu que a medicação foi prescrita por médica da rede municipal de Campo Grande, integrante do SUS, de sorte que, há de se ter conhecimento da existência e disponibilidade do medicamento no SUS ao receitá-lo.

Por fim, o TJ/MS entendeu que se no laudo constou que a paciente apresenta quadro progressivo de alucinações visuais e que não se deu bem com outros medicamentos, apresentando efeitos colaterais exarcebados, deve ser concedido o fármaco, pois adotou-se aquele que se mostra imprescindível ao tratamento da paciente, ainda que não conste na relação do SUS.

No Agravo nº 2011.001344-1/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês, Josué de Oliveira, julgado em 15-03-2011, o Tribunal de Justiça analisou um caso que a autora Patrícia da Silva de Almeida era portadora da doença lúpus eritromatoso sistêmico, necessitando de quatro frascos do medicamento Rituximabe 500mg.

O Estado alegou que existe tratamento diverso na rede pública de saúde para a doença acometida na paciente e que o medicamento é experimental, além de estar registrado na ANVISA apenas para os casos linfoma folicular.

O Desembargador entendeu que o medicamento é imprescindível ao tratamento, ainda que não conste da relação do Estado, pois a pessoa doente não pode ficar suportando o cabo-de-guerra das entidades componentes do SUS, enquanto seu estado de saúde se agrava.

Na apelação Cível nº 2011.003838-8/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês. Sideni Soncini Pimentel, julgada em 03-03-2011, José Cândido da Silva era portador da doença Neovascularização de Coróide e necessitava do fornecimento de 03 ampolas do medicamento ranibizumabe (lucentis).

O TJ/MS em seu acórdão mencionou que o artigo 196, da Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos, sendo competência solidária entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios a responsabilidade pela prestação

do serviço a saúde à população²⁸. O relator ainda citou uma decisão do Ministro Celso de Mello²⁹ que entende que “o caráter programático do direito à saúde não pode converter em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público substituir o cumprimento de seu dever”.

Entendeu-se no caso que se o medicamento possui fundamento em prescrição médica que menciona que não pode ser substituído, além de ser pleiteado por pessoa idosa, doente, sem condições financeiras de adquiri-lo. Portanto, deve ser concedido, eis que embora a prescrição médica não goze de presunção absoluta é suficiente para demonstrar a necessidade do fármaco indicado.

Na apelação Cível nº 2011.002902-8/0000-00 – Dois Irmãos do Buruti – Relator Sr. Dês, João Bária Lós, julgada em 03-03-2011, Raira Correia Paixão pretendia a cirurgia corretiva no pé esquerdo, cujo valor é de R\$ 4.450,00.

O Desembargador entendeu que a morosidade do Estado em prestar atendimento aos usuários do SUS autoriza a apreciação do caso concreto pelo Judiciário, pois no caso o Estado não informou qual era a colocação da paciente na fila de espera, sequer quantas pessoas estariam na sua frente, de modo que não há que se falar em preterição de um enfermo pelo outro, mas sim em garantia do direito constitucional à saúde de um cidadão que está tentando ser operado e não consegue.

Na apelação Cível nº 2010.028427-4/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês. Joenildo de Suza Chaves, julgada em 03-03-2011 o TJ/MS analisou um caso que o autor Antônio Pedro Albino portador de insuficiência renal necessitava realizar hemodiálise e do medicamento Ketosteril.

O Tribunal entendeu que à saúde encontra-se ligada ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado brasileiro assegurá-la³⁰ e que “o não preenchimento de mera formalidade, inclusão de medicamento em lista prévia, por si só, não obstaculiza o fornecimento gratuito do fármaco³¹”, “pois comprovada a necessidade do medicamento para garantia da vida, deverá ele ser fornecido³²”.

28 (AgRg no Agravo de Instrumento 858.899 – Rel. Min. José Delgado – 1ª T. – J. 26.6.2007).

29 (AgRg-RE 273.834-4 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T – DJU 02.02.2001).

30 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003, p. 1291.

31 AgRg na STA 83/MG, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, J. 25.10.2004.

32 RESP 212346/RJ - Ministro FRANCIULLI NETTO - SEGUNDA TURMA - DJ 4.2.2002 p.00321.

Na apelação Cível nº 2011.003047-8/0000-00 – Itaporã – Relator Sr. Dês, Rêmolio Letteriello, julgada em 22-02-2011 o Tribunal de Justiça analisou um caso em que o autor Waldecy Felizardo de Souza sofreu um acidente vascular cerebral e necessitava de medicamentos, decidindo, ao final que é obrigação estatal assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso à medicação necessária³³.

Citou em sua decisão o voto do Ministro Luiz Fux³⁴ que entende que o SUS é composto pelos três entes da federação e que o medicamento deve ser fornecido de modo a garantir o princípio maior que é a vida digna que tem como princípio meio o direito a saúde. Ao final, salientou que o cumprimento de obrigações desta espécie não tem o condão de lesar aos cofres públicos³⁵, pois o direito a vida deve prevalecer em detrimento do interesse financeiro e secundário do Estado.

Ou seja, diante de todas estas decisões externadas, torna-se cogente evidenciar o juízo externado por Ives Gandra da Silva Martins³⁶, aclarado no julgamento do Recurso Especial Nº 235381 – RS, do qual foi relator o Ministro Franciulli Netto:

“O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”.

Portanto, restando demonstrado que a presente prestação jurisdicional tem por fim único adequar a realidade fática visualizada à previsão constitucional estabelecida no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, revela que o Poder Judiciário apenas obriga o Estado ao cumprimento de políticas públicas “no prazo de até 30 dias³⁷”, não violando, assim, o princípio da Tripartição dos Poderes.

33 Recurso Especial Nº 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado.

34 Ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Especial Nº 625.329 – RJ.

35 Ministro Nilson Naves. Recurso de Agravo Regimental Nº 2004.001148-2.

36 MARTINS, Ivo Gandra da Silva. *Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural*, n.1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

37 Embargos de Declaração em Agravo - N. 2011.001354-4/0001-00 - Três Lagoas. Relator - Excmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 17/02/2011.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos diálogos acima, podemos responder a seguinte questão: Até quando o Poder Judiciário vai ser provocado a entregar no ‘varejo’ Direitos Fundamentais como saúde que deveriam ser materializados no ‘atacado’ pelo Poder Executivo?

A primeira delas, enquanto o cidadão procurar o judiciário para a efetivação ou proteção de seus direitos fundamentais mínimos, que deveriam ter sido fornecidos ab initio pelo Executivo, aquele – o Judiciário – não poderá se furtar à análise destes casos e, havendo o direito, deve-se manifestar pelo deferimento do pedido.

Em segundo momento podemos apontar a falha ou a ausência de planejamento de ações de saúde (fornecimento de medicamentos, por exemplo).

Terceiro, a falta ou ausência de competência de nossos representantes eleitos, não raro agravada com violação aos princípios da moralidade (garantir serviços de saúde para fins eleitorais – compra de voto), impessoalidade (dirigir a prestação da saúde a apadrinhados), e finalidade (aquisição de medicamentos com qualidade duvidosa). Ou seja, enquanto houver uma dependência torpe entre manutenção do poder delegado pelo agente político e sua omissão visível quando ele utiliza a estrutura estatal para perpetuar sua permanência no governo.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 é soberana e, como tal, não pode ser interpretada como um livro cheio de promessas vazias. Ou seja, todas as normas ali contidas têm que irradiar em nosso ordenamento jurídico devendo ser observadas e cumpridas pelo Estado.

Assim, o judiciário poderá ser provocado a intervir nos desígnios da Administração e determinar a entrega de medicamentos em detrimento do orçamento e das políticas públicas enquanto o mínimo necessário não for efetivamente garantido pelo Estado.

Portanto, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, pois esta garantindo um

direito fundamental do ser humano, ou seja, não age em nome próprio, mas supri a inércia do Poder Executivo.

8. REFERÊNCIAS

AgRg na STA 83/MG, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, J. 25.10.2004.

AgRg no Agravo de Instrumento 858.899 – Rel. Min. José Delgado – 1ª T. – J. 26.6.2007.

AgRg-RE 273.834-4 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T – DJU 02.02.2001.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003. Embargos de Declaração em Agravo - N. 2011.001354-4/0001-00 - Três Lagoas. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 17/02/2011.

<http://www.alvarodias.blog.br/2011/05/corruptao-na-saude-publica-da-ca-deia-para-alguns/>. Acessado em 02/08/2011, às 13:00 horas.

<http://www.alvarodias.blog.br/tag/saude/>. Acessado em 02/08/2011, às 15:00 horas. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**; Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. SP: Atlas, 2008.

MARTINS, Ivo Grandra da Silva. **Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural**, n.1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

Recurso Especial Nº 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed: PA. Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. SP: Malheiros, 1998.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Junho/dezembro 2006. STA 278-6. Voto Ministro Gilmar Mendes. Liminar Nº 2008.001847-2/0001.00). Julgamento dia: 22/10/2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.