

Análise do entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da teoria da reserva do possível

VANESSA REICHERT¹
GERMANO SCHWARTZ²

RESUMO

O presente artigo visa analisar o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) acerca da aplicação da teoria da reserva do possível no direito à saúde. Busca-se através dessa análise, verificar se o Poder Judiciário, mediante suas decisões, tem contribuído para a efetivação do direito à saúde. Para tanto, foram examinadas 112 decisões proferidas pela 3ª e 4ª turmas do TRF4, juntamente com referências bibliográficas que abarcam a temática.

Palavras-chave: Constituição Federal, decisões judiciais, direito à saúde, justiça federal, reserva do possível.

ABSTRACT

This article aims to examine the jurisprudential understanding of the Federal Court of the 4th Region (TRF4) about the application of the theory “reserva do possível”. Search through this analysis is to determine whether the Judiciary, through its decisions, has contributed to the realization of the right to health. Thus, we examined 112 decisions made by the 3rd and 4th grade classes TRF4, along with bibliographic references covering the topic.

Key words: Federal Constitution, judicial decisions, right to health, justice federal, reserve of the possible.

¹ Aluna do Curso de Direito/ULBRA, Bolsista PROICT/ULBRA

² Professor-Orientador do Curso de Direito/ULBRA.

INTRODUÇÃO

A *Constituição Federal* de 1988 representou um grande avanço no que tange ao reconhecimento da saúde como um direito fundamental dos brasileiros. Foi ela, nossa primeira Carta Política a prever constitucionalmente o direito à saúde.

[...] a Constituição Federal de 1988 foi o ponto culminante do “movimento sanitário”, em que se iniciou a criação do Sistema Único de Saúde. A partir daí todos os brasileiros, independente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. (BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 14).

Antes da Carta Magna e do Sistema Único de Saúde (SUS), na hora de buscar atendimento médico, os brasileiros eram divididos em três categorias: os que podiam pagar pelos serviços particulares ou contavam com assistência médica custeada pelas empresas na qual trabalhavam; os que tinham direito à assistência prestada pelo Inamps, que abrangia apenas os trabalhadores com carteira assinada e seus dependentes; e os que não tinham nenhum direito e recorriam apenas às Santas Casas e outros serviços filantrópicos.³

Garantido constitucionalmente, nos artigos 196 e 6º, o direito à saúde vem sendo debatido com frequência⁴ atualmente e vem sendo abordado de forma mais profunda pela doutrina e jurisprudência em função do reconhecimento da força normativa e da efetividade da Constituição.

O Estado tem o dever de prestar saúde à população. Compreende-se por Estado neste contexto,

todos os Estados-Membros da Federação⁵, ou seja, a saúde é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se de competência comum.⁶ Fato que exige constante investimento por parte destes Poderes Públicos. Estes investimentos, por sua vez, exigem recursos estatais, donde se depreende a maior discussão nesse âmbito.

Há parte da doutrina que defende que embora haja regramento constitucional prescrevendo a vinculação de parte das receitas públicas ao investimento em medidas para a efetivação do direito à saúde, a inexorável escassez dos recursos impõe a necessidade de opções alocativas, no âmbito das quais se realizará o direito dentro do que seja possível, fática e juridicamente.⁷ Na mesma linha encontra-se Barroso⁸, que expõe que os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis.

Estes entendimentos possuem embasamento na Teoria da Reserva do Possível. Esta teoria surgiu na doutrina e, logo após, nos tribunais alemães, no início dos anos 70, com a conhecida decisão “*numerus clausus*”⁹ de vagas na Universidade¹⁰. Conforme expõe Canotilho¹¹, serve como limite a efetivação

⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.101.

⁶ Veja art. 23, II, da CF/88: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II. cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p.147.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*. Instituto Ideas, 2008. p.24.

⁹ BverfGE nº33, 303 (333).

¹⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 97,98.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

³ IDEC. *Seu Plano de Saúde: conheça os abusos e armadilhas*. São Paulo, 2007, 116 p.

⁴ A relevância dessa discussão pode ser comprovada com a realização da Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> > Acesso em 22 mar. 2011.

dos direitos sociais, uma vez que estes direitos dependem da existência de recursos financeiros.

De outra banda, há doutrinadores como Sarlet¹², afirmando, que, por mais que os Poderes Públicos venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação dos recursos públicos, não parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.

Ainda neste âmbito de discussão encontra-se a divergência quanto à competência ou não dos órgãos judiciários para decidirem sobre questões de saúde, destinando os recursos públicos para determinadas necessidades. Para Mariana Figueiredo¹³, a tomada de decisões quanto aos recursos públicos é de competência do Poder Legislativo e, portanto, o seu exercício pelo Executivo e Judiciário configura uma violação ao princípio da separação dos Poderes, estabelecido no art.2º da Constituição. De outro lado, Sarlet¹⁴ defende que nas prestações de cunho emergencial, especialmente aquelas em que a sua negativa possa causar danos irreversíveis, como ocorre em casos relacionados à saúde, deve-se reconhecer um direito público subjetivo ao indivíduo, o que torna possível a sua demanda em juízo.

Ante a resumida exposição é possível perceber o quanto há de discussões neste âmbito, fato que

p. 13.

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 325.

¹³FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p.145.

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, Vol.3, n. 1, p. 83-104, jan/jun de 2002. p.98.

impulsionou a pesquisar sobre a aplicação da teoria da reserva do possível no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Inferiu-se relevante a extração dos argumentos acerca do tema neste colegiado, em função do grande número de causas remetidas à Justiça Federal, por terem como parte a União, fato que gera grandes e importantes decisões.

OBJETIVOS

As normas expostas na Carta Magna, garantidoras do direito à saúde, no rol de direitos fundamentais sociais, servem muito bem no plano normativo. Cabe trazer à baila, todavia, a dificuldade de efetivar tais normas no mundo dos fatos¹⁵, como, de certa forma, já citado no item anterior.

O Estado, compreendido por todos os entes da República, possui dificuldades de se organizar financeiramente, fato que obsta a um atendimento de abrangência universal e de qualidade aos cidadãos. As dificuldades orçamentárias argüidas pelo Poder Público impedem a efetivação do

direito à saúde. O argumento cotidianamente invocado é o da “reserva do possível”, que afirma que o Estado tem sim dever de prestar saúde à população, porém sob reserva das suas capacidades financeiras¹⁶. Dessa forma, há um flagrante desrespeito e uma facciosa não aplicação do art. 196 da CF/88¹⁷.

Diante da omissão do Poder Público, os indivíduos tem buscado a tutela do poder judiciário para ver efetivado seu direito. Inúmeros são os casos em

¹⁵SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.147.

¹⁶FIGUEIREDO, *Ibid.*, p. 131.

¹⁷SCHWARTZ. *Ibid.*, p. 147.

que o cidadão tem a sua dignidade desprezada por não ter acesso à saúde, ou seja, por ser privado de uma garantia fundamental¹⁸. Estas demandas fazem com que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgue diversos casos relacionados à saúde.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva analisar as decisões do TRF4 no âmbito do direito à saúde, no período de maio de 2005 a agosto de 2010. Tal período foi selecionado para que fosse possível uma análise qualificada mediante, no mínimo, 100 acórdãos. Quando selecionava-se períodos menores não se conseguia obter este número. Aumentou-se o período (anos) até se chegar a 112 acórdãos.

Em vista disso, o trabalho que se expõe, tem como objetivo verificar como este colegiado vem contribuindo para a efetivação do direito à saúde. O escopo principal aqui é verificar se a teoria da reserva do possível vem sendo utilizada em tal tribunal. E, mais, como o referido colegiado vem usando tal argumento. Para isso, parte-se da análise jurisprudencial, a fim de averiguar o entendimento das colendas turmas acerca do tema da reserva do possível no direito à saúde. Analisa-se o entendimento dos desembargadores, seus argumentos favoráveis e contrários a esta teoria, visando à exposição das conclusões.

METODOLOGIA DE ABORDAGEM

Conforme o exposto anteriormente, o presente artigo visa analisar o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca da teoria da reserva do possível. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, mediante a coleta de dados jurisprudenciais, legais

¹⁸SARLET, *Ibid.*, p. 94.

e doutrinários que abarcam a temática. No tocante às decisões analisadas, foram proferidas pela 3ª e 4ª Turmas do Egrégio Tribunal supracitado e o acesso a estas decisões se deu por meio do site oficial do referido tribunal (www.trf4.jus.br).

Salienta-se que os critérios analisados foram:

- a) *Quais medicamentos/procedimentos foram postulados?*
- b) *Qual o valor dos fármacos postulados?*
- c) *Qual o entendimento dos Desembargadores acerca da reserva do possível?*
- d) *Quantos pedidos foram deferidos?*
- e) *Quantos pedidos foram indeferidos?*
- f) *Quais argumentos foram utilizados para indeferir?*
- g) *Qual foi a turma que julgou?*

A justificativa para a utilização de tais critérios assenta-se em dar seguimento à linha de pesquisa delineada no trabalho anterior, ou seja, garantir uma continuidade investigativa na análise do entendimento dos tribunais, para que se torne uma pesquisa homogênea.

Competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para julgar questões de direito à saúde.

A Justiça Federal, no Brasil, integra o Poder Judiciário, e organiza-se em primeiro e segundo graus de jurisdição. Na maioria dos casos, o interessado dará entrada em seu processo na Justiça Federal de 1º grau, e somente no caso de haver recurso da decisão

proferida a matéria será apreciada pelos Tribunais Regionais Federais, o 2º grau da Justiça Federal.

A Carta Magna, em seus arts. 106¹⁹ a 110 define a competência de toda a Justiça Federal, ou seja, expõe em que casos deve o interessado recorrer a uma de suas instituições quando sentir-se lesado em algum de seus direitos.

Sempre que a União, uma de suas autarquias ou empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, em qualquer processo, salvo as que envolverem matéria de competência das Justiças Eleitoral e do Trabalho, de falência ou acidentes de trabalho, será competente para julgar o feito a Justiça Federal²⁰ e conseqüentemente os Tribunais Regionais Federais.

Nos casos relacionados ao direito à saúde, ocorre que o cidadão, sentindo-se lesado, normalmente demanda conjuntamente ao seu município e Estado, a União, tornando competente a Justiça Federal para processar e julgar o feito. Nas hipóteses de interposição de recursos, estes serão julgados pelas devidas turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²¹. O julgamento de 2º grau da Justiça Federal nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, ocorrerá no TRF4, que tem sede em Porto Alegre, pois estes estados compreendem a 4ª Região²².

¹⁹art. 106, CF/88: "São órgãos da Justiça Federal: I - os Tribunais Regionais Federais; II - os Juízes Federais."

²⁰Ver art. 109, I, CF/88.

²¹art. 108, CF/88: "Compete aos Tribunais Regionais Federais: (...) II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição."

²²Art. 1º: O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem sede em Porto Alegre e jurisdição no território dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná". (Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, instituído pela resolução nº 112, de 20 de Dezembro de 2010). Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/leg_reg_interno/AR56-VersaoRlconsolidada.pdf.

Conclui-se, desta forma, que todas as ações judiciais relacionadas ao direito à saúde que demandarem a União²³ conjuntamente aos outros entes estatais²⁴ serão julgadas pela Justiça Federal, e, portanto, o órgão competente para a interposição dos recursos cabíveis nestas demandas será o TRF4, o que mostra a relevante posição de tal colegiado no julgamento dos casos que são alvo de nossos estudos.

Competência das turmas

A competência das turmas resta estabelecida pelo regimento interno do Tribunal, no site oficial do mesmo. No momento da pesquisa vigorava a antiga disposição regimental²⁵ que foi superada em dezembro de 2010 com a entrada em vigor do novo regimento.²⁶

O antigo regimento, alvo do artigo, estabelecia em seu inciso II, do §2º, do art. 2º:

"à Segunda Seção, integrada pelas 3ª e 4ª Turmas, constituídas por três Desembargadores Federais cada, compete processar e julgar os feitos de natureza administrativa, civil e comercial, bem como os demais feitos não compreendidos na competência das Primeira, Terceira e Quarta Seções;"

Com a disposição atual, a competência das turmas supracitadas prevalece, porém mudou o dispositivo que expõe tal competência, que é agora é o art. 10, §2º do Regimento. Assim, o fato de não haver

²³Sobre a legitimidade passiva da União, ver, por todos: Apelação/ Reexame Necessário nº 2007.72.00.001677-0/SC, 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 13 de Outubro de 2009.

²⁴art. 23, II, da CF/88: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II. cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;"

²⁵Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/leg_reg_interno/AR56-VersaoRlconsolidada.pdf.

²⁶ Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/crp_RITRF4.pdf.

turma específica para o julgamento de causas relacionadas à saúde recai sobre a política administrativa do tribunal que não estabeleceu esta especificação. Enfim, por força interna, as ações de direito à saúde competem às turmas supramencionadas.

O porquê da escolha pelo TRF4

Conforme referido anteriormente, ao cidadão que se vê privado de seu direito fundamental, cabe buscar a tutela do poder judiciário. Isto poderá ocorrer por meio da Justiça Comum ou da Justiça Especial, especificamente a Federal, nos casos em que a União for parte.

Aliás, diante da omissão estatal na prestação da saúde à população, o caminho mais eficiente tem sido justamente via judiciário. Inúmeros são os casos que demandam a decisão dos órgãos judiciários.

O que pode demonstrar isso, é a recente pesquisa apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que expõe que há mais de 240 mil processos relativos à área da saúde tramitando em todo país. Ainda resta analisar os dados de três tribunais, o que obviamente, aumentará este número. Até agora, o estado onde há mais ações é o Rio Grande do Sul que possui um total de 113 mil ações em tramitação²⁷, fato que embasa a importância de nossas análises.

O presente trabalho²⁸ faz parte de um projeto de pesquisa maior intitulado: “*Direitos Fundamentais do*

²⁷<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=noticias&dtlh=167366&iABA=Not%EDcias&exp=>

²⁸O trabalho que aqui se expõe foi apresentado no XI Salão de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul que ocorreu de 09 a 12 de Agosto de 2010. Posteriormente houve a apresentação no XVI Salão de Iniciação Científica da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra/Canoas) que ocorreu no período de 17 a 19 de Novembro de 2010, tendo sido agraciado com o título de destaque do salão.

Homem e os desmembramentos dos seus paradoxos a partir da Teoria do Direito”, em que se fez também a análise jurisprudencial dos casos na justiça comum, por meio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²⁹ e, agora, já estão sendo levantados os dados do Superior Tribunal de Justiça.

Para dar continuidade ao trabalho do grupo, inferiu-se de suma relevância a análise das decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual usualmente é demandado por constar no pólo passivo das causas, a União.

Os trabalhos foram realizados mediante o incentivo de bolsas para iniciação científica. O beneficiamento ocorreu por meio do PROICT/ULBRA³⁰, programa de incentivo à pesquisa da Universidade Luterana do Brasil e pelo CNPQ em sede de PIBIC na mesma universidade.

Como se deu a pesquisa jurisprudencial?

A pesquisa foi realizada por meio do site oficial do Tribunal (www.trf4.jus.br). A tentativa inicial foi infrutífera, pois os termos utilizados foram “direito à saúde e reserva do possível” para a seleção dos acórdãos, e nada se obtinha. Outros modos foram experimentados, mas também não se obteve sucesso. Desta forma, procurou-se o setor competente do TRF4, tendo sido logrado um excelente atendimento. Houve a informação de que a ligação seria transferida para a secretaria da 4ª turma, que repassou as informações necessárias.

²⁹SCHWARTZ, Germano e GUILHERME, Rafaela Lemos. *A reserva do possível no direito à saúde: análise comparada das razões de decidir da 1ª e da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 2010.

³⁰O auxílio foi concedido no período de abril a dezembro de 2010.

Diante disso, a pesquisa ocorreu de tal forma: No canto esquerdo da tela inicial do referido site, é possível verificar o link “jurisprudência”, depois clicou-se em “TRF4” e, em seguida em “consulta jurisprudência do TRF4”. Para selecionar os acórdãos digitou-se “reserva do possível”, tendo sido filtrados 112 (cento e trinta) acórdãos.

Dentre estes 112 acórdãos, 18 não diziam respeito ao direito à saúde, mas sim a outros casos em que também foi argumentada a reserva do possível. As 94 decisões que foram analisadas, foram proferidas pela 3ª e 4ª turmas do Tribunal no período de maio de 2005 a agosto de 2010. Importante ressaltar que o maior número de decisões encontra-se no período de 2009 a 2010 e que a grande parte delas foi julgada pela 3ª turma do TRF4.

ANÁLISE DOS DADOS

Conforme exposto anteriormente, foram analisadas 94 decisões que tratam de direito à saúde. Destas, a maior parte foi proferida pela 3ª turma. Não há como expor quantos acórdãos pertencem a 3ª turma e quantos pertencem a 4ª, pois dentre os acórdãos analisados havia 56 agravos, e na maior parte deles não está identificada a turma, o que impossibilitou o total levantamento desse dado.

Das 94 decisões, 48 negaram o direito à saúde, acatando a teoria da reserva do possível, e 46 concederam o medicamento e/ou procedimento postulado, não acolhendo a referida teoria (Figura 1).



Figura 1. Acórdãos julgados no período de maio de 2005 a agosto de 2010 no TRF4

Dentre os argumentos mais utilizados para negar o pedido da parte autora, figura:

- a necessidade de realização de perícia, principalmente em sede de antecipação de tutela. Para a maioria dos eminentes desembargadores federais não é suficiente a apresentação de receitas médicas, exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, entre outros. Vê-se que o fato de a demora na produção de provas poder acarretar danos irreversíveis ou até mesmo o óbito, não restou relevado na maioria das vezes, tendo sido solicitada prova pericial para que houvesse a real comprovação. Ademais, os desembargadores valoraram a possibilidade de substituição do fármaco postulado por outro dispensado pelo SUS ou por genérico, o que mostra a preocupação em diminuir os gastos do poder público.
- a importância da análise para que eventual concessão não cause danos e prejuízos relevantes para o funcionamento do serviço público de saúde, o que pode vir em detrimento do direito à saúde de outros cidadãos;

Encontra-se na maior parte das decisões, o estabelecimento dos seguintes critérios para guiar decisão:

[...] Na concretização destas normas em face da realidade social e econômica que vivemos, conjugada com os princípios da universalidade, da integralidade e da gratuidade que informam o Sistema Único de Saúde, é preciso cuidar para que:

- eventual provimento judicial concessivo de medicamento acabe, involuntariamente, prejudicando a saúde do cidadão cujo direito se quer proteger, em contrariedade completa com o princípio bioético da beneficência, cujo conteúdo informa o direito à saúde;

- eventual concessão não cause danos e prejuízos relevantes para o funcionamento do serviço público de saúde, o que pode vir em detrimento do direito à saúde de outros cidadãos;

- não haja prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo, em contrariedade ao princípio da concordância prática na concorrência de direitos fundamentais.³¹

O segundo ponto, que se refere ao item b, foi reiteradamente invocado nas decisões dos casos em que medicamento de alto valor era pleiteado mediante o argumento de impossibilidade financeira para adquiri-lo. Em um dos acórdãos, o desembargador João Pedro Gebran Neto expõe:

[...] embora haja comprovação da renda do agravado e sua classificação como relativamente capaz de prover suas necessidades, é forçoso reconhecer que a prestação material pretendida se acha muito além das forças da grande maioria dos brasileiros, porque a renda mensal familiar daqueles que estão absolutamente fora da zona de hipossuficiência é de cerca de três mil reais, ao passo que o medicamento pretendido custa cerca de seis mil reais ao mês.³²

Deste modo, depreendeu-se que não sendo o bem pleiteado acessível à parte autora também não é à maioria dos brasileiros, entendendo que nesses casos, não há violação do princípio da isonomia e tampouco do mínimo vital, não

³¹ Agravo de instrumento nº 2009.04.00.023862-7/SC, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios, julgado em 29 de Julho de 2009.

³² Agravo de instrumento nº 2008.04.00.001503-8/RS, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 16 de Janeiro de 2008.

sendo cabível a disponibilização do medicamento postulado.

(c) a reserva do possível, de forma geral.

Em diversas decisões foi exposto o seguinte argumento:

No que tange à **reserva do possível**, é sabido que a prestação deste medicamento excepcional acaba por limitar os escassos recursos orçamentários disponíveis para a Saúde, é evidente que não há falar em direito a tratamentos extraordinários e acessíveis a poucos, ainda que este se mostre vital. Vale dizer, para atender as necessidades da parte autora outros usuários do Sistema Único de Saúde, que também têm direito de acesso à Saúde garantido constitucionalmente, deixarão de receber os medicamentos que necessitam.³³

Ainda no que concerne à reserva do possível, muitos julgadores da Câmara em comento defendem que

[...] a exegese do preceito implica em reconhecer que, embora haja a obrigação estatal, isto não corresponde a direito subjetivo imediato em favor da parte autora. Isto porque diversos outros preceitos constitucionais concorrem, tais como a reserva do possível, a legitimidade para eleição das políticas públicas, o princípio da igualdade, entre tantos outros. Para simplificar é possível assinalar que o desejável é sempre muito maior que o possível.³⁴

³³ Apelação/Reexame Necessário nº 2007.72.00.001677-0/SC, 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 13 de Outubro de 2009.

³⁴ Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.028490-0/RS, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 14 de Setembro de 2009.

(d) Nessa mesma linha de raciocínio, diversos acórdãos mencionaram que a intervenção judicial, ante o argumento da hipossuficiência, por exemplo, deve se limitar aos casos que envolvam o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão mais reduzida: o mínimo vital. E o entendimento aplicado é que a violação deste mínimo vital só ocorreria quando a prestação desejada estivesse disponível no mercado e acessível à maioria dos brasileiros, ao passo que determinado indivíduo não conseguiria obtê-la. Para estes desembargadores só deve ser deferido àquilo que garanta ao necessitado àquilo que é acessível ordinariamente aos demais indivíduos³⁵.

(e) Outra questão aventada é a que concerne à disponibilização de medicamentos importados. Nos casos em que havia esta solicitação, priorizou-se o fármaco nacional. Os desembargadores primaram pela realização da perícia. Só após a realização desta é que se analisaria a possibilidade de deferimento³⁶.

Nesse sentido, analisou-se uma apelação cível julgada pela 3ª turma do colegiado, que tratava de

³⁵Apelação/Reexame Necessário nº 2007.72.00.001677-0/SC, 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 13 de Outubro de 2009.

³⁶“No caso presente, o medicamento “MabThera” é fabricado pelo Laboratório Roche, sendo o nome genérico “Rituximabe”, que, por sua vez, mostra resultados satisfatórios, para algumas formas específicas de linfoma (informações disponibilizadas no site do Instituto do Câncer), não demonstrando a parte, em princípio, ser a hipótese de não-aplicação do genérico existente no mercado nacional. Ademais, a necessidade do medicamento importado só pode ser deferida depois de constatação de perícia, havendo, pois, que ser fornecido o medicamento existente no mercado até então”. (Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.033084-9/SC, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 19 de Setembro de 2008)

concessão de prótese estrangeira. Os eminentes desembargadores federais que julgaram o acórdão entenderam que não seria possível o fornecimento de prótese estrangeira, pois o SUS disponibilizava prótese nacional com o mesmo nível de qualidade a qual seria apta para o tratamento do recorrente, além de custar até cinco vezes menos do que o produto importado³⁷.

(f) Outro ponto relevante é que, conforme alguns desembargadores federais³⁸, as regras de distribuição de competências devem ser observadas, uma vez que visam descentralizar os serviços, proporcionando assim uma maior efetividade às políticas públicas. Nesse sentido, entendem esses julgadores que compete ao Município o fornecimento dos medicamentos de distribuição ordinária (Portaria 2.475/06 do Ministério da Saúde, e Resolução 226/05 da CIB/RS), e ao Estado o fornecimento dos medicamentos especiais e excepcionais (Portaria 2.577/06 do Ministério da Saúde, e Portaria 238/06 da SES/RS). Portanto, um ente não pode ser obrigado a fornecer um fármaco cujo fornecimento não é de sua competência.

Da análise dos acórdãos, pode-se constatar que o preço dos medicamentos pleiteados varia muito, conforme demonstra tabela³⁹ a seguir:

³⁷Apelação Cível nº 2007.72.05.004374-3/SC, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 06 de Outubro de 2009.

³⁸Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.028490-0/RS, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 14 de Setembro de 2009.

³⁹Preços dos medicamentos disponíveis no site www.consultaremédios.com.br, acesso em 20 de mar. 2011.

| Medicamentos | Valor |
|-------------------|---------------|
| Herceptin 440 mg | R\$ 12.321,72 |
| Valcyte 450 mg | R\$ 9.834,08 |
| Humira 40 mg | R\$ 8.109,19 |
| Enbrel 50 mg | R\$ 7.630,80 |
| Nexavar 200 mg | R\$ 6.952,20 |
| Remicade 100 mg | R\$ 4.151,36 |
| Docetaxel 80 mg | R\$ 2.834,89 |
| Cellcert 500 mg | R\$ 862,36 |
| Ribavirin 250 mg | R\$ 512,18 |
| Ursacol 300 mg | R\$ 118,58 |
| Viagra 50 mg | R\$ 68,18 |
| Mantidan 100 mg | R\$ 14,00 |
| Durateston 100 mg | R\$ 9,08 |

Contudo, importa referir que o valor dos medicamentos nem sempre influenciou as decisões. Em alguns casos, ocorreu o indeferimento do pedido devido ao alto valor do fármaco, conforme referido anteriormente, porém, o mesmo medicamento foi disponibilizado em outros pleitos não tendo sido valorado o preço da medicação.

Importa salientar que 8 (oito) ações, postulavam o medicamento *Herceptin*, usado no tratamento de câncer, o qual possui valor elevadíssimo, conforme tabela acima. Contudo, 3 (três) pedidos⁴⁰ foram acolhidos, a despeito do custo para ver satisfeita tal solicitação.

Conforme dito anteriormente, das 94 (noventa e quatro) decisões analisadas, 46 (quarenta e seis) concederam o medicamento/procedimento.

Dentre os argumentos mais utilizados para garantir o direito à saúde dos cidadãos, figura:

- (a) o entendimento de que o direito à saúde e à vida é maior do que divisões orçamentárias;

Em várias decisões os eminentes desembargadores federais não acataram a teoria da reserva do

⁴⁰Ver: Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.04.001392-6/RS, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 30 de Setembro de 2009.

possível, reconhecendo o direito à saúde como vital. Logo, para esses julgadores

*alegações respaldadas na existência de limitações de ordem material, no comprometimento da política de saúde pública ou na proliferação de sentenças do mesmo jaez, portanto, não prevalecem quando à análise concreta indicar a necessidade de se dar guarida a princípio constitucional maior, consistente no direito à saúde e, de forma correlata, no direito à vida e à dignidade humana*⁴¹.

- (b) tratando-se de pessoa incapaz e hipossuficiente, o medicamento deve ser alcançado;

Em decisão proferida pela 3ª Turma do TRF4 em 23 de Março de 2010⁴², vislumbra-se a novo rumo dado às decisões que ocorreu devido à audiência pública⁴³ realizada pelo STF em meados de 2009.

O próprio relator reconhece em sua exposição, que seu entendimento era no sentido de não ser possível se pretender uma tutela máxima do direito à saúde, segundo os interesses e conveniências do beneficiário, mas apenas aquilo que ordinariamente estaria acessível. A partir dos novos contornos dados pelo STF, o relator admite que não há sequer razão para considerar a hipossuficiência, pois se o direito à saúde é dever do Estado e assegurado a todos, não há como se estabelecer critério de discriminação entre os indivíduos em razão da renda. Tendo sido, desta forma, mantida a disponibilização

⁴¹Apelação/Reexame necessário nº 2007.71.11.001297-4/RS, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 18 de Maio de 2010.

⁴²Agravo de Instrumento nº 0001516-57.2010.404.0000/RS, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, julgado em 23 de Março de 2010.

⁴³Audiência Pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> > Acesso em 12 abr. 2011.

dos medicamentos deferida ao agravado em antecipação de tutela.

- (c) a comprovação da necessidade mediante laudo médico, desnecessária realização de perícia;

Parte das decisões que acolheram o pedido do indivíduo, para que lhe fosse concedido o medicamento/procedimento pretendido, considerou suficiente a apresentação dos laudos médicos, exames, entre outros, não relevando a realização de perícia.

O desembargador federal Roger Raupp Rios, relator do acórdão, expôs em um dos julgados:

*No caso concreto, mesmo em um juízo de cognição sumária, é possível concluir pelo fornecimento do medicamento, tendo em vista os elementos constantes dos autos. Há laudo médico comprovando a gravidade da doença, a necessidade de utilização da medicação, que não é fornecida pelo SUS, e a inexistência de outro medicamento com efeitos similares.*⁴⁴

Ademais, os desembargadores que refutam a aplicação da teoria da reserva do possível ao direito à saúde entendem que as normas definidoras de direitos fundamentais em consonância com o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁵ tem aplicação imediata. Mais do que isso, no entender desses julgadores, nada se sobressai aos direitos à vida e à saúde que são inerentes ao ser humano e não devem ser rechaçados por quaisquer argumentos, tais como a escassez de recursos.

⁴⁴ Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.021143-5/SC, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios, julgado em 1º de Setembro de 2008.

⁴⁵ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 abarcou o direito à saúde de forma mais que relevante. Ao observar que o tema está inserido no Título II da carta: “dos direitos e garantias fundamentais”, é possível extrair o mérito que o legislador constituinte quis dar ao tema.

O direito à saúde é direito fundamental social, conforme dispõe o art. 6º da CF/8846 e encontra-se previsto, por conseguinte, no art. 196 da mesma carta, que afirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado⁴⁷”. Tal artigo ordena que o Estado haja para ver efetivado este direito. Porém, o que se vê é a dificuldade de concretizar estas normas no mundo dos fatos.⁴⁸

O Estado, compreendido por todos os entes da República, tem se mantido inerte em cumprir tal obrigação. Há dificuldade em promover as políticas públicas conforme estabelece o texto constitucional. Diante disso, o cidadão que se vê privado de uma garantia fundamental, tem acionado o Poder Judiciário.

A judicialização do direito à saúde aponta esta omissão do Estado e o descontentamento da população diante da privação de seus direitos.

Nesse sentido, é possível depreender a importância das decisões proferidas pelo Poder Judiciário,

⁴⁶ Art. 6º, CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.”

⁴⁷ 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.”

⁴⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.147.

que acaba impulsionando o Poder Público a agir, possuindo, desta forma, papel relevante na concretização da saúde.

Conforme referido anteriormente, nos casos em que a União é acionada conjuntamente ao Estado e Município, a competência para julgar é da Justiça Federal e, conseqüentemente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dessa forma a análise da jurisprudência desse colegiado foi de extrema importância.

Pode-se constatar a partir da pesquisa jurisprudencial, que, assim como na doutrina, ainda há muita divergência no que concerne a aplicação ou não da teoria da reserva do possível. Alguns acórdãos rechaçam tal teoria, tornando soberano o direito à saúde e, em outros acórdãos de mesma relatoria, ocorre o contrário. Percebe-se que já se percorreu um longo caminho e que muito já se aprimorou, mas ainda há muito a percorrer.

É visível também a necessidade de maior preparo, por parte dos magistrados, para decidir sobre tais questões. Muitas vezes o conhecimento técnico seria capaz de demonstrar ao juiz fatos que ele não pode concluir, como a real necessidade do uso do medicamento.

Fato é que o judiciário esta sendo cada vez mais acionado conforme a já referida pesquisa do CNJ que aponta a disseminação de ações de direito à saúde pelo país, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul que é abrangido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Desta forma, a exposição das formas como vem decidindo o mencionado tribunal pode contribuir para novas discussões e ensejar novos contornos acerca do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de instrumento nº 2008.04.00.001503-8/RS**, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 16 de Janeiro de 2008.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.021143-5/SC**, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios, julgado em 1º de Setembro de 2008.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.033084-9/SC**, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 19 de Setembro de 2008

_____. **Agravo de instrumento nº 2009.04.00.023862-7/SC**, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios, julgado em 29 de Julho de 2009.

_____. **Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.028490-0/RS**, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 14 de Setembro de 2009.

_____. **Agravo de Instrumento nº 0001516-57.2010.404.0000/RS**, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, julgado em 23 de Março de 2010.

_____. **Apelação Cível nº 2007.72.05.004374-3/SC**, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 06 de Outubro de 2009.

_____. **Apelação/Reexame Necessário nº 2008.71.04.001392-6/RS**, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 30 de Setembro de 2009.

_____. **Apelação/Reexame Necessário nº 2007.72.00.001677-0/SC**, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, julgado em 13 de Outubro de 2009.

_____. **Apelação/Reexame necessário nº 2007.71.11.001297-4/RS**, 3ª Turma do TRF4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, julgado em 18 de Maio de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**. [S.l.]: Instituto Ideas, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

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

IDEC. **Seu Plano de Saúde**: conheça os abusos e armadilhas, São Paulo: IDEC, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v.3, n. 1, p. 83-104, jan/jun 2002.

SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. **A reserva do possível no direito à saúde**: análise comparada das razões de decidir da 1ª e da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [Porto Alegre]: TJ/RGS, 2010.

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