

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

MARTA WALFRIDES BRITO DE MENEZES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DE EFETIVAÇÃO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS NO
ESTADO DE SERGIPE**

ARACAJU

2018

MARTA WALFRIDES BRITO DE MENEZES

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DE EFETIVAÇÃO
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS NO
ESTADO DE SERGIPE**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientadora: Prof. Mestre Cristiana Maria Santana Nascimento.

ARACAJU

2018

M541j MENEZES, Marta Walfrides Brito de.

A Judicialização Da Saúde Como Garantia De Efetivação No Fornecimento De Medicamentos E Tratamentos No Estado De Sergipe / Marta Walfrieds Brito de Menezes; Aracaju, 2018. 64 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Cristiana Maria S. Nascimento

1. Saúde 2. Valor 3. Judicialização I. Título.

CDU 343.347(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

MARTA WALFRIDES BRITO DE MENEZES

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO GARANTIA DE EFETIVAÇÃO NO
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS NO ESTADO DE
SERGIPE

Monografia apresentada como exigência parcial para
a obtenção do grau de bacharel em direito, comissão
juladora da Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe.

Aprovada em 06/12/18

BANCA EXAMINADORA

Cristiana Nascimento

Prof^a. Mestre Cristiana Maria Santana Nascimento
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Clara

Prof^a. Dr^a. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias
Faculdade de Administração e negócios de Sergipe

Raissa

Prof^a. Esp. Raissa Nacer Oliveira de Andrade
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho a minha mãe que sempre batalhou para que todos os meus sonhos se tornassem realidade. E ao meu namorado pelo apoio e incentivo a mim dedicado.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a DEUS, pela vida que me concedeu, bem como a força para enfrentar cada obstáculo de minha jornada. Agradeço a minha mãe por estar comigo em todos os momentos da minha existência, sendo eles bons ou ruins, sempre me dando ensinamentos para o meu engrandecimento como pessoa.

Agradeço a meu amado Paulo Felipe, por estar ao meu lado em todas as batalhas travadas, sempre iluminando meus dias com amor e carinho.

Quero agradecer ao meu quarteto, Anthony, Bia pipoca, Paulinha e Tati, bem como a Rara e Yago, por me apoiar sempre que preciso, pela paciência, carinho, compreensão e pelas muitas risadas. Vocês são as minhas pessoas!

Agradeço imensamente a minha prima Saara que é uma irmã para mim e representa todo amor que tenho por minha família.

Um agradecimento em especial a minha orientadora Cristiana Maria, a mais fofa e inteligente que eu poderia ter, a senhorita foi essencial para a conclusão dessa jornada, levarei sempre comigo a sua amizade, Cris. E por fim, mas não menos importante, os meus sinceros agradecimentos aos professores Clara Angélica, Pedro Durão e ao Prof. Ubirajara que me possibilitaram usufruir de suas fontes do saber, me enriquecendo como estudante e pessoa. Muito obrigada a todos.

“A limitação está dentro da sua cabeça.”

Marcos Rossi.

RESUMO

O presente trabalho monográfico busca analisar a problemática do crescente número de pessoas que procuram o Poder Judiciário na esperança de concretizar o direito constitucional à saúde, em oposição ao argumento estatal de que tais direitos sociais teriam um elevado custo. Como objetivos específicos a temática, inicialmente, se faz necessário um breve relato histórico sobre a implementação do direito à saúde no Brasil, colocando em foco, prioritariamente, o novo paradigma estabelecido pela Constituição Federal de 1988, bem como se há uma procedência na aplicabilidade normativa concernente ao direito à saúde no estado Sergipano. Por outro lado, deve ser estudada as principais divagações estatais, em especial, o argumento a respeito do princípio da Reserva do Possível, que vem justificar a negligência estatal quanto a efetivação ao direito à saúde, afastando-as quando possível, observando alguns julgados no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, para ao fim, apontar diversas ponderações sobre o tema em questão. E para chegar a tal finalidade faz-se necessária a utilização de pesquisa e levantamento de dados bibliográficos, para que se possa demonstrar os diversos argumentos acerca do assunto, bem como observar as decisões mais recentes, e por fim, tecer algumas ponderações acerca sobre a temática estudada.

Palavras-chaves: Saúde. Valor. Judicialização.

ABSTRACT

This project aims to analyze the growing number of people turning to the Judiciary hoping to guarantee constitutional right to Health Care, which goes against the government allegations that those social rights are high cost. To start with, a brief historical report will be necessary, highlighting the new paradigm established by 1988 Federal Constitution. Besides this, we will study the main government arguments, especially those involving the Principle of Reserve for Contingencies as an excuse for the state negligence in effecting health rights, defeating them when it is possible, observing some examples from the State of Sergipe Court of Law, and finally bring some considerations about the subject.

Keywords: Health Care. Value. Related Searches or Judicialization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL

CC CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

STJ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUS SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

TJ/SE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DEFINIÇÃO DE SAÚDE A PARTIR DA CF/88	13
2.1 O Direito da Saúde e sua Jornada na História	14
2.2 Conceito de Direito da Saúde e suas Características	17
3. DO DIREITO DA SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	31
3.1 Principiologia do Direito da Saúde.....	32
3.2 Ativismo Judicial: conceito e relevância	43
3.3 Efetividade e deficiência das políticas públicas de saúde.....	47
4. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DA SAÚDE: A INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM SERGIPE	50
4.1 Falhas atuais no Sistema Público de Saúde: gastos excessivos	50
4.2 A busca do Judiciário: decisões judiciais acerca do direito fundamental à saúde no Estado de Sergipe	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a sociedade brasileira pode ser analisada através da ruptura de um antigo regime político-econômico vinculado a princípios individualistas e desiguais. No que se refere a luta perpetrada ao longo dos anos na tentativa de mudança do modelo político, bem como as vitórias alcançadas com a proclamação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, o país enfrentou uma revolução ideológica, adotando uma nova realidade a ser seguida. Propondo-se uma nova meta, a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

Sabe-se que a saúde é uma premissa básica para que qualquer pessoa viva de forma digna, tratando-se de um direito social fundamental, com o objetivo de alcançar uma sociedade igualitária, requisito para uma cidadania plena. Para garantir o acesso à saúde, principalmente para indivíduos financeiramente mais frágeis, a forma encontrada é através das prestações jurisdicionais por parte do judiciário.

O presente trabalho teve um toque pessoal de curiosidade, visto que após estágio no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, presenciando algumas decisões acerca do assunto principal desta monografia, sendo que tal assunto muitas vezes é tocado sem a devida importância como se faz necessário, deixando assim tais informações ocultas à sociedade sergipana que poderia estar ciente dos impasses que nascem da devida situação, buscando assim respostas para que se traga a realidade sobre a saúde atual no Estado.

O tema abordado tem a finalidade de responder alguns questionamentos acerca das dificuldades na efetivação do direito à saúde. Para isso, em seu primeiro capítulo será necessária uma pesquisa sobre a evolução histórica da implementação da saúde pública no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, fazendo-se um breve relato, bem como o estudo sobre a definição de saúde. Observando-se no segundo momento as políticas públicas a respeito do direito fundamental aqui estudado e os seus princípios norteadores, passando sobre o conceito e a prática do ativismo judicial. Ressaltando-se também sobre a efetividade e deficiência das políticas públicas destinadas a saúde, contrapondo-se a intervenção do judiciário em suas decisões. Com isso, entender a dinâmica estabelecida entre as demandas relativas à saúde e a prática efetiva dessas decisões judiciais, uma vez que os Entes

Públicos, tanto Estado quanto Município, sempre se utilizam do argumento, que muitas vezes pode ser a realidade financeira, de que se encontram no “vermelho”.

A cada dia se torna mais corriqueiro a publicação de notícias de pessoas buscando o apoio do sistema público de saúde, onde encontram a negativa de seus pedidos tanto para medicamentos como para alguns tratamentos, a exemplo da quimioterapia. Ou até mesmo a realização de procedimentos cirúrgicos urgentes, na maioria das vezes para a manutenção da própria vida, desta forma, sem haver muitas possibilidades senão o ajuizamento de ações visando a atuação positiva dos magistrados.

Tal situação identificada fundamentou uma ampla discussão doutrinária e jurisprudencial no cenário atual, assim, aumentando drasticamente o número de pessoas que recorrem ao maquinário judiciário, fazendo-o ainda mais lento, abrindo espaço para o questionamento acerca da efetiva possibilidade de concessões nas prestações positivas pleiteadas.

Como se não bastasse as referidas alegações, um dos maiores obstáculos para atuação do Judiciário na matéria no momento trabalhada, em razão de caracterizar-se um impedimento tanto formal quanto material, é o desconhecimento detalhado acerca das finanças públicas direcionada a concretização do direito à saúde, de forma plena e digna para todo e qualquer cidadão. Em virtude ao incitante problema demonstrado, o tema exposto fora escolhido visando compreender o efetivo conflito existente, expondo-se para tanto entendimento doutrinário, conectando-o com as decisões mais atuais acerca do assunto.

Indagando-se a respeito das adversidades oriundas da inefetividade das normas constitucionais e usando-se, ao invés de normas constitucionais processuais, tal como o princípio ao mínimo existencial, surge uma nova tendência: a busca da concretização do direito à saúde por meio da intervenção do Poder Judiciário, ou seja, a Judicialização de um direito social já garantido.

Se faz necessário entender quais os deveres e como se dá o planejamento dos gestores públicos na execução de políticas públicas de saúde e qual a atribuição do Poder Judiciário frente as reivindicações da sociedade e as repercussões na sua atuação. A problemática pertinente nesta pesquisa é se existe a possibilidade de harmonizar a efetivação do direito fundamental em questão mediante políticas públicas mais eficazes através da judicialização?

Nesse sentido, ante o tema da judicialização da saúde, limita-se à relação por meio de justiciabilidade do direito social e o melhoramento das políticas públicas.

Vale salientar que a metodologia de pesquisa abordada no presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos científicos, dissertação de mestrado, monografia acadêmica e outros materiais publicados que tivessem relação direta com o tema proposto, com a finalidade de auxiliar na reflexão acerca da problemática, não havendo a necessidade de pesquisa de campo, tão somente pesquisa jurisprudencial através dos sites dos tribunais.

Por fim, o texto monográfico versará sobre as falhas atuais no Sistema público, analisando os gastos excessivos ineficazes e a busca do Judiciário como meio protetivo do direito à saúde mediante análise de julgados relevantes pelo tribunal de Sergipe e as possíveis soluções para a harmonização com as políticas públicas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DEFINIÇÃO DE SAÚDE A PARTIR DA CF/88

2.1 O Direito da Saúde e sua Jornada na História

De acordo com Sampaio (2017), observa-se que, com a chegada da Família Real ao Brasil em 1808, originou-se as primeiras ideias de saúde. Em março de 1824, surge a primeira Constituição Brasileira num enquadramento o qual a população da época continuava submetida a tratamentos desumanos e degradantes. Sabe-se que a Constituição de 1891 não versou diretamente acerca do direito à saúde, contudo a Carta Política de 1934 fora a Constituição Brasileira que estreou especificamente de tal direito dignificando-o à condição de direito fundamental.

Assevera que fora em 1975 que surgiu o Sistema Nacional de Saúde através da previsão específica instituída pela Lei nº 6.229/75, apresentado na 5ª Conferência Nacional de Saúde, o qual apresentou como principal finalidade a criação de uma política nacional de saúde e posteriormente, em 1977 houve a elaboração do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Ainda destaca que a elaboração do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), em 1987, fora por meio do Decreto nº 94.657/87, porém somente com a promulgação da nossa Carta Magna de 1988, a saúde tornou-se um direito fundamental de todos, o qual encontra respaldo nos artigos 6º e 196 a 200, como pode-se extrair também de SAMPAIO (2017).

Como aduz Alexandrino (2013), o direito à saúde é considerado, em sua concepção subjetiva, como um direito fundamental, no qual nem o Estado nem terceiros deverão desrespeitar as garantias, liberdades e condutas na esfera legal dos direitos. E este direito está previsto no título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, capítulo II, “Dos direitos sociais”, em seu art. 6º, da seguinte forma: “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, assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (*grifo nosso*). Assim sendo, por diversas vezes existem falhas por parte do Poder Público que não viabiliza um tratamento adequado ou fornecimento de medicamento, por consequência, o corpo social busca o maquinário judiciário na esperança de efetivar o seu direito.

Nos ensinamentos de Sampaio (2017), o direito à saúde recebe forte proteção jurídica dada a sua relevância social, na qual a Carta Cidadã de 1988,

apresentou previsão na estruturação de um Sistema Único de Saúde, conhecido pela sigla SUS, onde sua prestação de ações e serviços públicos no Brasil se dará de forma universal e integral, constituindo-se de suma importância para os ditames do Estado Democrático de Direito.

Com a promulgação da lei nº 8.080/90, que a garantia à saúde fora regulamentada, vislumbrando a relevância inquestionável do direito a saúde, como direito fundamental. Observa-se que ele está diretamente vinculado à proteção do direito à vida, a dignidade da pessoa humana, como também na sua qualidade de vida, como um bem-estar e a depender do caso, a vida poderá se encontrar em risco, demonstrando definitivamente a violação do direito fundamental em questão, como extrai-se dos ensinamentos de Alexy (2008).

De acordo com o entendimento de Barroso (2009), a importância da saúde como um direito fundamental que deverá ser assegurada pela Administração Pública, através da aplicação de políticas públicas e recursos financeiros adequados para a sua implementação, respeitando sempre os princípios da separação dos poderes, a vedação do retrocesso social e a reserva do possível. Estas análises estão em consonância com o Estado democrático de direito e a concretização dos preceitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 88 e previstos, por conseguinte, pelo ordenamento jurídico interno pátrio.

Ainda no processo histórico, observa-se a ideia moderna de um Estado Democrático onde encontram suas raízes no século XVIII, com a afirmação de certos valores fundamentais para pessoa humana, de modo a exigir uma organização e funcionamento do Estado visando a proteção destes valores, assim contextualizado por Dallari (2006). Nota-se que a tutela do direito à saúde fora conquistada através do movimento sanitarista, onde estes militantes buscavam a concretização de tal direito desde 1970, dessa forma assegura o mencionado dispositivo legal:

Art. 196. "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 e recuperação." (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, mencionou em seu discurso o então Presidente da Assembleia Constituinte de 1988, o deputado federal Ulysses Guimarães, onde ressaltou o espírito social da Carta Magna:

“[...]A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo executivo e o legislativo[...]”.

Por conseguinte, Dallari (2006) afere o comprometimento da Constituição com o bem-estar do cidadão o qual se submete as suas regras, mediante a civilização. Assegurar-lhe direitos que decorrem através de políticas públicas efetivas, sendo um dever estatal para com a dignidade da pessoa humana, em tal grau que, a saúde começou a ter um caráter de direito público subjetivo, e assim como todo direito fundamental possui força vinculante.

Em contrapartida, diferentemente dos direitos individuais que se constituem em razão da recusa por parte do Estado, o autor acredita que os direitos sociais estabelecem ao poder estatal uma efetivação de forma permanente, objetivando dar aos indivíduos titulares do direito os bens e serviços que garantem uma existência benéfica.

Em notas iniciais do autor, a Carta Magna de 1988 aprofundou-se em direitos humanos e garantias fundamentais, estabelecendo que o direito à saúde seria uma obrigação moral e legal de um Estado Democrático de Direito, consolidando a previsão estrutural do Sistema Único de Saúde (SUS), com a finalidade de prestar ações e serviços públicos de saúde para todos sem distinção de qualquer natureza, no intuito de livre acesso, contudo, somente fora concretamente regulado no Brasil em 1990 com a criação da Lei 8.080/90.

Filho (1996) em seu livro sobre a história da saúde no Brasil, salienta que o Sistema Único de Saúde da população, estabelece-se através de protocolos e diretrizes medicamentosas, de maneira integral e universal, abrangendo desde atitudes preventivas de saúde até tratamentos complexos, assegurando assim, o direito fundamental à saúde, que possui grande relevância social. Arguiu também, que fora na VIII Conferência que houve aprovação do Decreto que instituiu os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), onde mais tarde viria ser o Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse toar, a respeito do financiamento do Sistema Único de Saúde, os recursos financeiros são provenientes das contribuições sociais da seguridade social

dos entes federados, com fulcro no art. 198 da CF/88¹, em consonância a Lei Complementar 141/2012 que regulamenta o parágrafo terceiro, inciso segundo, do artigo acima mencionado, e só fora mudada depois de alguns anos de discussão entre os entes federativos e a sociedade brasileira, consoante os dizeres de SAMPAIO (2017).

Em harmonia a relevância do SUS e com base nos preceitos da autora em comento, Sampaio (2017) observa que o direito à saúde é considerado indisponível, fundamental e de incumbência solidária entres os entes da federação, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal federal (STF). Conforme os ditames do artigo 196, da Constituição Federal de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, não obstante, deveras, o direito à saúde é o mais violado no Brasil dentre as garantias fundamentais, conquanto a Carta Cidadã disponha de todo um arcabouço jurídico para que tal direito, como os demais direitos fundamentais, seja efetivo e de aplicação imediata, bem como de eficácia integral de conveniência social.

É importante neste momento ressaltar que as políticas públicas são programas de intervenção estatal a começar nas sistematizações de atuações do Estado voltadas para a execução de determinados fins setoriais ou gerais, alicerçadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado, conforme os ensinamentos de DIAS (2003).

2.2 Conceito de Direito da Saúde e suas Características

Segundo Ventura (2010), em sentido contemporâneo, saúde é acima de tudo uma questão de justiça social e cidadania e não somente uma circunstância biológica apartado do conceito social e individual. A respeito de tal definição, estudos nacionais e internacionais acerca da problemática de conceito de saúde caracterizam como um completo estado de bem-estar, e não a mera ausência de enfermidade, adicionando também a concepção de que a saúde é definida através das condições de vida e de trabalho dos indivíduos pelo ambiente social, econômico, político e cultural de determinada comunidade.

¹ Art. 198 da CF/88: As ações e serviços públicos de saúde integram a rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] §3º. Lei complementar, que será reavaliada pelos menos a cada cinco anos, estabelecerá: [...] II – Os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais.

Na primeira metade do século XX, no apogeu da Revolução Industrial, aconteceu o debate entre as grandes correntes que pretendiam definir a saúde. Uma corrente, tendo como participantes grupos marginais sem perspectiva e participação no processo de produção que subsistiam com condições de vida degradantes e desumanas, possuíam o entendimento de saúde diretamente ligada à alimentação, à moradia, ao trabalho, e o crescente número de casos de tuberculose, nas camadas sociais mais baixas somente confirmavam tal concepção. Sob outra perspectiva, em corrente contrária, a evidência de germes causadores de enfermidades e a sua consequente separação, propiciou o desenvolvimento de medicamentos específicos, afirmando a conceituação de saúde como ausência de doenças (SILVA, sem data, p.10).

Não se pode falar em conceito sem mencionar a fomentação da Declaração Universal dos Direitos Humanos que acabou por alavancar a criação de órgãos específicos para a defesa de certos direitos, dentre eles, podendo ser observada a Organização Mundial de Saúde (OMS) que teve como objeto a proteção ao direito à saúde como garantia a dignidade humana, sendo na introdução da Constituição de 1946, definiu da seguinte forma: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença” (SILVA, sem data, p11).

Ainda no pensamento de Silva (sem data), o estudo a respeito do sentido do termo “direito” por si já demonstra a dificuldade. Por certo, o seu significado refere-se a uma ramificação do conhecimento – ciência jurídica – que da mesma forma explica o objeto de pesquisa, se tratando de um sistema de regras que regulamenta a conduta em sociedade, demonstrando o que é aceitável ou não dentro de cada contexto cultural. Por diversas vezes, o termo direito é empregado em sentido axiológico como a mesma coisa de justiça e de outras vezes em sentido subjetivo.

Sabe-se que, ainda nos pensamentos do autor, o termo é colocado em seu sentido subjetivo na pretensão do direito à saúde, entretanto, a menção do direito trás consigo a compreensão do direito como normas sociais que regulam os comportamentos dos homens em sociedade. Deveras, compreende-se que as normas jurídicas podem representar limitações as condutas prejudiciais à vida social. Desta forma, a saúde, fora definida tal como o direito, devendo englobar tanto os aspectos individuais e sociais, quanto preservando como direito individual, trazendo a aceção mais plena de que o direito à saúde protege a liberdade, no sentido em que as pessoas são livres pra escolher as condições de trabalho, a

forma como irão se relacionar com o ambiente, em que cidade e o tipo de vida que almejam viver, e se doentes, qual recurso médico quererão, bem como o tratamento que se subjugarão.

Nota-se, assim, que para uma liberdade efetiva ao direito à saúde, no que se refere ao direito subjetivo, estará sempre a critério do grau de desenvolvimento estatal. Logo, o Estado bem desenvolvido economicamente possibilita as pessoas que estão a ele ligadas a livre busca para um pleno bem-estar mental e físico, e se adoecendo ter estabelecimento de tratamento e medicamentos ao seu alcance. Analisando, por outra ótica, o direito a saúde resguarda consigo também o direito a igualdade, porém acerca dos princípios ligado ao estudo em questão terá o seu momento próprio.

Segundo Engelhardt Jr (1998), a dificuldade ética no reconhecimento da saúde como um direito fundamental a ser tutelado pelo direito é determinar critérios universais para conceituar este direito, ou até mesmo as necessidades e benefícios para estabelecer comunidade ou pessoa, levando em consideração a dependência de uma valoração específica, em contextos morais e sociais diversos, e especialmente em comunidades plurais. Por outro lado, um dos empecilhos notados é a definição de meios para alcançar a efetivação da saúde, observando os aspectos outrora explanado, inquirido de objetificação da saúde e de doenças tal como força desse processo, no entendimento das pessoas e nas práticas de saúde (LEFÈVRE, 1987).

É importante frisar, que a questão problematizadora entre o direito e saúde, que se nota através da judicialização da mesma, é o dever do Estado na esfera dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, proteger as pessoas dos perigos das atualidades ofertadas pelo mercado da saúde, que muitas vezes criam “problemas” afim de apresentarem “soluções”, e concomitantemente, cumprir com o seu dever assistencial para com as pessoas, preservando assim o direito fundamental garantido (VENTURA, 2010).

Nos dizeres de Ventura (2010):

“O direito a saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, tendo, portanto, a natureza de um direito social que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A

trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados.”

Em consonância, Sarlet (2006) salienta que, traçando uma comparação entre a Constituição Federal de 1988 e o direito constitucional positivado anteriormente, observa-se de primeira a presença de inovações significativas no âmbito dos direitos fundamentais, sendo pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro que a temática fora tratada de forma relevante. A respeito sobre o processo de elaboração da Constituição de 1988, há a necessidade de fazer a vinculação com a formatação prioritária dos direitos fundamentais, haja vista a nova ordem constitucional, esta responsável pelo o resultado da redemocratização do Brasil após vinte anos de ditadura militar.

Há três características designada à Constituição de 1988, consideradas ao menos em parte, como aplicável ao título dos direitos fundamentais, especificamente em seu caráter analítico, pluralista, programático e dirigente. Por certo, se faz necessário reconhecer que a Carta Magna se enquadra no rol das Constituições denominadas como analíticas, ou seja, em face ao grande número de dispositivos legais, que são 246 artigos e 74 disposições transitórias. Nesse sentido, vale ressaltar que o procedimento analítico do constituinte denota a desconfiança quanto ao legislador infraconstitucional (SARLET, 2006).

Sarlet (2006) corrobora que após a entrada em vigor da Constituição Cidadã, outras problemáticas foram objeto de avaliação pelo poder de reforma constitucional. A exemplo disto, fora a inclusão expressa do direito à saúde no seu artigo 6º (dos direitos sociais), através da Emenda Constitucional nº 26/2000. Vale lembrar, que a reforma do Judiciário fora vinculada por meio da Emenda nº 45/2004, apesar de trazer novidades contravertidas, já que algumas feriram de forma ofensiva os direitos fundamentais, como fora o caso do deslocamento jurisdicional para julgamento das graves violações dos direitos e garantias.

A concepção humanista, surgiu nas primeiras décadas do século passado, e já havia modificado o conhecimento comum denominado de “mundo civilizado”, tanto que a algum tempo as constituições já haviam tentado consagrar os direitos individuais e implementar de alguma maneira a separação de poderes. Após o fim da primeira grande Guerra Mundial que fora consolidada a preocupação com os

chamados direitos sociais, onde seriam introduzidos no ordenamento jurídico progressivamente. Após a segunda Guerra Mundial surgiu as primeiras noções a respeito da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2000).

No entendimento de Silva apud José Afonso da Silva “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida ao mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais”, ou seja, seria por meio de políticas públicas efetivas que poderia se concretizar a igualdade entre as pessoas, dando vida digna e plena a todos a medida em que se proporciona condições mais adequadas ao exercício efetivo da liberdade.

Sarlet (2006) apud Canotilho (1999) afirma nota sobre a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, essencial à noção de tais garantias. Apontam a fundamentalidade formal como esta ligada ao direito constitucional positivado, resultando de aspectos recepcionado ao direito pátrio, sendo a parte integrante da Constituição escrita, e os direitos fundamentais encontram-se no topo do ordenamento jurídico, de tal maneira, que são de natureza supralegal. Com relação ao sentido da fundamentalidade material, entende-se como as normas constitucionais submetidas aos limites da reforma constitucional (art.60 da CF/88), denominadas de cláusulas pétreas.

Nesse contexto, há de se falar na titularidade dos direitos sociais, no Brasil, nas doutrinas gerais, utiliza-se o termo destinatário, em sentido de titular da proteção ou tutela do direito, sendo necessário ressaltar que tal terminologia seria mais adequada, em termos gerais predominante no ordenamento jurídico, se referir a titular de direitos fundamentais. Sabe-se que figura como sujeito ativo na relação jurídico-subjetiva, são as pessoas físicas, jurídicas ou até mesmo os entes despersonalizados, perante o qual o titular poderá exigir a promoção e proteção de seus direitos fundamentais (SARLET, 2011).

Ainda no entendimento de Sarlet (2011):

“No caso da CF de 1988, que serve como parâmetro para a presente análise, é preciso arrancar da constatação de que nela são se encontra, no que diz respeito à titularidade dos direitos fundamentais, referência expressa e direta ao assim chamado princípio da universalidade, visto que, o teor do disposto no art. 5º, caput, da CF, são titulares dos direitos e garantias fundamentais os brasileiros estrangeiros residentes no país, de tal sorte que, pelo menos no âmbito de uma exegese literal e restritiva, os estrangeiros não

residentes não são titulares dos direitos constitucionalmente assegurados.”

Embora exista alguma resistência, a doutrina e a jurisprudência dominantes consagraram também junto ao direito brasileiro, o princípio da universalidade que sempre será atrelado ao princípio da igualdade, contudo estes não se confundem. Ressalta-se que constituinte, no mesmo dispositivo enunciou a igualdade dos homens perante a lei e que os mesmos não sofreriam distinção de qualquer natureza, na mesma linha de pensamento atribuiu a titularidade dos direitos fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Desta forma, diferentemente, por exemplo, da Constituição portuguesa de 1976 (artigo 12) que estabeleceu no sentido de todos os cidadãos gozarem dos direitos e se submeterem aos deveres impostos pela Constituição (SARLET,2011).

De acordo com Scaff (2010) apud Lorenzetti (1997) a melhoria das condições básicas de sobrevivência das sociedades, por meio do crescente avanço tecnológico, gerando mais cuidado na produção de alimentos, mais condições sanitárias adequadas, de medicamentos e tratamentos mais completos e eficientes, aumentando assim a perspectiva de vida, sendo um dos fatores observado pela sociedade contemporânea, priorizando e preservando dessa forma o direito à saúde, não somente a saúde como definição usual admitido, mas sim na consistente harmonização psicofísico do ser, que é variável de sujeito a sujeito, posto que cada um tem suas necessidades próprias.

Por conseguinte, observa-se atualmente a noção de perda de saúde, como uma visão muito maior daquela clássica, proveniente das convicções de enfermidades, de maneira a entender que toda e qualquer modificação malquista nos aspectos físicos, mentais, sociais do indivíduo. Sendo assim, a manutenção, recuperação e prevenção da saúde são objetos de maiores preocupações, tornando-se uma exigência nas políticas públicas da sociedade, procurando oportunizar todos meios possíveis na satisfação das crescentes carências (SCAFF, 2010).

Deste modo, corrobora a definição de saúde nos dizeres de Giorgio Berti (1989):

“[...]Paradoxalmente, a condição absoluta do direito à saúde, proclamada pela jurisprudência para lhe afirmar a possibilidade de tutela por parte do juiz, é o fruto da síntese das múltiplas relatividades deste direito, que não é mais tanto individual a refutar ou a afastar a validade social e não é tanto social ou coletivo a diminuir ou a esmagar o valor individual que nele se encerra”.

É notável através do ensinamento do autor supra mencionado, que com o passar do tempo os mais diversos ordenamentos jurídicos reconheceu a importância do direito à saúde, como um direito subjetivo primordial à pessoa e por meio do tempo fora se concretizando nos textos constitucionais nacionais, abarcando não só as relações jurídicas de entes privados, mas também abrangendo as relações dos cidadãos diante a Administração Pública através das políticas públicas.

Ainda acerca dos conhecimentos de Scaff (2010), observa-se que o mesmo entende o direito à saúde como um direito de dupla natureza, de forma a reconhecer como um direito da personalidade, estabelecido nos códigos civis, bem como um direito fundamental, mencionado nos textos constitucionais internacionais, tal como um termo que se tornou comum nos últimos tempos. Desta forma, a maior preocupação é garantir cada vez mais o maior número de acesso aos tratamentos médicos e de medicamentos, sem, contudo, gerar um crescimento exponencial das despesas públicas destinadas a saúde.

Segundo Scaff (2010) apud Bresciani (1998), os aumentos dos gastos destinados a saúde se dar em virtude de vários motivos, dentre eles, os mais relevantes e que desde logo são referidos, estão, a progressiva atenção com os problemas na saúde pública, o aumento da idade média e da longevidade da população, divulgando-se de forma ampla as patologias crônicas que anteriormente não eram conhecidas, além disso a utilização de medicamentos e tecnologias cada vez mais atuais, tornando penoso os tratamentos terapêuticos.

Com todas as informações explanadas, até o presente momento, pode-se concluir que doença, como já mencionada, é toda e qualquer alteração do estado normal de saúde, e tal conceito vem sendo ampliado nos últimos tempos, abordando por consequência os comportamentos sociais, que demonstraram ser responsáveis direito pelo crescimento do desequilíbrio biológico das pessoas, como por exemplo, o tabagismo, o alcoolismo, o uso de drogas ilícitas e o stress causado pelo modelo de vida adotado pela modernidade, entre outras causas conhecidas (SCAFF, 2010, apud BRESCIANI, 1998).

Portanto, nota-se, que se por um lado a medicina avança, proporcionando de forma progressiva e atingindo cada vez mais o maior número de pessoas, através de medicamentos complexos e recursos custosos. Por outro lado, verifica-se que tal evolução apresenta limites no que se refere a quantidade, qualidade e propagação, determinando para mais um custo financeiro, que as políticas públicas direcionadas

para saúde, não estão suportando (SCAFF, 2010, apud BRENNAN, HAVIGHURST, BLUMSTEIN, 1998).

Como pode-se apreender, há diversos modos de satisfação do direito à saúde, como segundo expõe Yvonne Lambert- Faivre, “a saúde não tem preço, isso é bem conhecido. Mas ela tem um custo e em todos os países industrializados a parte das despesas de saúde no PIB não para de crescer”, com isso, entende-se que às soluções ofertadas em resposta ao problema da saúde pública envolveu a tomada de decisão com relação a três orientações. Primordialmente, deixaria a encargo de cada indivíduo a definição do modelo que iria regulamentar o atendimento das necessidades da saúde, por intermédio da contratação realizada em caráter particular do médico ou da clínica que servirá tais serviços ou que os resguardará. A posteriori, a segunda medida possível é beneficiar de forma universal, priorizando a igualdade de serviços aos cidadãos. A terceira e última proposta, é a conciliação dos elementos existentes anteriormente, coexistindo a contribuição privada com as de natureza pública (SCAFF, 2010 apud LAMBERT-FAIVRE, 2001).

Para Silva (sem data, pg. 7), o caráter programático constitucional do direito à saúde encontra dificuldade na escassez de recursos e na falta de prioridade dada pelo administrador público, outrossim, o artigo 6º da CF/88, como já mencionado neste capítulo, disciplina de modo expresso que tal direito é um direito social, ou seja, necessita de uma implementação de políticas públicas eficientes, sendo um dever do Estado. Vinculando-se a insuficiência de recursos para a saúde e a dificuldade presente entre o direito à vida e o direito à saúde, os indivíduos mais conscientes de seus direitos, buscam a proteção jurisdicional para ter suas necessidades, seja em tratamentos médicos ou medicamentos, atendidas através da judicialização da saúde, temática principal do presente trabalho. O Poder Judiciário tem comandado as modificações das políticas públicas através das suas decisões, coibindo o Executivo a proporcionar as pretensões dos litigantes, fornecendo tratamentos médicos, tais como, cirurgia, exames e até mesmo medicamentos.

Observa-se através da linha de raciocínio da autora supra citada, que quando os procedimentos não encontram-se resguardados pelo SUS ou ainda não existem leis que os contemplem, deve-se à luz do princípio da isonomia, respeitar os critérios médicos aplicados à Administração Pública, promovendo os cuidados fundamentais,

observando os meios de garantir a segurança, a eficiência médica e a qualidade aplicada à política nacional de saúde (SILVA, sem data, pg. 7).

Para a efetiva realização do direito à saúde submete-se as medidas protetivas e positivas do Estado, na Constituição de 1988, destinou-se esforços importantes para a aplicabilidade da saúde com status de direito fundamental de todos os indivíduos, através da execução do ente estatal, mesmo sendo um dever. Assim, surge a figura do Sistema Único de Saúde com a finalidade de recepcionar as necessidades da população, certificando-se a respeito das questões que influenciam na saúde, a exemplo do meio ambiente, na fiscalização dos alimentos, na vigilância sanitária (SILVA, sem data, pg. 8).

Há um notório grupo de juristas e jurífilósofos que compreendem e defendem a tese de que o Estado tem o dever legal de garantir aos indivíduos o “mínimo existencial”, isto é, direitos básicos. Afirmam ainda, que tal mínimo depende da análise do binômio necessidade/capacidade, e não somente do fornecedor, contudo também, daqueles a quem se destinou a implementação da satisfação das necessidades. Além do mais, a doutrina e jurisprudência vem ao longo dos últimos tempos, reconhecendo por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que todo ser humano necessita do direito ao mínimo existencial, significando com isso, direitos aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre elas, o direito à saúde (SILVA, sem data, pg. 29).

O que se pode constatar com esta ideia acerca do “mínimo existencial”, é a oposição sobre a insuficiência de recursos financeiros do ente estatal para assim efetivar e garantir os direitos fundamentais. Nota-se, que houve uma evolução histórica com relação ao direito à saúde, posto que o mesmo começou a surgir nas primeiras constituições escritas, e antes não havia proteção e os tratamentos eram desumanos. Entretanto, o mais complicado de delimitar, quando se trata do cumprimento das decisões judiciais, não fica apenas em recursos financeiros, mas também os limites naturais a respeito da reserva do possível (SARLET, 2006).

De acordo com Moliterno (2011) apud Barroso (2010), verifica-se três mudanças de padrão na teoria e na prática do direito constitucional pátrio proporcionado pelo Estado para efetivar a realização de seus propósitos, que são elas, no marco jurídico concedeu normatividade integral à Constituição, passando existir a possibilidade de aplicabilidade imediata e direta, atribuindo-se o caráter de fonte de direito e obrigações. Pela perspectiva dogmática, adotou o direito

constitucional como um objeto próprio e autônomo, diferenciando, portanto, unicamente do discurso político ou sociológico. E finalmente, através da concepção institucional, oportunizou ao Poder Judiciário um papel de mais destaque na efetivação dos valores e direitos constitucionais. Com essas ideias, conclui-se que o maquinário judiciário galgou uma visão ativa a respeito da concretização da Constituição de 1988, ao passo que o não cumprimento do comando de uma normativa constitucional através das decisões judiciais, ensejou no direito ao pleito de tutelas cabíveis a cada caso concreto, defendendo assim a ordem jurídica.

Nota-se que em uma sociedade plural e complexa, a constituição é sempre consequência de um pacto entre as forças políticas e sociais, retratando dessa forma, as diferentes pretensões necessárias para viver em harmonização. De igual maneira, se houver conflitos entre normas constitucionais, externa-se decisiva, haja vista, que as mesmas são dotadas de igual hierarquia e devem cair sobre a mesma situação fática, porém elaborando soluções diferenciadas. Desta forma, vê-se os próprios conflitos no constitucionalismo contemporâneo, posto não ser aplicável a hierarquização em abstrato, sobretudo, por se tratar de direitos fundamentais (MOLITERNO, 2011 apud BARCELLOS 2002).

Ainda nos ensinamentos de Moliterno (2011), salienta-se que é possível aperfeiçoar a problemática a respeito da possibilidade do legislador realizar considerações em abstrato, podendo assim, definir fundamentos a ser seguidos nos casos de conflitos. É perceptível, a início, caso aconteça, que não se deve o juízo superpor a própria valoração em confronto ao que fora realizado pelo órgão de representação popular, com esse entendimento corrobora Sarmiento, 2000, pg.114:

“É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestadamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional”.

Destarte, infere-se, que quando houver a ofensa por parte da maioria política aos direitos fundamentais, caberá ao Poder Judiciário resguardar tais direitos. Contudo, tal previsão somente será possível quando estiver tracejada na preservação de um direito constitucional disciplinado na Constituição ou se der complementariedade a uma lei já existente, haja vista, a necessidade prévia da interferência nas deliberações dos órgãos representantes políticos, estes, Executivo

e Legislativo, por meio da anulação de ações administrativas e de políticas públicas ineficientes (MOLITERNO, 2011).

Ressalta-se através dos ensinamentos de Sarlet (2010), que se adota a compreensão por meio da doutrina majoritária, o sentido da priorização dos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, dessa maneira contribui para uma melhor efetividade, pois, não se pode negar a sua juridicidade, isto porque, conjuntamente com os direitos políticos e individuais, os direitos sociais estabelecem de forma plena a cidadania. De acordo ainda, com o mesmo autor, os direitos sociais colaboram para a substituição das liberdades formais e abstratas para as liberdades materiais concretas, carregando formas materiais de sobrepujamento das desigualdades sociais.

Nos dizeres de Moliterno (2011), os direitos sociais são frequentemente apresentados como aqueles direitos que envolvem as prestações assistenciais positivas, ou seja, já imposta como obrigação do Estado, em virtude pelo qual desprenderiam de muitos recursos financeiros que nem sempre estão disponíveis. Tais direitos, são também mencionados como prestacionais, ou seja, se concretizam com a entrega determinada de utilidades reais, como exemplo, educação e saúde. Tirando-se as primeiras conclusões, que se retira do argumento apresentado, de que se todos os direitos são positivos por necessitarem da atuação estatal, análogo aos direitos políticos e individuais, em outra época ditos negativos, possuem gastos.

Dessa forma, Galdino (2007, pg. 279) salienta:

“A partir da anterior conclusão de que todos os direitos públicos são positivos, é mister reconhecer que os direitos da liberdade ou individuais também integram o rol dado as trágicas escolhas públicas. Na verdade, conclui-se que todo e qualquer direito público subjetivo integra o referido rol (podendo, portanto, ser pretendido em razão da tutela de outro direito, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento”.

Para Barroso (2009), fora estabelecido a compreensão de que os poderes deveriam ser divididos em especializações funcionais, desde que estes laborem com autonomia e harmonia, implementou-se um sistema de controles mútuos, nomeados de freios e contrapesos. As garantias fundamentais, no que lhe concerne relaciona-se aos meios processuais constitucionais de proteção dos direitos rígidos diante do Poder Judiciário, mediante lesão ou alguma ameaça de lesão aos direitos fundamentais. Sabe-se que os direitos de segunda dimensão manifestaram a nível constitucional apenas no século XX, através das Constituições do México em 1917,

da Alemanha em 1919 e no Brasil somente em 1934, atravessando um período de baixa normatividade e de eficiência duvidosa.

O constituinte brasileiro se aproveitou da expressão inspirada da lei fundamental da Alemanha e da Constituição de Portugal em 1976, contudo, não houve dúvidas acerca dos direitos fundamentais do mesmo modo que são os direitos humanos no sentido de se voltarem para a pessoa humana. Tal distinção, no entanto, é de relevância nas consequências de ordens práticas, em sua interpretação com em sua aplicabilidade (SARLET, 2011).

Entende Alexy (2011), que a fundamentalidade dos direitos fundamentais se dar pela ordem formal ou substancial. A primeira, formal, decorrente de sua posição no topo da estruturação normativa e a segunda, substancial, infere-se de uma estrutura que se propõe dar aos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, estabeleceu-se logo os direitos sociais abordando tanto direitos no aspecto de poderes a prestações positivas, tanto quanto a direitos de defesa, compreendidos como direitos negativos ou ações negativas, observando-se os critérios de posição jurídica subjetiva pertencente ao titular do direito. Para o autor já mencionado, apesar da característica de direitos negativos, no sentido de na essência serem direitos a não intervenção na liberdade individual e nos bens tutelados pela constituição.

Do mesmo modo, Rosemberg Santos (2013, pg.10) apud Sarlet (2011), aponta os direitos fundamentais de primeira dimensão como sendo os frutos oriundos de uma época marcada pelo individualismo, onde predominava o pensamento liberal que reinou por muito tempo. Sabe-se, que tais preceitos define o ser humano diante o Estado como sujeito de direitos, assegurando verdadeiramente garantias de liberdade, em consequência do impedimento do Estado de intervir no aspecto particular do indivíduo, estes são denominados como direitos negativos, a exemplo da mencionada dimensão o direito a liberdade de ir e vir.

De outro modo, em resposta ao período industrial, momento que as condições dos empregados eram desumanas, se originou as garantias fundamentais de segunda dimensão. Após o progresso tecnológico e o crescente número de indústrias, surgiram os primeiros movimentos pró trabalhador. Contudo, não houve juntamente com tal avanço o acompanhamento de garantias de direitos aos trabalhadores, diante de tal situação fora surgindo revoltas que estabeleceram os direitos de segunda geração. Contrariando a passividade estatal pactuada

anteriormente, nesta percepção o Estado deveria ser cauteloso e garantidor. Com relação, a origem dos direitos sociais, o progresso tecnológico está diretamente ligado a base dos direitos de terceira dimensão. Percebe-se que esta dimensão de direito permanece num gradativo desenvolvimento, e cada vez mais se torna uma questão de discussão. (ROSEMBERG SANTOS, 2013, pg.10, apud SARLET, 2011).

O presente trabalho monográfico tem como análise a efetividade do direito à saúde, ou seja, um direito fundamental de segunda dimensão, como já se viu. Portanto, vale-se a transcrição das lições adotadas por Ingo Wolfgang Sarlet (2011), onde o autor concebeu algumas definições relevantes acerca dos direitos de segunda dimensão, imprescindíveis ao curso do tema. Veja-se:

“O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. (SARLET, p. 45, 2011)

De acordo com os ensinamentos acima citados, os direitos sociais nasceram como em resposta ao meio anteriormente estabelecido, apesar do surgimento nos meados do século XIX, fora somente no século XX que os direitos mencionados passaram a usufruir de uma relevância nas leis nacionais. Nesse enquadramento, a pátria brasileira quem sabe tenha sido um dos primeiros países a absorver com maior convencimento ideal discutido.

Considera-se, muito embora que a Constituição Federal de 1988 tenha sido apreciada como uma Carta de normatização, decorrendo pelas diversas formas de direitos, até mesmo em todas as dimensões, é indiscutível que fora através do aspecto social a multiplicidade de modificações oriundas dela. Fora o exaustivo rol trazido no âmago da Constituição, é notória a finalidade pretendida pelo Legislador, ficando bastante transparente a sua intenção, logo a princípio através do preâmbulo, onde se instituiu os seus objetivos por meio do Estado, resguardando a eficiência dos direitos sociais².

² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

Nesse sentido, ficou incontestável a modificação do ente estatal outrora estimada de aspecto individualista, para a transformação em uma nação inquieta em alcançar justiça social ampla. O alicerçamento dessa transformação ficou concreto após a promulgação da Lei nº 10.406/2002, que fora responsável pela instituição do novo Código Civil. Em contrapartida, o Código Civil anterior (1916), destacou a sua atenção somente na influência social, oriunda das relações privadas em desvantagem ao sentido individualista anteriormente fixado.

Pois bem, determinada a organização do direito à saúde como um direito social de segunda geração, tal como a relevância dessa categoria ao escalão de direito fundamental, se faz necessário saber o grau de aplicabilidade das mencionadas normativas na rotina moderna contemporânea, ou melhor, se tais normativas neste trabalho apreciadas podem ser aplicáveis desde logo, devendo-se impor o cumprimento estatal mediante a atuação ativa do maquinário Judiciário (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL,1988).

3. DO DIREITO DA SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2008), o crescente número de ações judiciais afim de obter por parte do Estado a concretização dos direitos e garantias fundamentais, tem posicionado os Operadores do Direito, como juízes, promotores, advogados, juristas, em novos obstáculos nas suas atribuições, cujo para tal enfretamento, em regra, não foram preparados.

Atualmente, sabe-se que os cursos de direito visam somente preparar seus alunos para atuar na proteção de direitos civis e políticos, portanto, entender o direito por uma lógica formal, ou seja, resolver as lides interindividuais onde as consequências limitam as partes no processo. Não obstante, tal preparação demonstra-se pouco eficiente quando envolve demandas de direitos sociais, mais especificamente o direito à saúde (SARLET e FIGUEIREDO, 2008).

Inicialmente, conforme preceitua Sarlet e Figueiredo (2008) utilizar uma lógica jurídica acima de tudo formal revela-se pouco proveitoso, haja vista que os direitos sociais não se efetivam somente por meio do reconhecimento e concessão pelo Poder Judiciário, porém através de políticas públicas eficientes, onde se necessita de recursos financeiros, planejamentos, material, pesquisas empíricas e conhecimento específico de áreas diversas, que não do direito.

No dizeres dos autores já mencionados, salientam que:

“Não há como lidar com todas as dificuldades que surgem com a judicialização dos direitos sociais simplesmente lendo a norma legal e seus comentadores como se eles, por si só, pudessem trazer todas as respostas necessárias ou, então, fazendo um debate teórico sobre princípios abstratos e, em abstrato, sem conhecer a realidade sobre a qual se discute.” (SARLET e FIGUEIREDO, pg.45, 2008).

Para Lopes (2001) mesmo que numa situação concreta o litígio seja entre Estado e demandante, as consequências das decisões referentes a direitos sociais certamente influenciarão diretamente a maioria das pessoas. Sabe-se que os direitos sociais são efetivados através do fundo público suportado por toda a coletividade, contudo, aproveitado somente por alguns, o que denota a necessidade de discutir os critérios de justiça para conceder ou negar o acesso a contribuição financeira pública para realização desses direitos, gerando assim, uma discussão em torno da justiça distributiva. Por conseguinte, as implicações da decisão que concede o direito à saúde para o litigante não se limitam apenas ao Estado que custeará o tratamento ou medicamento ou ao cidadão que se beneficiará, porém afetará aos demais membros da sociedade, haja vista a escassez de recursos

financeiros. Desta forma, algumas das necessidades da coletividade poderão deixar de ser atendidas pelo Poder Público, em virtude da determinação judicial que onerou o Estado e favoreceu aquele que ajuizou a ação.

Concluindo que acerca da matéria de direitos sociais, a lógica utilizada na decisão do tudo ou nada não mostra ser a ideal. Posto que, assuntos relacionados a justiça distributiva e políticas públicas, pelas particularidades já mencionadas, provavelmente deveriam ser solucionadas através do diálogo, acordos, compromissos e planos (LOPES, 2001).

Assim, no atual cenário visivelmente desequilibrado entre o posicionamento dos Operadores do Direito e as novas adversidades trazidas pela judicialização da saúde, é crescente o número de pesquisadores jurídicos buscando uma nova compreensão deste fenômeno, que apesar de cada vez mais relevante, a julgar pelos impactos nas políticas públicas, já que até há pouco tempo era estudado de forma não prioritária, em consonância com o autor já citado.

3.1 Princiologia do Direito da Saúde

Conforme preceitua Silva (sem data, pg. 21), a palavra princípio deriva do latim principium ou principii que quer dizer origem, base, ou até mesmo fonte, em linguagem didática significa o ponto de partida de alguma coisa. Ensina que “princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade reativa e servindo de fator agregação num dado feixe de normas”. Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro, existem princípios norteadores implícitos e explícitos, não estabelecendo superioridade a não ser em sentido do princípio da certeza do direito, que se encontra acima de todos os princípios por se tratar da convivência social, ou seja, do bem comum.

Para Silva (sem data, pg.22) apud Canotilho (1999), conceitua que “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Seguindo o mesmo raciocínio Silva (sem data, pg. 22) apud Celso Ribeiro Bastos, define que são princípios constitucionais aqueles abordados pelo texto da Carta Magna com o propósito de sistematizar os documentos constitucionais, para assim servir como base para interpretação, sendo fundamental propagar os valores, pulverizando todo o ordenamento jurídico.

É imprescindível mencionar quando se trata de positivismo jurídico e princípios o autor clássico no meio jurídico, o professor e doutor Hans Kelsen, que concebeu vastas obras jurídicas, em especial a Teoria Pura do Direito, bem como o autor Hugo de Brito Machado, ambos afirmaram em seus estudos, que para os positivistas, os princípios jurídicos são nada mais que normas jurídicas, não sendo uma norma qualquer, contudo, uma norma mais relevante que as demais pelo destaque no cenário jurídico pertencentes a estas. Em suma, os princípios formam o arcabouço do ordenamento jurídico, nos dizeres de (Silva, sem data, pg. 24).

Ainda em consonância aos ensinamentos de Silva (sem data, pg. 22) apud Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Melo, aduz através de conhecimentos didáticos no tocante a semelhança do ordenamento jurídico a um prédio, fazendo assim uma simples analogia, onde as sustentações e as vigas mestras representam a função mais relevante que as janelas. Desta forma, a eliminação de tais componentes não alterará a base do edifício, não obstante, uma pequena fissura em seus alicerces poderá ocasionar total destruição. Assim, percorrendo tal pensamento, entende-se que os princípios jurídicos são de fundamental importância para a concretização do direito, tornando-o mais humano e próximo a realidade.

Nos dizeres da autora acima mencionada, entende-se que:

“Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.” (SILVA, sem data, pg. 22).

No presente tópico, será necessário explicar especificamente sobre alguns princípios fundamentais acerca do direito à saúde, são eles: Princípio da Igualdade analisado à luz da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade, da reserva do Possível e do Mínimo Existencial, e também os princípios constitucionais norteadores das políticas públicas de saúde, são estes, o princípio da Universalidade e Integralidade. Neste diapasão, é de extrema relevância a compressão real sobre os conteúdos jurídicos informadores dos princípios constitucionais das políticas públicas de saúde, observando a importância para a determinação das exigências do direito à saúde na esfera do Sistema Único de saúde (SUS) e para o parecer das repercussões por intermédio dos pleitos judiciais de medicamentos ou tratamentos (RAUPP RIOS, 2008).

Da Silva (sem data) apud Aristóteles, aduz que o princípio da igualdade se define em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida que eles se desigualem”. Nota-se que tal princípio sofrera algumas alterações no tocante a sua interpretação no decorrer dos anos, contudo, para muitos constitucionalistas este princípio é o mais relevante de todos, quando trata-se do aspecto constitucional. É de fundamental importância salientar que na esfera substancial, a igualdade revela a finalidade a qual se propõe, de tratar de forma equânime todos os seres humanos, sem nenhuma espécie de distinção. Desta forma, promovendo-lhes igual acesso aos bens necessários à manutenção da vida. No entanto, compreende-se a igualdade somente em sua acepção ideal, porém jamais fora alcançada.

Ainda conforme leciona os autores acima citados, o princípio da igualdade no aspecto formal, refere-se diretamente aos legisladores e indiretamente aos seus aplicadores, ou seja, a igualdade é constitucionalmente ressaltada, significando que dificilmente será maior que a igualdade no tocante a lei na hora de sua aplicabilidade.

No atual cenário, os juízes se encontram diante de casos concretos em que as decisões não são fáceis, para melhor explicar, faz-se necessário utilizar os dizeres de Luís Roberto Barroso (2009, pg.34) de que “a realidade é mais dramática, não existindo uma solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. Nesse sentido, mesmo se tratando de argumentos que versem sobre princípios constitucionais com a mesma hierarquia, no que se refere ao direito à saúde, como garantia fundamental, para o Estado, o entendimento é que à saúde está correlacionada as normas de prestação prestacional com conteúdo pré-estabelecido, dependentes de recursos financeiros e de políticas públicas.

Nos ensinamentos de Alves (2016) apud Figueiredo (2007) na ótica da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III elenca o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que exerce um papel de extrema importância na implementação de um Estado Democrático de Direito. Desta maneira, tem-se conferido a tal princípio a função elementar de verificar a ordem constitucional das decisões judiciais, outorgando-lhe sentido e legitimidade, tendo característica de unidade de sentido (elemento de integração) e legitimidade (tratando-se de questão do poder estatal).

Nos dizeres Sarlet (2001, pg. 70-71) assevera-se que:

“Em razão disso, a dignidade da pessoa humana sendo qualificada como princípio, traduz a certeza de que o art. 1º, inciso III, CF/88, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético moral, mas que constitui norma jurídica positiva e dotada em sua plenitude de status constitucional formal, material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.” (SARLET, 2001, pg. 70-71).

De acordo com Bassi (2016), o princípio da igualdade nas demandas judiciais é utilizado por diversas vezes pelo polo passivo da lide, o Estado, a seu favor, argumentado que se a pessoa demandante obtiver por via judicial o acesso a medicamentos ou tratamentos de saúde, isto seria um “privilégio” em detrimento a coletividade. Sendo assim, os indivíduos que ajuizarem as ações judiciais de saúde, levando em consideração a urgência e necessidade, gozarão seu direito por meio de liminares e de modo conseqüente estariam desrespeitando a ordem do Sistema Único de Saúde – SUS, lesando as pessoas que esperam pelo atendimento. Não obstante, os juizes justificam suas decisões favoráveis ao fornecimento de tratamentos médicos ou medicamentos no art. 196 da CF/88, que dispõe sobre a universalidade que nesse toar se assemelha ao princípio da igualdade, como dever estatal em garantia constitucional ao direito à saúde, e desta maneira resguardando a dignidade das pessoas que necessitam da efetividade do sistema para manutenção da vida.

Já o princípio da proporcionalidade vem para equilibrar as relações jurídicas acerca da saúde pública, para Silva (sem data), os direitos fundamentais, vista a concepção axiológica inserida neles, próprio de normas-princípios, vem sofrendo um estado de pressão permanente. Por tal motivo, existindo uma controvérsia entre os direitos fundamentais, fazendo-se necessário limitar a abrangência destes com base na proporcionalidade, ou seja, visando maior efetividade ao direito à saúde, em específico em ações coletivas, que vão beneficiar ao um grupo com a mesma necessidade, seja medicamentosa ou de tratamento. Dessa maneira, a proporcionalidade serve como critério de comparação da validade das limitações dos direitos constitucionais. Pode-se verificar através da doutrina inspirada em decisões das Cortes Constitucionais de outros países, a existência de três dimensões ou parâmetros ao princípio da proporcionalidade no tocante à saúde, são estes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme ensina Silva (sem data) apud Willis Santiago Guerra Filho, primeiro jurista brasileiro a tratar das dimensões acima citadas, um critério será fundamental:

“se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”. A proporcionalidade, na perspectiva do entendimento da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, deve ser capaz de proteger de abusos que possam se originar sob o argumento de ser consequência ao direito à saúde. Desse modo, a título de exemplo, se em uma liminar fosse determinado um tratamento médico que pode ser realizado no Estado de Sergipe, a baixo custo, estaria violando o princípio da proporcionalidade uma medida que obrigasse que tal tratamento fosse realizado em outro Estado, sendo muito mais oneroso para o Poder Público. Concluindo que tal princípio seja, como dito no início, utilizado visando proteger o equilíbrio da relação, paciente e Estado, para que seja benéfico para os dois lados, sempre que possível.

Vale ressaltar, de acordo com os ensinamentos da Silva (sem data, pg. 26) que:

“Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva) e proporcional em sentido estrito.

No que concerne ao princípio da reserva do possível, sabe-se que em considerações gerais, o mesmo regulamenta a possibilidade e a extensão da atuação do Estado no tocante à efetivação de determinados direitos sociais e fundamentais, a exemplo do direito à saúde, vinculando a prestação estatal à disponibilidade de recursos públicos. Segundo Silva (sem data) apud Flávia Danielle Santiago Lima assevera que: “O conceito de reserva do possível é uma construção da doutrina alemã que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos só podem ser garantidos quando há recursos públicos”.

Conforme leciona, o célebre jurista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes ao discorrer sobre os direitos fundamentais enquanto direitos a prestação positiva, afirma sobre a temática em questão a seguinte ideia:

“Observe-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (“Vorbehalt des finanziell Moglichen”). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre “numerus clausus” de vagas nas Universidades (“numerus-clausus Entscheidung”), que pretensões destinadas a criar os pressupostos

fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível” (SILVA, sem data, pg. 27).

A respeito da necessidade de previsão orçamentária alegada diversas vezes pelo Estado como um limite a sua atuação para efetivação do direito à saúde, demonstra ser um pensamento totalmente errôneo, posto que a necessidade de previsão orçamentária para a realização dos gastos públicos de saúde, em regra, é voltada particularmente ao administrador e não ao magistrado, que se entender necessário, pode deixar de analisar o preceito para efetivar uma outra norma constitucional por intermédio de uma fácil ponderação de valores. Sabe-se que a Carta Magna de 1988, vedou programas ou projetos não determinados na Lei Orçamentária Anual, em seu art. 167, inciso I e II³, como também o remanejamento ou transferência de recursos, disciplinado no art. 167, inciso VI⁴ (SILVA, sem data).

É de conhecimento dos estudiosos que a utilização mais recente do princípio da reserva do possível no Brasil, fora datada nos meados dos anos 70, quando surgiu na Europa fundamentado numa necessidade básica de se estabelecer os limites que se poderia exigir do ente estatal. Destaca-se ainda, o notório julgamento realizado pela Corte Constitucional Alemã em 1972, onde se debateu acerca do efetivo acesso de alguns direitos sociais no pós-guerra (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

Neste julgamento, notou-se com mais clareza a impossibilidade fática e jurídica do Estado suportar todo e qualquer pleito que lhe fosse pedido. O que se pode concluir com isso, é que a prestação dos direitos sociais estão efetivamente interligado de forma dependente da disponibilidade dos recursos financeiros estatal, assim só pode se exigir aquilo que for razoavelmente admissível, nesse pensamento, não sendo o caso de satisfazer um direito individual em detrimento da coletividade (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

No Brasil, em sua modernidade histórica, demonstra-se que a criação do Estado sociológico de Direito está longe de ser alcançado. A datar do início do novo paradigma constitucional, constata-se que jamais houve um governo dedicado o bastante para dar uma nova roupagem ao ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o país se encontra é um grande ramo corrupto onde realmente os governantes

³ Art. 167, inciso I e II da CF/88: [...] I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; [...]

⁴ Art. 167, inciso VI da CF/88: [...] VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...]

prezam pela sua política de angariação de votos ao invés da concretização dos direitos sociais, que se encontram totalmente defasada. Independentemente da definição dada ao princípio da reserva do possível, o fruto final é o mesmo, não podendo considerar que o direito social da saúde, meramente existe em resultado da existência ou não de recursos financeiros suficientes para aplica-lo. Segundo Rosemberg Santos (2013, pg.50), salienta que:

“Nesse caso, o efeito de causa e consequência está invertido. O direito individual social existe por si só e é suficiente em si mesmo, sendo dever do estado atuar no limite de suas capacidades para concretiza-lo, sob risco de quebra do pacto social que rege toda a sociedade”.

Em que pese, de acordo com Rosemberg Santos (2013) a habitual e mais conhecida compreensão da reserva do possível como um princípio limitador, no que tange, o direito prestacional está condicionado a um conjunto de recursos que são suficientes para a realização de tais atos sem que prejudique os demais, sendo somente um dos entendimentos. Desta forma, é de costume conceituar que a reserva do possível tem duas percepções, sendo uma material e a outra jurídica, cabendo até mesmo uma de ordem negativa. A princípio, importa corroborar o entendimento mais usual da reserva do possível. Em sua percepção material, o princípio em estudo é considerado um limitador relacionado a ausência de recursos financeiros para suportar a obrigação prometida.

Entretanto, já é notória a fundamentalidade e essencialidade a efetivação do direito à saúde para garantir a dignidade da pessoa humana. Necessitou-se que o mencionado direito social dispõe de tanta relevância que a sua concretização é imprescindível. De outro modo, percebe-se que o Estado como um fruto do conjunto das vontades de cada indivíduo, devendo sempre que possível tomar atitudes proativas, visando a implementação dos direitos sociais constitucionalmente previstos (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

Nos dizeres de Rosemberg Santos (2013), a escassez ou inexistência de recursos financeiros caracteriza uma situação insuperável, pois se um indivíduo não puder pagar por uma prestação, visto que o mesmo não possui dinheiro para tanto, tão pouco poderia se exigir do Estado o mesmo. Nesse sentido, o princípio da reserva do possível funcionaria não como um limitador da atuação estatal, já que a mesma d fato não existe, porém atuaria como uma excludente de responsabilidade do ente, já que tal prestação vai além de sua capacidade econômica. Verdadeiramente, somente cabe ao Poder Executivo o planejamento orçamentário,

contudo, isso não quer dizer que os administradores poderão distribuir a arrecadação dos recursos ao seu bel prazer, posto que, estes deverão cumprir os limitadores legais instituídos.

Nesse diapasão, complementando com exatidão:

“A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável. A escassez de recursos financeiros para a realização de direitos fundamentais sociais não é necessariamente natural, como já se teve oportunidade de observar, a partir da classificação de Jon Elster.” (OLSEN, 2012, pg. 209).

Observando esse entendimento, poderia os administradores políticos brasileiros arguirem escassez de recursos quando se sabe que há uma ganância desequilibrada, a exemplo de realizações de festas milionárias ou na criação de ministérios insignificantes? Para tal pergunta, só poderia a resposta ser negativa, não devendo a reserva do possível ser considerada quando usada nesse sentido. Em contrapartida, após analisada a impossibilidade real de concretização do direito prestacional social, urge verificar a existência de uma dimensão jurídica do princípio da reserva do possível. Atualmente, versou-se a respeito da existência ou não dos recursos orçamentários para realização dos pleitos dos litigantes, acontece que mesmo havendo meios nem sempre estão liberados para aproveitamento (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

De acordo com Silva (sem data), há uma corrente composta por juristas e jûrisfilósofos que justifica o argumento de que o Estado deve garantir o mínimo existencial, ou seja, os direitos básicos dos indivíduos. Tais defensores, ainda afirmam que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não somente pelo Estado a responsabilidade de prover, porém também daqueles que prometeram a implementação das políticas públicas necessárias para efetivação da saúde, e assim concretizar o princípio do mínimo existencial acarretando na dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que não há o que confundir quando se trata de mínimo existencial com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, já que o primeiro estabelece a necessidade de proteger os direitos básicos e necessários a existência de uma vida digna e sadia, ao passo que o segundo princípio mencionado, estabelece o mínimo necessário para a própria vivência. Como já citado noutra

momento, são camadas diferentes de um mesmo raciocínio. A respeito de tal conceito, assevera Barcellos (2011):

“[...] Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.” (BARCELLOS, 2011, pg. 292).

Conforme leciona Sarlet (2001), no que tange o princípio do mínimo existencial, o mesmo corresponde a um conjunto de circunstâncias materiais imprescindíveis à existência digna, adequado não somente a sobrevivência física e a manutenção do corpo, entretanto é relevante também, perceber o espiritual e intelectual, o que sem o equilíbrio de todos esses elementos não se viabiliza a possibilidade de participação das pessoas nas decisões públicas e menos ainda de ter capacidade de tomar as direções de seu próprio desenvolvimento, ou seja, viver plenamente a sua cidadania, usufruindo de todos os seus direitos.

Importa referir acerca da necessidade de proteção ao mínimo vital que não pode e nem deve provocar numa finalidade política reducionista, sendo a dignidade da pessoa humana como mandamento de aprimoramento dos direitos sociais, devendo sempre ser aplicada na medida possível, tendo como norteador o mínimo existencial. Contudo, tal conduta não pode guiar na criação de políticas públicas que somente estabelecem o mínimo necessário para a sobrevivência, isto é, o mínimo vital não deve ser a regra. De modo diverso, o princípio do mínimo existencial deve servir como norte para a criação dessas políticas, superando ações que negligenciem a essência da pessoa humana (ROSEMBERG SANTOS, 2013 apud ALEXY,2008).

Aduz Olsen (2012) que a Constituição Federal de 1988, não autorizou a interpretação que reduziu a fundamentalidade desses direitos à relação com o mínimo existencial, nesta linha de pensamento, muito menos pode-se confundir com a prática do mesmo com a utilização de medidas assistencialistas. A autora, menciona que os governos conhecidos como populistas, tendem a assumir medidas imediatistas, que de início aparentam combater com eficiência os problemas na efetividade dos direitos sociais constitucionais, todavia em verdade somente ocultam a ausência de aplicabilidade da Carta Magna.

Por fim, percebe-se uma das diversas ponderações acerca dos mencionados princípios que:

“Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso justiça. Repita-se, ainda mais uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. Como já se fez menção, esses quatro conteúdos do mínimo existencial não correspondem a uma escolha aleatória, ou exclusivamente normativista (considerando-se o texto da Carta de 1988); ao contrário, eles integram uma estrutura lógica de fácil demonstração[...]”. (BARCELLOS, 2011, pg. 302).

As repercussões práticas de tal conclusão é que a proteção a saúde humana, como essencialidade da dignidade humana presente na Constituição Federal, deve ser vorazmente alcançada a todo momento, não tendo como empecilho a existência ou não de ordenamento jurídico que regule tal disciplina. Desta forma, a saúde se encontra nos limites mínimos da existência sendo explícito nos entendimentos acerca da eficiência imediata dos direitos sociais que independem de existência de regulação prévia (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

Para os autores mencionados neste capítulo, um pensamento em comum pode ser identificado, de que ao se tratar da relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial, ocorre o alinhamento com as posições que são favoráveis de que a reserva do possível deve ser relativizada quando se encontra no campo do mínimo existencial, posto que este gera direitos subjetivos prestacionais.

No momento em que o mínimo existencial estiver em pauta, tem-se prestações que são plenamente exigíveis pela via judicial, devendo imperar o direito à vida e a dignidade da pessoa sobre obstáculos em relação à reserva do possível. Notadamente, em casos de demandas judiciais a respeito do direito à saúde afim de que seja compatível com a reserva do possível, o mínimo vital deverá configurar pela confirmação em cada caso concreto da necessidade do que está se arguindo, comprovando a inexistência de tratamentos alternativos eficaz e da impossibilidade do litigante de prover com recursos próprios sua saúde pessoal, tais autores partem da interpretação dos princípios da universalidade e integralidade, que serão explicados logo mais. Em suma, deverá ser realizada uma análise em cada caso concreto tendo em vista que a gratuidade do Sistema de Saúde não significa que as

prestações materiais são para servir todas as pessoas e em qualquer situação sem diretrizes (ROSEMBERG SANTOS, 2013).

Após as explanações acerca dos princípios que circundam o direito social da saúde, não se pode tratar do assunto sem especificar sobre os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde – SUS, em destaque a universalidade e integralidade. De acordo com Rios: “o princípio constitucional da universalidade nas políticas públicas de saúde requer que a prestação de serviço público alcance a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país⁵ e titulares de direitos fundamentais sociais”, neste inserido o direito à saúde, disciplinado no art. 6º da CF/88. Tal artigo da Carta Magna, fora elaborado como forma de garantir o acesso universal e igualitário nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme regulamenta o disposto no art. 196, da CF/88, onde também está presente no inciso I do art. 194 que fala a respeito da universalidade de cobertura e do atendimento pela seguridade social. No ordenamento brasileiro, à universalidade se associa a gratuidade no acesso aos serviços, tal disposição é categoricamente atribuída à política pública fundada através do Sistema Único de Saúde (RIOS, 2009).

Aduz Rios (2009) que relacionadas a universalidade e integralidade, as políticas públicas de saúde se retiram do “foco”, pois, segundo o mesmo, o acesso aos bens e serviços no sistema de saúde pública deveria priorizar apenas os mais pobres. Contudo, tal argumento seria inconstitucional, posto que a Carta Magna afirma com clareza solar que não haverá nenhum tipo de distinção, tornando assim, a universalidade um princípio norteador. Assim, a alternativa pelo caminho da saúde pública e universal, salienta o jurista Octávio Ferraz, que os objetivos de maior coerência com a realidade social é que “todos, independentemente da condição econômica, compartilham os mesmos serviços” e ainda busca evitar a rotulação e a baixa qualidade que as vezes acompanham os serviços públicos destinados aos mais carentes.

Ainda sobre o princípio da universalidade, comenta o autor supracitado o seguinte:

⁵ Art. 5º, caput da CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-lhe aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...].

“[...]reclama respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando do desenvolvimento das políticas públicas. Numa sociedade plural e diversa, cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presente nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde capaz de atendê-los. Nesta linha, pode se falar num direito difuso a um sistema de saúde que conjugue medidas genéricas e medidas específicas (que consideram a especificidade de cada grupo) de prevenção e promoção da saúde [...]”. (RIOS, 2009, pg. 7).

Enfim, já no princípio constitucional norteador das políticas públicas de saúde que busca a necessidade de uma melhor compreensão acerca da integralidade, prevista no texto constitucional em seu art. 198, incisos I, II e III⁶. Como pode-se observar na expressão “atendimento integral” inserida no artigo mencionado, não é a toa, pois, se pretende chamar atenção para o entendimento da integralidade tanto como abster-se de uma ação médica fracionada perante os pacientes, bem como a administração dos variados serviços médicos, assistenciais e sociais, não podendo deixar de lado a organização no funcionamento do SUS (RIOS,2009).

Neste diapasão, o princípio da integralidade reivindica racionalização do sistema de serviço, de forma hierarquizado, procurando articular demandas de baixa, média e alta complexidade, da mesma maneira com a intenção de humanizar os serviços e demandas do SUS. Assim, segundo Rios (2009), não se deve confundir a obediência da integralidade com um olhar reducionista do direito à saúde sob evento conhecido como “farmaceuticalização” da política de saúde, definindo assim:

“A “farmaceuticalização”, ao contrário da perspectiva da integralidade, aprofunda os riscos da fragmentação contra os quais este se contrapõe de modo direto e explícito, sendo, ao mesmo tempo, incapaz de promover a efetiva melhoria das condições de saúde e altamente dispendiosa para os cofres públicos”. (RIOS, 2009, pg. 8).

Com relação ao direito à saúde e sua prestação pelo Estado, sabe-se que a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90, regulamenta os artigos 196 e seguintes do texto constitucional e dispõe nos art. 6º, inciso I, alínea “d” e 7º, incisos I e II que disciplinam no campo de atuação do SUS a execução de ações e a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, ou seja, medicamentos, e no capítulo II

⁶ Art.198 da CF/88: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.

da referida lei, regulam os princípios e diretrizes do sistema, reafirmando a universalidade de acesso e serviços e a integralidade de assistência prevista na Carta Magna. Nota-se, por conseguinte, que a legislação infraconstitucional legitima categoricamente não só a assistência farmacêutica, bem como o fornecimento de matérias-primas terapêuticas, a exemplo de próteses, marcapassos, etc. Por fim, vale ressaltar que a Portaria n. 698/GM de 30 de maio de 2006 veio para regulamentar que “o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão dos SUS, observando o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS.” (SILVA, sem data).

3.2 Ativismo Judicial: Conceito e Relevância

Observa-se, nos dias de hoje, uma crescente intervenção do Poder Judiciário, legitimada pelo STF, na vida pública brasileira, mais especificamente no que se refere nas decisões pertinentes ao direito fundamental à saúde. Sabe-se que tal intervenção do maquinário judiciário na vida pública é conhecida como ativismo judicial e este instituto teve forte expansão com o surgimento da Constituição Federal de 1988, no qual criou obrigações e deveres éticos-morais para os operadores do direito e para o Poder Público, em benefício do atendimento e da legítima concretização deste importante direito fundamental, segundo dizeres de diversos doutrinadores como Sarlet (2008) e Mendes (2014).

Conforme preceitua Barroso (2009) em seus ensinamentos, não se pode falar de definição de ativismo judicial, sem mencionar a comparação de tal instituto com a judicialização, que para o autor os mesmos equivalem numa analogia, a primos, portanto, são da mesma família, entretanto não possuem a mesma origem, ou seja, não são gerados pelas mesmas causas imediatas diversas. Leciona o autor ainda que “ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969”. No decurso do citado período, aconteceu uma modificação profunda e silenciosa acerca das práticas políticas, levada por uma legislação progressista no tocante aos direitos fundamentais.

A datar deste momento, por força da violenta reação retrógrada, o termo ativismo judicial arcou com uma conotação negativa, equiparada a atividade imprópria do poder judicial. Não obstante, superada tal crítica ideológica, a

conceituação mais apropriada para o instituto do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e ativa do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior liberdade no campo de atuação dos outros dois poderes. Comumente, o ativismo se encontra em situações de abstenção do Poder Legislativo, de um certo embate entre políticos e a sociedade civil, inibindo que determinadas ações sociais sejam prestadas de forma efetiva. Vale perpassar que o contrário do ativismo é a autocontenção judicial, que significa que o próprio judiciário busca reduzir sua interferência nas demandas de outros poderes (BARROSO, 2009).

Assim, no entendimento de Barroso sobre o ativismo judicial e a autocontenção judicial, argumenta que:

“A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes Políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às suas ações e omissões”. (BARROSO, 2017, pg. 13).

Portanto, em que pese a relevância do ativismo judicial na atual conjuntura estatal, pode-se traduzir ora um comportamento legítimo ora não. O autor ainda afirma que quando se trata de proteger grupos vulneráveis, tais como criança ou idosos, a representação expansiva do Poder Judiciário para garantir direitos fundamentais contra discriminações é vista como atitude positiva para os estudiosos e pela sociedade civil. O binômio ativismo-autocontenção judicial presente nos países que aderem o modelo de tribunais constitucionais com competência para efetivar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos dos gestores públicos (BARROSO, 2017).

O crescente número de demandas em matéria de políticas públicas, no geral são oriundas da ausência de confiança das pessoas aos poderes constituídos, e estas veem através do Poder Judiciário uma forma de concretizar suas necessidades, podendo diretamente reivindicar a satisfação de suas garantias constitucionais, ocasionando um hiper enaltecimento dos meios judiciais. Sabe-se que o princípio constitucional da inafastabilidade⁷ do Poder Judiciário resguarda o

⁷ Art. 5º da CF/88: [...] inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

juízo dos pleitos trazidos pelos cidadãos, que se sentem lesados ou percebem direitos fundamentais violados ou ameaçados. Desta forma, diante da ausência de efetividade e lapso do Poder Público, é perfeitamente legítimo o judiciário se envolver no encargo de executar as políticas públicas, mais especificamente no que concerne o direito social à saúde, neste campo o Poder Judiciário acaba se manifestando em matérias ditas inerente ao Poder Executivo (BASSI, 2016).

De acordo com os ensinamentos de Sarlet (2008) “a alocação de recursos públicos e o controle das ações (comissivas e omissivas) da Administração na esfera de direitos fundamentais sociais” tal preceito gera uma tensão entre os dois poderes. É sabido que o Poder Judiciário tem como função essencial o dever de tutelar os preceitos constitucionais. Conseqüentemente, uma vez desobedecidas ou violadas as garantias fundamentais sociais acautelada pela Constituição Federal, compete ao Judiciário, através dos mecanismos de defesa da tutela individual e coletiva de direitos, pacificá-las de imediato.

Segundo Bassi (2016) apud Luís Roberto Barroso, aduz “que a imperatividade das normas constitucionais torna sua aplicabilidade direta e imediata, revestida de status de comando e não apenas de meras sugestões, sendo, portanto, exigíveis de imediato ao Poder Público”, explicando melhor, na prática todas as hipóteses que a Constituição previu direitos subjetivos, sejam políticos, individuais ou coletivos, em regra são exigíveis ao Poder Público ou do particular, por meio das demandas constitucionais ou infraconstitucionais recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Para Tavares (2010), o Estado julgador é um elemento essencial de uma democracia, pois um Poder Judiciário independente é um dos aspectos que se reconhece o Estado Democrático Republicano de Direito, e a exemplo de tal afirmação tem-se os constituintes americanos que adotaram o que até então era inédita, ficando sob sua responsabilidade, em especial a Suprema Corte com demandas de cunho administrativo e político, fundamentais à sobrevivência da união e para satisfação de todos cidadãos. De acordo com Tavares (2010) apud Dallari (2001) ao comentar sobre o fim das discussões a respeito do papel do Poder Judiciário se constatou que prevaleceu a proposta de instituição de um judiciário independente, bem como um dos Poderes do Estado, gerando desde já um Supremo Tribunal com atribuições específicas na Constituição, deixando a cargo do

Congresso a responsabilidade de determinar as regras mais cuidadosas quanto ao Supremo.

Conforme preceitua Barroso (2009), o ativismo judicial exprime uma postura através do intérprete, que aqui é o magistrado, de uma forma proativa e expansiva de interpretar a Carta Magna, fortalecendo o sentido e alcance de suas normativas, tratando de um mecanismo para superar o processo político majoritário, quando o mesmo se encontra inerte. A ressalva do autor acerca do ativismo judicial através da judicialização da saúde, é quanto a legitimidade democrática, pois a politização da justiça e a ausência de aptidão institucional do judiciário para decidir a respeito de algumas matérias. Afirma ainda que:

” Os riscos para legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluídas – como dignidade da pessoa humana- o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre a matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular”. (BARROSO, 2009, pg. 30-31).

Portanto, os juízes e tribunais devem aplicar a Constituição de 1988 e legislações com a finalidade de benefício coletivo e não somente para benefícios singulares de cunho político. Entretanto, os riscos da politização se enraizarem no sistema jurídico devem ser observados, visto que, ao se tratar de justiça constitucional encontra-se contratempos para separação da esfera política e da esfera constitucional, isto porque a própria Constituição é o instrumento que transforma política em direito, sendo assim um tribunal não pode ser cego acerca dos impactos políticos em suas decisões, porém devendo agir dentro de seus limites guardados pelo ordenamento jurídico para impedir resultados injustos por mero capricho singular.

3.3 Efetividade e Deficiência das Políticas Públicas de Saúde

As políticas públicas buscam se valer de diversas propostas, a exemplo por meio do Sistema Único de Saúde, com a finalidade de garantir assistência à saúde através dos atendimentos médicos e medicamentos. Nada obstante, a ineficiência

do Poder Público no que tange a implementação de políticas públicas de saúde suficientes, é analisada através da ausência das mesmas e no tocante à deficiência é observada mediante a falta de tratamentos médicos de qualidade na rede pública, afetando toda a população que necessita do SUS, ou seja, todo esse cenário atual da saúde pública no Estado de Sergipe, são os indicativos de uma forte deficiência das políticas públicas voltadas para tais demandas (SAMPAIO, 2017).

Percebe-se, na prática, lamentavelmente, que diversas pessoas procuram o Poder Judiciário para ter as suas necessidades satisfeitas. Todavia, a escassez de recursos orçamentários é considerada o principal argumento estatal para o caos na saúde pública sergipana, assim os gestores se utilizam de tal fundamento para o descumprimento dos ditames constitucionais, revelando mais uma vez a deficiência das políticas públicas no tocante as prestações dos serviços para a população. Tais preceitos devem ser observados através dos ensinamentos de Sampaio (2017) e diversos doutrinadores utilizados na elaboração deste trabalho monográfico.

No que concerne ao argumento da escassez de recursos, Nobre e Da Silva (2011), lecionam que:

“Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos.”

Desta forma, aduzem os autores acima mencionados que a escassez na saúde não deve ser restrita momentaneamente à questão de existir ou não recursos financeiros, não competindo ao Poder Público precificar a vida, mas sim administrar melhor os cofres públicos, para assim dar melhor qualidade de vida, onde as pessoas possam usufruir da saúde através do SUS. Entretanto, infelizmente o recursos financeiros são escassos, sendo uma questão preponderante, pois com as limitações de verba causam impactos nas necessidades que são infinitas, trazendo assim à tona a questão da administração pública, que tem o desafio de gerir recursos limitados na imensidão das necessidades da saúde humana, sendo de clareza solar a derrota da saúde contra a falta de recurso (NOBRE e DA SILVA, 2011).

De acordo com Silva (sem data), é notório que nem sempre o assessoramento implementado pelo Poder Público é suficiente para atender as

demandas dos pacientes, visto que cada ser possui as suas peculiaridades de doença, que podem exigir medicamentos especiais ou tornarem ineficazes os remédios já existente na listagem, podendo existir uma falha na atualização da RENAME⁸. Não difícil, tal assistência farmacêutica falha no âmbito administrativo, bem como existe obstáculos no processo de obtenção ou distribuição de medicamentos. A ausência ou deficiência nas prestações referentes aos serviços de saúde pelo Estado, certamente ameaça à vida e em diversas vezes pode ser capaz de causar lesão irreversível a essa garantia constitucional. Assim, é legítima, neste contexto, a interferência jurisdicional que objetiva afastar lesão ou ameaça de lesão a essa garantia, consoante ao que já fora demonstrado ao longo desta pesquisa. Sabe-se que infinitas são as demandas com o intuito de obrigar o ente estatal a fornecer medicamento ou tratamento, nas diversas vezes, percebe-se uma distorção no uso dos instrumentos processuais colocados à disposição através das legislações para a sociedade.

Esta distorção muitas vezes ocorre pela ausência de informação dos profissionais do direito, no que tange às políticas públicas de saúde e as concepções técnicas que contornam a prescrição de medicamentos, por outro lado, as vezes decorre da má-fé dos profissionais da saúde, como médicos e farmacêuticos. Alguns critérios devem ser respeitados no tocante ao uso de mecanismos processuais que proporcionam a intervenção do judiciário na efetividade em relação a assistência farmacêutica ou de tratamentos pelo Poder Público, com o propósito de evitar maiores prejuízos ao Sistema Único de Saúde e de modo conseqüente à toda população (SILVA, sem data).

Silva (sem data) ainda traz algumas ponderações acerca das deficiências do sistema de saúde pública, umas das dificuldades enfrentadas, é a conduta de alguns médicos brasileiros, que é conhecida popularmente, por prescreverem determinado medicamento mediante a influência de algumas indústrias farmacêuticas, contudo tal prática passou a ser combatida pelo Poder Público, principalmente após a publicação da Lei nº 9. 787/99⁹. Mesmo assim, ainda ocorre a vinculação do nome

⁸ RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais): é uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira, sendo um instrumento para as demandas de assistência farmacêutica no SUS.

⁹ Lei nº 9.787/99, art. 3º- As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

comercial em algumas receitas, e o paciente que ao ajuizar a ação pleiteando a penalidade do Poder Público a fornecer o determinado medicamento, baseia seu pleito a partir do nome comercial tal como fora prescrito na receita médica. E a grave consequência para esta situação é a condenação do Estado a fornecer um medicamento prescrito pelo nome comercial, acarretando um enorme prejuízo aos cofres públicos, haja vista que muitas vezes o Poder Público disponibiliza o mesmo medicamento, contudo ele não possui a designação indicada pela razão de ter sido fabricado por um laboratório diferente.

Logo, na prática, percebe-se muitas dificuldades e deficiências no que tange o acesso aos serviços de saúde pública, ocasionando o prejuízo de milhares de pessoas que realmente necessitam de tratamentos específicos ou medicamentos que não se encontram disponíveis na busca de curar-se de diversas moléstias. Conquanto, o Estado disponha de muitas propostas de políticas públicas para garantir a efetivação dos direitos sociais pertinentes à saúde, este direito fundamental encontra uma forte falibilidade no sistema, sendo desta forma, necessária a judicialização em determinados casos, visto que se torna impossível a espera em filas de saúde quando o paciente tem a possibilidade de morrer ante a espera por uma chance de atendimento eficaz.

4. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO DA SAÚDE: A INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM SERGIPE

De acordo com Sampaio (2017), sabe-se que com o ativismo judicial, diversos pacientes têm recorrido ao judiciário, a fim de que sejam satisfeitas as suas pretensões. Sendo assim, torna-se necessário e imperioso destacar atribuição do Poder Judiciário na execução das políticas públicas de saúde instituídas pela Constituição Federal de 1988, apesar do direito à saúde ser uma garantia constitucional de todos cidadãos brasileiros desde 1988, o que se tem presenciado no cotidiano das pessoas, através de reportagens televisivas ou com o relato de um conhecido, é que na prática a dificuldade ao acesso de medicamentos e tratamentos para os indivíduos, cuja a vida depende, é inacessível, tendo dessa forma, que se socorrer ao judiciário para ver o seu direito fundamental concretizado da maneira mais rápida possível.

Obviamente, que com o cenário atual da saúde pública no Estado de Sergipe, e a crescente demanda no judiciário, os resultados são lentos. Na verdade, procura-se a efetivação e o cuidado por parte do ente estatal com este direito fundamental, conquanto que na prática real os resultados por muitas vezes são negativos. Vale mencionar no presente momento, que o STF vem se posicionando a respeito do tema, e tem fundamentado nas suas decisões em torno da garantia constitucional à saúde, arrematando que a responsabilidade de garantir esse direito é solidária entre os entes, deixando claro que as alegações do Estado de sempre repassar a obrigação para o Município ou União, são infundadas, posto que a própria Constituição disciplina em seu ordenamento jurídico (SAMPAIO, 2017).

4.1 Falhas Atuais no Sistema Público de Saúde: Gastos Excessivos

Em consonância com os ensinamentos de Sampaio (2017), sabe-se que a procura excessiva do Poder Judiciário, com o elevado índice de demandas acerca da matéria de saúde pública, que envolvem bens e serviços, a exemplo do fornecimento de medicamentos e tratamentos, mediante das decisões de provimento, faz com que surja o fenômeno da judicialização da saúde, ocasionando gastos excessivos e acabar por desequilibrar as políticas públicas.

Para se examinar a eficácia social dos direitos fundamentais, deve-se observar as questões de aspectos ditos como não jurídicos que influenciam na concreta aplicação da normativa numa determinada sociedade. Di Pietro (2010)

ressalta que o controle judicial, está ligado ao princípio da legalidade, que é um dos preceitos basilares para um Estado de Direito. Afirmando que de nada adiantaria a Administração Pública se sujeitar as leis se seus atos não pudessem ser fiscalizados por um órgão dotado de garantias de independência que o permitissem apreciar ou invalidar os atos ditos como ilícitos praticados pela própria Administração Pública.

O mencionado autor, ainda salienta que sendo o sistema de jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde veda a lei de excluir da avaliação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, não importando quem seja o autor da lesão ou ameaça, mesmo que o autor seja o poder público, poderá a pessoa prejudicada buscar às vias judiciais.

Assim, em casos específicos seria o judiciário legitimado para infringir o princípio da separação dos poderes, congruentemente, teoricamente, aos demais, por garantir a estrutura do Estado Democrático de Direito, elencando as inúmeras limitações e riscos daquilo que as pessoas denominam de “direito judiciário” ou “legislação judicial”, especificamente como a inconstitucionalidade e a ausência de conhecimento técnico especializado para gerir as políticas públicas, a ausência de legitimidade democrática dos juízes, a intranquilidade jurídica que acaba sendo gerada, dentre outros (DI PIETRO, 2010).

Sabe-se que a hipertrofia do judiciário ocorre porque atualmente, utiliza-se este poder como meio protetivo do direito à saúde, na realidade brasileira os números de ações liminares que geram grandes custos adicionais para o ente estatal fora do seu orçamento só aumentam, o que se considera mais uma falha na gestão pública orçamentária, na medida que as necessidades são inúmeras e os recursos finitos. Com isso, observa-se com clareza a má gestão do Estado ao gerir suas finanças, sucedendo um elevado custo processual, o qual poderia ser aplicado diretamente na saúde, contribuindo para enormes gastos de modo ineficaz, em dito popular, tal atitude seria análoga a enxugar gelo (DI PIETRO, 2010).

Por fim, em linhas gerais, na prática percebe-se que cada decisão judicial que determina uma prestação material a um indivíduo, acaba retirando recursos de um montante destinado ao atendimento de diversos outros direitos fundamentais e ações judiciais. Entretanto, os mais carentes possuem a dificuldade de buscarem a efetividade de seus direitos perante a justiça. De qualquer maneira, estes movimentos judiciais criam fortes gastos estatais, estagnando o sistema público de saúde (SAMPAIO, 2017).

4.2 A Busca do Judiciário: Decisões Judiciais acerca do Direito Fundamental à Saúde no Estado de Sergipe

Conforme leciona Sampaio (2017), nota-se a existência de uma forte falha estatal na obtenção de materiais e medicamentos que sejam capazes de garantir direito social, a saúde, de maneira eficaz e humana. É sabido que a saúde no Brasil enfrenta uma forte crise na qual é presenciada por todos aqueles que necessitam do atendimento da rede pública, sendo assim fundamentada por um elevado custo financeiro para o SUS, escassez de recursos e ausência de verbas públicas para compras de medicações, aparelhos para tratamento e para contratação de profissionais da saúde, ressaltando que todos os entes federativos são solidariamente responsáveis pela concretização desta garantia fundamental, resguardada em nossa Carta Magna de 88.

Desta forma, observa-se a omissão estatal através de julgados, como por exemplo na Apelação Cível nº 201800821768¹⁰, um dos apelantes, no caso o

¹⁰ APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CONDENATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA - AUTORA PORTADORA DE FIBROMIALGIA – NECESSIDADE DO USO CONTÍNUO DOS MEDICAMENTOS CLORIDRATO DE AMITRIPILINA DE 25MG, CLORIDRATO DE VENLAFAXINA DE 75 MG E PREGABALINA DE 75 MG – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSERE DE AGIR – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO não pode ser óbice à pretensão autoral – CONTESTAÇÃO DE MÉRITO DA LIDE QUE POR SI SÓ JÁ CONFIGURA A PRETENSÃO RESISTIDA – AFASTADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS QUANTO A ASSISTÊNCIA À SAÚDE – FACULDADE DA AUTORA EM INDICAR AS PESSOAS QUE IRÃO COMPOR O PÓLO PASSIVO DA DEMANDA – OBRIGAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS DE REALIZAREM O PROCEDIMENTO, PRESCRITO POR PROFISSIONAL ESPECIALIZADO, NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DA PATOLOGIA QUE ACOMETE A AUTORA – MÉRITO – DIREITO À SAÚDE INDISCUTÍVEL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE - PACIENTE IMPOSSIBILITADA DE CUSTEAR REFERIDO PROCEDIMENTO – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESTANDO SOBEJAMENTE COMPROVADO NOS AUTOS A IMPRESCINDIBILIDADE DO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS PARA GARANTIR A SAÚDE DA AUTORA, MOSTRA-SE IRRETORQUÍVEL A SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS FIXADOS DE ACORDO COM O ARTIGO 85, §§1º E 11 DO NCPC – TRABALHO ADICIONAL REALIZADO PELOS CAUSÍDICOS DAS PARTES E QUE DEVE SER REMUNERADO - SENTENÇA PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DO NCPC. – POR UNANIMIDADE (Apelação Cível nº

próprio Estado arguiu em sua defesa que não competia ao mesmo o fornecimento do medicamento em questão, mas sim ao Município de Lagarto, notando-se o descaso quanto a apelada, pois a mesma por ter uma doença grave, necessitada de tal remédio para a manutenção de sua saúde, e ao invés de lhe ser ofertado, o poder estatal optou pela contestação quanto ao oferecimento, prolongando assim o sofrimento da apelada pelo fato de ter que esperar nova decisão para se certificar de ter seu direito efetivado.

A Apelação Cível nº 201700727634¹¹ demonstra em seu bojo que a saúde é um direito que não pode ser discutido, visto que trata-se do bem estar de um ser humano o qual não tem recurso para que possa custear atendimento médico, acabando por recorrer as vias judiciais pela omissão estatal , que banaliza o princípio da reserva do possível com a finalidade de se esquivar, evitando o auto custo com fármacos que necessita determinadas pessoas diante de suas doenças

201800821768 nº único0004992-52.2016.8.25.0040 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Luiz Antônio Araújo Mendonça - Julgado em 25/09/2018)

¹¹ APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – AUTORA PORTADORA DE TRANSTORNO AFETIVO BIPOLAR (CID10: F31.4) – NECESSIDADE DO USO CONTÍNUO DOS MEDICAMENTOS CYMBALTA, CABOLITIUM, OLANZAPINA E ALPRAZOLAM – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS QUANTO A ASSISTÊNCIA À SAÚDE – FACULDADE DA AUTORA EM INDICAR AS PESSOAS QUE IRÃO COMPOR O PÓLO PASSIVO DA DEMANDA – OBRIGAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS DE REALIZAREM O PROCEDIMENTO, PRESCRITO POR PROFISSIONAL ESPECIALIZADO, NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DA PATOLOGIA QUE ACOMETE A AUTORA – MÉRITO – DIREITO À SAÚDE INDISCUTÍVEL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO DE SAÚDE - PACIENTE IMPOSSIBILITADA DE CUSTEAR REFERIDO PROCEDIMENTO – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RESTANDO SOBEJAMENTE COMPROVADO NOS AUTOS A IMPRESCINDIBILIDADE DO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS PARA GARANTIR A SAÚDE DA AUTORA, MOSTRA-SE IRRETORQUÍVEL A SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS FIXADOS DE ACORDO COM O ARTIGO 85, §§1º E 11 DO NCPC – TRABALHO ADICIONAL REALIZADO PELOS CAUSÍDICOS DAS PARTES E QUE DEVE SER REMUNERADO - SENTENÇA PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DO NCPC. (Apelação Cível nº 201700727634 nº único0046110-67.2012.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Osório de Araújo Ramos Filho - Julgado em 28/08/2018)

incomuns, que por vezes não estão inclusas na listagem do Sistema Único de Saúde, contudo as mesmas existem na vida prática, não podendo o Estado se eximir do auxílio, indo ao praticar tal ato, contra os preceitos da própria Constituição de 1988 o qual defende o direito à saúde como garantia fundamental, como se observa no Agravo de Instrumento nº 201700812081¹².

Desta forma, observa-se a necessidade do ativismo judicial, visto que, a depender do Estado, nada faria com relação aos casos de mais urgência, pois teria como justificativa o respeito a reserva do possível, onde todos devem ser atendidos, contudo, há casos em que a espera agrava ainda mais o estado de saúde, podendo vir a falecer sem ao menos ver a luz de um tratamento digno que se executado no momento certo poderia ter salvado uma vida, sendo assim, o estado acaba por precificar a vida humana escolhendo quem vive e quem morre, notando-se tal fundamento no Agravo de Instrumento nº 201800702164¹³, bem como a falta de

¹² AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO DE SERGIPE – TODOS OS ENTES FEDERATIVOS (UNIÃO, DISTRITO FEDERAL, ESTADOS MEMBROS E MUNICÍPIOS) POSSUEM COMPETÊNCIA COMUM PARA CUIDAR DA SAÚDE E DA ASSISTÊNCIA PÚBLICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – É CABÍVEL O FORNECIMENTO PÚBLICO COMPULSÓRIO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS UMA VEZ CORROBORADA A SUA IMPRESCINDIBILIDADE E ADEQUAÇÃO TERAPÊUTICA AO QUADRO CLÍNICO PARTICULAR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – UNÂNIME. (Agravo de Instrumento nº 201700812081 nº único0003766-98.2017.8.25.0000 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Alberto Romeu Gouveia Leite - Julgado em 12/12/2017)

¹³ Agravo de Instrumento – Ação Civil Pública – Custeio de exame genético por ente público – Preliminar afastada – Pleito de inclusão da União no polo passivo da demanda com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal – Descabimento - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo fornecimento de medicamentos, exames e tratamentos a pessoas carentes de recursos financeiros para adquiri-los – Litisconsórcio facultativo – Mérito – Determinação de fornecimento de exame de sequenciamento completo de genoma humano para diagnóstico definitivo de amiotrofia espinhal progressiva em menor – Cabimento - Desnecessidade de confecção de perícia médica diante do sobejo de documentos trazidos com a inicial - Direito à vida e à saúde – Responsabilidade solidária dos entes públicos – Dignidade da pessoa humana - Princípio fundamental da República Federativa do Brasil – Pessoa carente de recursos financeiros – Comprovação da probabilidade de existência da doença, e da confecção anterior de exames genéticos (pesquisa de deleção no gene SMN1 e SMN2 por PCR e MLPA) inexitosos –

interesse do Estado para a resolução da demanda sem a necessidade de se levar ao Judiciário tal conflito, como se pode notar na Apelação Cível nº 201700831224¹⁴.

Portanto, a judicialização da saúde se faz necessária, visto que diante da falta de iniciativa estatal é um mal necessário acerca da garantia do direito da saúde já que não se pode ter uma garantia de que o direito a saúde, uma garantia fundamental defendida pela Constituição Federal de 1988, será cumprida e especialmente em determinados casos onde se demanda mais cautela, visto a gravidade da doença, onde é imprescindível o clamor social através do Poder Judiciário para que se evite a perda de mais vidas diante do descaso instaurado no sistema de saúde.

Demonstração da urgência do procedimento, diante da gravidade da doença, bem como da carência financeira da postulante – Inexistência de violação aos princípios da separação dos poderes, da isonomia e da reserva do possível - Manutenção da decisão – Recurso conhecido e improvido - Votação unânime. (Agravo de Instrumento nº 201800702164 nº único0000731-96.2018.8.25.0000 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Elvira Maria de Almeida Silva - Julgado em 31/07/2018)

¹⁴ APELAÇÕES CÍVEIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – INACOLHIMENTO - DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – RELATÓRIO MÉDICO ACOSTADO AOS AUTOS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL – APLICAÇÃO DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS - DECISÃO UNÂNIME (Apelação Cível nº 201700831224 nº único0000450-58.2014.8.25.0008 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): José dos Anjos - Julgado em 16/04/2018)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho monográfico fora trazer a baila, a análise dos direitos sociais da saúde e a sua concretização no Estado de Sergipe. Sabe-se que a Constituição de 1988, nos trouxe uma série de direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde, ora aprofundado, como um direito e dever do Estado de garantir a todos, ressaltando ainda a solidariedade dos entes federativos. Não obstante, quando há uma falha do Estado, existe a grande possibilidade do Judiciário intervir para controlar as políticas públicas, dessa forma visando garantir a efetividade dos direitos.

Destarte, a finalidade real da pesquisa fora investigar como se dá a intervenção para garantir o fornecimento de medicamentos e tratamentos, bem como estudar através das mais diversas doutrinas a respeito dos institutos pertinentes ao tema ora trabalhado, tais como, a evolução histórica da saúde, a definição de saúde e suas características, os princípios que circundam este direito social, assim como, o estudo sobre o ativismo judicial e a sua importância no atual cenário brasileiro, mais especificamente no Estado de Sergipe, até chegar no fenômeno que atualmente se denomina como judicialização da saúde, todos os pontos vistos, sendo analisados na prática por meio das decisões do Egrégio Tribunal de Sergipe.

O trabalho também discorreu sobre as deficiências e dificuldades encontradas para a efetivação do direito social à saúde, através das políticas públicas do governo, analisando os casos concretos onde o Estado nega os eventos médicos ou medicamentos, ou tenta se eximir e “jogar” para outro ente da federação a responsabilidade, seja para o Município ou para União, contudo, já se manifestou o STF pacificando o seu entendimento, fazendo vigorar o que rege a Constituição Federal de 1988, que disciplina a solidariedade entre os entes federados.

Sendo assim, percebe-se que o Poder Judiciário converteu-se para a sociedade civil com um aspecto paternalista, visto que, as pessoas que necessitam de auxílio no que tange a saúde, buscam uma maior efetividade nas demandas judiciais referentes à necessidade de que ajuizou versos a possibilidade orçamentária do órgão público, com o intuito de evitar maiores lesões ou ameaça ao direito fundamental à saúde.

Pois bem. Vista toda a problemática, entende-se que o Estado não deve utilizar-se do princípio da reserva do possível para se eximir, alegando escassez de recursos e indicando que a pessoa que precisa, seja do medicamento ou tratamento, vá para a “fila” do SUS, tratando com descaso, posto que há casos e casos. Não se defende aqui que a solução para a concretização do direito social da saúde seja a Judicialização da saúde, contudo, na atual conjectura estadual, após os estudos dos entendimentos de alguns doutrinadores e das decisões que vem sendo tomadas pela Corte estadual, conclui-se que a judicialização é um mal necessário em alguns casos, tendo a necessidade de um estudo minucioso realizado pelo judiciário ao receber a demanda, se utilizando do NAT- Núcleo de Assessoramento Técnico, onde os tribunais se aprofundam a respeito de cada peculiaridade trazida pelos caos.

Vale ressaltar que a escassez de recursos é um parâmetro que deve ser sempre respeitado, levando em consideração pelo Judiciário ao determinar que o Estado cumpra alguma prestação, já que há previsão legal acerca da inexigibilidade de obrigações impossíveis. Entretanto, a sua utilização deve ser muito cautelosa e observada através do princípio da proporcionalidade. Pois, ao se negar um direito de cunho essencial a vida digna, como a saúde, autora do mínimo existencial, com um possível dano financeiro estatal, que encontra-se como um direito de diretriz secundária, o direito a saúde deverá sempre imperar, especialmente por se tratar de uma situação de irreversibilidade, que sempre as pessoas diagnosticadas com doenças graves passam.

Dessa maneira, compete ao Poder Judiciário efetuar uma pesquisa pormenorizada de cada caso concreto trazido pelas demandas judiciais, observando toda parte probatória da necessidade, bem como analisar a possibilidade dos cofres públicos, prezando sempre pela razoabilidade.

Isto posto, por mais laudável e necessário que seja a interferência do judiciário na capacidade dos gestores públicos, conclui-se que o problema apenas poderá ser solucionado, caso venha a ser realizada uma discussão séria em toda sociedade acerca da ineficiência do Poder Público.

Portanto, ante o exposto, entende-se que o direito social da saúde, como uma garantia fundamental elemento do mínimo existencial, deverá ser tratado com preferência no tocante a um possível prejuízo financeiro do Estado, já que o mesmo se concebe de um dever constitucional irrefutável a proteção da dignidade da

pessoa humana, e caso o Estado argumente a respeito da reserva do possível como forma de se furtar da prestação determinada, deverá ter provas da insuficiência e não mera alegações, a ser vista com cuidado pelo magistrado, considerando permanentemente de que não adianta solucionar os problemas secundários se o seu cerne não fora restaurado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 1ª ed. (ano 2005), 6ª reimp. Curitiba Juruá, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 37. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em 19 de set. 2018

BARROSO, Luís Roberto. **O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz & KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, vol. 8, no 1. São Paulo jan/jun 2012. ISSN 2317-6172. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003> Acesso em: 10 de out. 2018.

BASSI, A.C. **A ponderação principiológica na judicialização da saúde**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n.º. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

BRASIL. **Constituição Federal De 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 de out. 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Sergipe, **Apelação Cível nº 201800821768**, Disponível em <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800821768&tmp_numacordao=201822686&tmp.expressao=>>, Acesso em outubro de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Sergipe, **Apelação Cível nº 201700727634**,

Disponível em:

http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201700727634&tmp_numacordao=201818825&tmp.expressao==> Acesso em outubro de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Sergipe, **Agravo de Instrumento nº 201800702164**,

Disponível em:

http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800702164&tmp_numacordao=201816270&tmp.expressao==> Acesso em outubro de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Sergipe, **Apelação Cível nº 201700831224**,

Disponível em:

http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201700831224&tmp_numacordao=20188096&tmp.expressao==> Acesso em outubro de 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Sergipe, **Agravo de Instrumento nº 201700812081**,

Disponível em:

http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201700812081&tmp_numacordao=201728034&tmp.expressao==> Acesso em outubro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Claudio Bertolli. **História da Saúde Pública no Brasil**. São Paulo: Ed. Ática, 1996.

LENY, Pereira da Silva. **Direito à Saúde e o princípio da reserva do possível**. (sem data). f. 65. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília. (sem data).

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Da efetividade dos direitos econômicos sociais e culturais**. In: **Direitos humanos: visões contemporâneas**. Publicação Especial em Comemoração aos 10 anos da Fundação Associação Juizes para Democracia. São Paulo: 2001.

MENEZES, Edilma Ribeiro. **Judicialização da Saúde no Tribunal de Justiça de Sergipe: A mora do Poder Executivo diante da Dignidade da Pessoa Humana.** 2015. f.137. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – Fanese, Aracaju, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOLITERNO, Marcella Parpinelli. **O Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro e a política de dispensação de medicamentos.** 2011.2. f.72. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC. Rio de Janeiro. 2011.

NOBRE, Milton Augusto de Brito & SILVA, Ricardo Augusto Dias da. coord. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** 1. ed. 4. Reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 31, Agosto. 2009, Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60658/direito_sa%C3%BAde_universalidade_rios.pdf> Acesso em: 17 de set. 2018.

SANTOS, Douglas Rosemberg. **A Judicialização da Saúde Pública e os Limites à Reserva do Possível.** 2013. f. 69. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Sergipe – UFS. São Cristóvão/SE. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos.** Verba Juris. n.4. v.4. jan./dez. 2005. Disponível em <

<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 17 de set. 2018.

SOUZA, Pedro Ivo de. COURA, Alexandre de Castro. **Controle Judicial de Políticas Públicas.**

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_iv_o_de_sousa.pdf> Acesso em: 18 de out. 2018.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Direitos Fundamentais: Ativismo Judicial e Políticas Públicas.** 2010. 170 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado), Área de concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Sociais Aplicadas. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho – PR, 2010

VENTURA, M.et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis – Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>>. Acesso em: 24 de set. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.10. n.1. p. 308-318 Mar/Jul. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158>> Acesso em: 10 de set. 2018.