FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

VICTOR HELIAS DIOGENES SANTANA SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO: GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA POPULAÇÃO DE CANCEROSAS DE SERGIPE

ARACAJU
2019

VICTOR HELIAS DIOGENES SANTANA SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO: GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA POPULAÇÃO DE CANCEROSAS DE SERGIPE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de DIREITO da Fanese como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Buarque Couto.

ARACAJU

2019

S337j SANTOS, Victor Helias Diogenes Santana

JUDICIALIZAÇÃO: GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA POPULAÇÃO DE CANCEROSAS DE SERGIPE / Victor Helias Diogenes Santana Santos; Aracaju, 2019. 41p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador(a): Dr. Alessandro Buarque Couto.

1. Judicialização 2. Saúde 3. Pacientes Cancerosas Femininas do Estado de Sergipe 4. e. Responsabilidade do Estado.

Elaborada pela bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

VICTOR HELIAS DIOGENES SANTANA SANTOS

JUDICIALIZAÇÃO: GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA POPULAÇÃO DE CANCEROSAS DE SERGIPE

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 03/12/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alessandro Buarque Couto (Orientador)
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Patrícia Andrea Cárceres da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Dr. Anderson da Costa Nascimento
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico o sucesso desta monografia primeiramente a Deus que me deu forças para realiza-la, aos meus pais que aqui na terra são os meus heróis e minha inspiração de vida, as minhas queridas irmãs que sempre me deram apoio e bons conselhos e por último e não menos importante aos professores que passaram por esta instituição de ensino superior, onde tive a honra e a oportunidade de ser aluno, aprender com eles um pouco sobre o direito e sobre a vida. A todos, minha eterna gratidão e respeito.

RESUMO

A Judicialização da Saúde é um acionamento judicial conferido ao indivíduo, quando o ente estatal é omisso na eficácia dos seus direitos fundamentais. Os pacientes oncológicos femininos do estado de Sergipe são os que frequentemente tem paralização ou interrupção do tratamento, gerando efeitos negativos no prognóstico de cura. Com a deficiência do serviço público ofertado, a pessoa procura o poder judiciário numa tentativa de dar efetividade ao direito postulado, podendo ter uma decisão favorável do juízo, determinando o cumprimento da sentença. O estado poderá ser responsabilizado civilmente por omissão do dever de prestação positiva a coletividade. Essa responsabilidade pode ser de ordem objetiva ou subjetiva a depender da conduta praticada pelo agente. A judicialização é meio legítimo de pretensão de direitos, não ferindo preceitos de ordem constitucional como a separação dos poderes e da legitimidade. O judiciário é guardião da constituição federal de 1988, devendo zelar pelo bem-estar social e pela dignidade da pessoa humana, possuindo competência para fiscalizar e aplicar os direitos fundamentais em situações de inobservância dos mandamentos constitucionais vigentes.

Palavras-Chave: Judicialização. Saúde. Pacientes Cancerosas Femininas do Estado de Sergipe. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The Judicialization of Health is a judicial action given to the individual, when the state-run is omission on the effectiveness of one's fundamental rights. The ones who commonly have their treatment paralyzed or discontinued are the female cancer patients in the state of Sergipe, which cause negative effects on the prognosis of cure. Because of the public service deficiency, the patients choose to take legal actions in an attempt to have their constitutional rights postulated, leading to a favorable decision of the court and compliance with the judgment. The government may be civilly held liable for failing the positive provision to the community. The responsibility can be objective or subjective, depending on the conduct practiced by the representative. Judicialization is a legitimate manner of society claim your rights, not hurting constitutional precepts such as the separation of the powers and legitimacy. The judiciary is responsible for guaranteeing the laws and rules stated in the 1988 Brazilian Federal Constitution, ensuring the dignity and social welfare of the human person, having the competence to supervise and apply fundamental rights in situations of non-compliance with the lawful constitutional commandments.

Key words: Judicialization. Health. Female Cancer Patients in the State of Sergipe. State Responsibility

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....8

2 DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE.....9

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....12

3.1 Princípio do Mínimo Existencial.....13

3.2 Princípio da Reserva do Possível.....15

3.3 Princípio da Máxima Efetividade.....18

4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE CONCEITO E ATRIBUIÇÕES.....20

4.1 Forma de Financiamento do SUS.....22

4.2 Câncer Oncológico Feminino.....24

5 RESPONSABILIDADE ESTATAL.....28

6 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE.....31

6.1 Judicialização da Saúde no Estado de Sergipe.....33

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....37

REFERÊNCIAS.....38

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é compreendida diante da violação de direitos fundamentais, onde o cidadão possui a prerrogativa de acionar o poder judiciário para assegurar a garantia da sua realização.

A saúde é direito fundamental do ser humano, sendo inerente à vida e à dignidade da pessoa humana. É um direito básico da pessoa humana, sendo concebível a proposição de pleito judicial, individual ou coletivo, para sua adjudicação.

Os princípios constitucionais são espécies de normas com alto grau de abstração, sendo valores basilares das normas jurídicas, que nortearão o douto julgador na solução do litígio judicial. Para uma ponderada decisão é preciso se ater ao Princípio constitucional da Reserva do Possível, que estabelece limites de ordem financeira para atuação do estado; Ao Princípio da Máxima Efetividade, que diz que o diretos fundamentais devem ser prestados no maior grau possível de realização, visando a satisfação do indivíduo e ao Princípio do Mínimo Existencial, que defende a garantia de direitos essenciais a sobrevivência da pessoa humana.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), que vêm com a proposta de estruturação e organização da área, explicitando normas diretivas para orientação dos Entes Políticos. O financiamento do SUS é arrecadado com base nas contribuições da seguridade social, fixados na Constituição Federal de 1988 e em leis esparsas, por intermédio de um percentual mínimo de recursos financeiros destinados a área da saúde.

O setor oncológico é um dos que mais necessita de vasto planejamento orçamentário, visto a grande demanda de pessoas, em especial as mulheres, que anualmente são acometidas por câncer e procuram o Serviço Público de Saúde em busca de tratamento. O estado tem o dever de prestação positiva, através da implementação de políticas públicas sociais e econômicas para a sociedade. Quando é prestado um serviço público ineficiente ou omisso, causa danos que ultrapassam a saúde física das pacientes oncológicas, comprometendo também o estado psicológico das enfermas, que temem por um agravamento da doença.

Contudo, as pacientes oncológicas optam por judicializar a questão, com a pretensão de assegurar a garantia do tratamento. Nesse contexto, O estado poderá ser responsabilizado no âmbito civil por omissão, em decorrência da relação extracontratual (dever legal) a observância das normas jurídicas. Que Podem ser, de vertente objetiva decorrente da atuação de serviço público estatal ou de vertente subjetiva, averiguando a culpa por negligência ou imprudência da administração pública.

O judiciário visa assegurar a garantia do direito fundamental a saúde, proporcionando legitimidade aos mandamentos constitucionais e em consonância com o Princípio da Separação dos Poderes. É um importante mecanismo de fiscalização e aplicação dos preceitos constitucionais vigentes, atuando na consolidação do Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, vislumbramos a necessidade cada vez maior da inserção do cidadão nas áreas políticas e administrativas do estado, exigindo, fiscalizando, participando ativamente de entidades de representação social e conselhos de gestão, para retirarmos as amálgamas que assolam a coletividade e impedem o bem-estar social.

Contudo, surgem reflexões e dúvidas que nos remetem a indagar se nossos direitos estão sendo respeitados, assim como assegura a constituição cidadã de 1988 e se realmente há um atendimento eficaz e eficiente dos serviços públicos de saúde prestados a sociedade.

Nesse sentido, surge o questionamento de quais os reflexos jurídicos ao Estado por razão da constante paralização na continuidade do tratamento oncológico feminino no estado de Sergipe? Sendo empregada questões norteadoras de a) quais os fundamentos expressos no ordenamento jurídico e em diplomas infralegais; b) Qual o significado dos princípios constitucionais, correlatos ao direito a saúde; c) Como as diversas doutrinas se posicionam sobre a temática; d) O que contribui para a paralização ou interrupção do tratamento oncológico feminino; e) Qual o fato causador do aumento progressivo das demandas judiciais envolvendo o tratamento oncológico feminino no estado de Sergipe.

Sendo o objetivo da pesquisa, demonstrar as demandas judiciais que o estado de Sergipe sofre em face da ineficiente e irregular prestação do serviço oncológico feminino.

Para tanto, foram definidos os seguintes objetivos específicos: a) compreender os fundamentos expressos no ordenamento jurídico e em diplomas infralegais; b) Analisar alguns princípios constitucionais, correlatos ao direito a saúde; c) Verificar de forma didática, algumas doutrinas concernentes a temática; d) Identificar quais os fatores que contribuem para a paralização ou interrupção do tratamento oncológico feminino; e) Definir o fato causador do aumento progressivo das demandas judiciais envolvendo o tratamento oncológico feminino no estado de Sergipe.

O método a ser empregado na pesquisa será o dedutivo**,** pois a garantia do direito fundamental à saúde através da judicialização pretende entender a razão das crescentes demandas judiciais.

Em segundo plano, busca em métodos estatísticos recolher dados de processos abertos no poder judiciário estadual. Obstante a isso, assume também forma descritiva pormenorizando

minuciosamente as características apresentadas.

Possui natureza qualitativa buscando analisar as diferenças entre ideias, de acordo com as suas naturezas e qualidades, através de levantamento bibliográfico, utilizados como meio de captação de conhecimento e informações.

Por fim, será feito um estudo de caso de cada parte do objeto investigado, para poder ter compreensão dele como um todo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Como assevera Fernandes (2014), a nomenclatura denominada direitos fundamentais, surge na França do século XVIII, na eclosão de um movimento político-cultural que desencadeou na ratificação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No ordenamento jurídico pátrio de 1988 a saúde é bem essencial, no qual merece total atenção. É na Constituição Federal que a saúde aparece como direito fundamental social prescrita em seus artigos, cabendo ao estado a sua implementação na sociedade através de políticas públicas.

> Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito a saúde possui um caráter de fundamentalidade que o conclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6°), mas também no seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial. (NOVELINO, 2011, p.852).

Em diversos diplomas internacionais a vida e a saúde estão inseridas num rol de bens essenciais do ser humano. Que através de organismos internacionais buscaram resguardar tais direitos a todos os indivíduos, erigindo valores indisponíveis a figura da pessoa humana. São regidas através normas internacionais pactuadas e observadas mundialmente entre os entes políticos soberanos.

A organização das nações unidas é um dos principais organismos mundiais que atua na promoção dos direitos humanos, orientando e mediando a relação entre os diversos países, na garantia de diretos vitais a sobrevivência humana. O legislador originário por entender ser esse um bem de extrema importância, tratou de criar normas com o intuito de resguardar e realizar esse bem que é primordial para uma vida digna.

> O dispositivo que consagra a saúde como direito de todos e dever do estado (CF, art. 196) está consubstanciado em uma norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo estado sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto. (NOVELINO, 2011, p.852).

No campo dos direitos fundamentais, o direito a saúde se interliga à vida e a dignidade da pessoa humana, tidos como pressupostos de todos os outros. O estado tendo por finalidade o bem-estar social, deve proporcionar meios para uma vida saudável, com observância do que está inserido na carta política de 1988, que é a promoção do ser humano.

A saúde é um direito coletivo assegurado a todos de um modo geral, ou individual a depender do caso. Ela compreende aspectos que vão além dos físicos, abrangendo também os emocionais, psíquicos, além de fatores sociais e econômicos, sendo avaliadas em conjunto para

a conseguinte satisfação do indivíduo.

> O direito à saúde – como já visto ao tempo do estudo dos direitos sociais – constitui direitos de todos e dever do estado, a partir de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, é um direito público subjetivo capaz de se exigir do estado. (FERNANDES, 2014, p.1245).

Dada a sua classificação programática, é facultado ao estado a forma de implementação das políticas públicas nessa área, observando limites de ordem financeira e guardando parâmetros nos preceitos constitucionais. Os direitos sociais são prerrogativas da coletividade, que dependem de normas programáticas para sua realização. Esse dever é atribuído ao estado, que através de prestação positiva, visa diminuir as desigualdades sociais e proporcionar uma vida humana com dignidade.

Da necessidade de efetivação do direito à saúde, busca-se reconhecer também outros direitos que são essenciais para a dignidade da pessoa humana e consequente existência. Tradicionalmente é concebida a ideia da natureza das normas programáticas, como sendo normas de baixa efetividade, entendidas como meras promessas de cunho político, do que deveres jurídicos obrigacionais.

De outro modo, a doutrina mais atual identifica nas normas programáticas de direito sociais, um mandamento constitucional de finalidades a ser atingidas pelo estado, não sendo apenas preceitos normativos de direção, mais também direitos a serem concretizados na sociedade (FERNANDES, 2014). Ademais, o autor considera ainda que, nesses termos, "elas não representam meras recomendações (conselhos) ou preceitos morais com eficácia ética-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável". (FERNANDES, 2014, p.578).

Tal reconhecimento não deve partir somente do ordenamento jurídico, mas também da sociedade nele erguida, para que assim ambos tenham uma relação harmônica e pleno desenvolvimento. Ao inverso desse entendimento, não há que se vislumbrar um estado democrático de direito.

É relevante mencionar que a dignidade da pessoa humana, valor jurídico que fora consagrado e reconhecido em diversos documentos internacionais e positivado no texto constitucional de 1988, é objeto de fundamento de todo o ordenamento jurídico, devendo o estado proteger e promover este valor normativo.

> O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor. O reconhecimento da dignidade como fundamento impõe aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna. (NOVELINO, 2011, p. 372).

O cidadão que não tem seus direitos atendidos pelo estado, acaba por ficar desamparado e fragilizado, dependente de um sistema jurídico ineficiente que se desvia da finalidade proposta. É na área da saúde que encontramos as maiores resistências nas prestações dos direitos fundamentais, onde apesar de haver leis, normas e regras a serem implementadas e seguidas, na prática não são exercitados de maneira correta, não alcançando aos anseios da coletividade, que procura as vias judiciais para a viabilidade de sua pretensão.

A cidadania, decorrente do princípio do estado democrático de direito, vem dinamicamente evoluindo ao longo dos anos, especialmente logo após a segunda guerra mundial. Aquela é conceituada como a participação do indivíduo na vida política do estado e até mesmo nos interesses comuns da sociedade. Juntamente com direitos políticos, seu conteúdo se refere aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo como cidadão (NOVELINO, 2011).

Convém destacar, a importância do exercício da cidadania na sociedade, no que possibilita a efetivação de valores imensuráveis inseridos no ordenamento jurídico pátrio.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Segundo Fernandes (2014), a ideia de princípios foi concebida através do direito natural, sendo consideradas espécies de supra normas, que irão ditar ao ser humano padrões de justiça. É importante salientar que no passado a normas jurídicas eram compreendidas juntamente com valores morais, éticos e religiosos da época, que equilibrava a sociedade pré-moderna. Com a promulgação da carta política de 1988, o legislador originário tratou de abordar de imediato os princípios fundamentais ou estruturantes da Constituição, sendo tais normas jurídicas, expressões dos anseios políticos da época.

Os princípios constitucionais são espécies de normas com alto grau de abstração. São valores basilares das normas jurídicas e fonte importante dentro do sistema jurídico. Com o advento do fim da segunda guerra mundial, houve uma preocupação dos estudiosos do direito de juntar os valores morais despedaçados pelas atrocidades dos atos autoritários e reunir com o direito novamente.

> A preocupação com o conteúdo justo das normas jurídicas e, notadamente, com os direitos humanos, fez com que a ciência do direito fosse repensada após o fim da segunda grande guerra, dando início ao desenvolvimento de uma nova dogmática com o objetivo de promover uma reaproximação entre o direito e a moral, o retorno dos valores ao direito e o reconhecimento do caráter normativo dos princípios consagrados nos textos constitucionais: o pós-positivismo. (NOVELINO, 2011, p.203).

Revigorando assim, o caráter normativo dos princípios constitucionais. O pós-positivismo emerge com o compêndio de ideias diversas, sob as diretrizes de junção dos valores ao direito, justiça e direitos fundamentais, tendo por base a dignidade da pessoa humana. Os valores são perspectivas almejadas pelas pessoas, que desenvolvem uma cultura, numa busca de realização desses.

O direito é fator cultural de um povo que inspirado em valores éticos e morais, é criado para a obtenção de valores jurídicos típicos, no qual é reconhecido e protegido pela constituição.

> O objeto de uma constituição resulta de opções valorativas feitas pelo poder constituinte. O conteúdo escolhido no plano axiológico é formalizado no âmbito normativo, plano no qual os valores são reconhecidos, declarados e protegidos. (NOVELINO, 2011, p.208).

O princípio constitucional é diferenciado das regras, pois estas têm maior grau de determinabilidade, sendo aplicadas diretamente, utilizando a técnica de doutrina do tudo ou nada, ou seja, a regra mais específica, afasta a mais genérica.

De modo contrário, aos princípios é atribuída a teoria na qual são mandados de

otimização, sendo utilizada a técnica da ponderação a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

> Com isso, na aplicação dos princípios, Alexy aposta na metodologia da ponderação/proporcionalidade**,** ao passo que Dworkin (conforme já estudado) desenvolvendo um raciocínio hermenêutico, apostará na preservação da integridade do direito. (FERNANDES, 2014, p.283).

De acordo com a teoria de Dworkin a diferença entre princípios e regras é caracterizada pela adoção de normas pragmáticas, auferidas diante do caso concreto, não sendo diferenciados quanto a estrutura de aplicação ou características morfológicas. Somente diante dos argumentos e razões utilizados pelos envolvidos na discussão, é que se irá compreender a distinção da norma jurídica, conforme dizeres de Fernandes (2014 *apud* DWORKIN, 1967).

São também normas de natureza, pois estão na base do ordenamento jurídico, servindo como válvulas de escape para a flexibilidade das regras jurídicas. obstante a isso, assume caráter vinculante, pois é de observância obrigatória, devendo ser aplicado na maior medida possível, para a correspondente satisfação social.

Devem ser observados pelo poder judiciário na ponderação de suas decisões, pois ajudam a formar a convicção do julgador e encobrir as lacunas da lei, dando maior legitimidade as sentenças proferidas no âmbito judicial.

> A defesa da normatividade dos princípios e da importância do papel que desempenham dentro do ordenamento jurídico não implica necessariamente uma posição favorável à sua preferência sobre as regras. A atuação dos princípios ocorre com maior peso e com toda a sua força nos casos difíceis, quando desempenham um papel essencial na argumentação que fundamenta as sentenças. (NOVELINO, 2011, p.223).

A supremacia funcional dos princípios guarda relação com os valores que o direito pretende alcançar. É fonte de regras jurídicas elaboradas constitucionalmente. Obstante a isso, é conceituada por parte da doutrina brasileira como normas constitucionais em que não a hierarquia, sendo consideradas iguais em dignidade.

Os princípios são enaltecidos e enobrecidos pela função desempenhada dentro do ordenamento jurídico, se tornando mecanismos interpretativos e de aplicação vinculativa obrigatória.

3.1 Princípio do Mínimo Existencial

O mínimo existencial é o conjunto de direitos básicos vitais a pessoa humana, tais como, educação, saúde, alimentação, entre outros. É atribuído a todos os que residem, estão

domiciliados, ou que temporariamente transitam no país. Esses são direitos fundamentais decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana presente no art.5° da Constituição Federal de 1988.

A dignidade condiz com a realização de direitos essenciais a manutenção da vida, sendo essa, uma prerrogativa a ser salvaguardada e protegida por todos na sociedade. Nesse sentido, Novelino (2012, p.636) indica que "O mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna."

O Estado tem importante papel nesse cenário, sendo ele garantidor da implementação de políticas sociais e econômicas que irão ser ofertadas à população. O direito fundamental social a saúde é um dos componentes da vida e consequentemente da dignidade humana.

É classificado pela doutrina e jurisprudência pátria como direito de 2° dimensão, caracterizado como direito social carente de regulamentação por legislação infraconstitucional e, ou pela administração pública.

> Seu traço principal é a mudança de comportamento esperado/exigido do estado; isto é, abandonam a percepção de uma postura abstencionista por parte do estado, para, ao contrário, afirmar a necessidade desse intervir, gerando condições de implementação de programas públicos (acerca de saúde, trabalho, educação etc.). (FERNANDES, 2014, p.576).

Entretanto, alguns doutrinadores entendem ser o direito a saúde, passível de efetivação, mas sendo analisado anteriormente a possibilidade financeira e orçamentária do ente federativo, tendo como base a reserva do possível. Em entendimento diverso, é considerado pela maioria dos críticos como norma de eficácia imediata, devido a sua essencialidade e indissociabilidade do direito à vida.

O administrador público deve fazer um juízo de ponderação na aplicação de recursos financeiros em determinadas áreas, dando prioridade a setores fundamentais do estado, para não haver fragilidade ou colapso no serviço público ofertado a coletividade.

> Todavia o "custo" especialmente oneroso dos direitos sociais aliado à escassez de recursos orçamentários impedem sua realização em grau máximo ou, às vezes, até em um grau satisfatório. Por isso a necessidade de se eleger prioridades a serem atendidas entre demandas legítimas e contempladas no texto constitucional. (NOVELINO, 2011, p.526).

O artigo 198, § 1° da CF/1988, prevê que uma parte do orçamento seja direcionada a saúde, através de recursos das contribuições sociais, advindos da seguridade social. Todos os entes federativos são responsáveis solidariamente na garantia da implementação de programas e ações, que efetivem os direitos essenciais mínimos exigíveis a sobrevivência humana.

> Art. 198. 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:
>
> § 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (BRASIL, 1988).

A ideia de mínimo existencial está relacionada a direitos básicos do ser humano. tais direitos estariam envoltos na educação, na saúde e no trabalho, ou seja, direitos sociais que para a maioria da doutrina são prestações positivas aos quais devem ter aplicabilidade imediata e admite análise do poder judiciário para a efetivação de direitos fundamentais do indivíduo, no gozo de uma vida digna.

> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (BRASIL, 1990).

O poder judiciário é recorrentemente utilizado para tutelar direitos que estão sendo sonegados ao cidadão, agindo com imposição judicial na concretização de direitos fundamentais individuais ou coletivos. O estado argumenta insuficiência financeira para a prestação dos direitos, utilizando o princípio da reserva do possível para fundamentar o contraditório e a ampla defesa.

> Por fim, vale ressaltar que a reserva do possível é matéria a ser alegada pelo estado como defesa processual, cabendo-lhe o ônus de provar suficientemente – e não simplesmente alegar de maneira genérica – a impossibilidade de atendimento das prestações demandadas. (NOVELINO, 2012, p.636).

No entanto este princípio não deve ser invocado genericamente, devendo ser observado em cada caso concreto.

3.2 Princípio da Reserva do Possível

A reserva do possível é norma principiológica bastante utilizada pela administração pública como argumento de defesa em demandas judiciais na área da saúde. É conceituada como norma limitadora da condição financeira do estado, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana.

O Estado aduz que a sua capacidade financeira impacta na implementação de políticas sociais e econômicas a serem realizadas, incluindo também a prestação do serviço público de

saúde. Mas tal argumento não pode ser utilizado para se omitir da sua responsabilidade de prestação positiva para com o indivíduo e a sociedade.

> Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (STF, ADPF n° 45, 2004).

A reserva do possível foi interpretada na década de 1970, sendo criação do tribunal constitucional alemão. Inicialmente alguns doutrinadores argumentavam que os recursos destinados a ações positivas para a concretização dos direitos sociais, era de discricionariedade de prerrogativas do executivo e legislativo, de acordo com o orçamento estipulado para as políticas públicas.

Posteriormente com o caso *numerus clausus*, esse entendimento foi superado, arguindo que tal discricionariedade das decisões de implementação de políticas públicas não poderia ficar exclusivamente ao alvedrio da administração pública, competindo ao indivíduo exigir o que seria minimamente razoável.

> A partir do caso *numerus clausus***,** decidido pelo tribunal federal alemão, essa visão passou a ser revista**,** entendendo-se que o direito de acesso ao ensino superior não poderia ficar a cargo exclusivo das definições internas do estado, cabendo ao indivíduo exigir o cumprimento daquilo que minimamente seria razoável exigir-se do estado – algo nos limites do razoável**.** (FERNANDES, 2014, p. 582).

A Constituição Federal de 1988, prescreve expressamente que os entes federativos guardam Competência comum e solidária na área da saúde, sendo todos responsáveis pela sua concreta efetivação. Porém o que se observa cotidianamente na sociedade é a não satisfação de direitos básicos do indivíduo, que procura o serviço público de saúde para tratar suas enfermidades e percebe a ineficiência da área, com a falta de atendimento, demora no agendamento de cirurgias e paralização no tratamento.

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL, 1988).

Quando necessita de um atendimento especial, em grau complexo, o paciente se vê diante de dificuldades ainda maiores, como é observado no tratamento oncológico feminino,

em que a maioria das mulheres enfermas, que utilizam do Sistema Único de Saúde (SUS), se deparam com a falta de medicamentos, insumos, interrupção ou paralização constante nos tratamentos de quimioterapia e radioterapia.

> A lei veio significar o reconhecimento pelo legislador infraconstitucional de que o direito a tratamentos cirúrgicos, radioterápicos e aos medicamentos quimioterápicos está diretamente relacionado ao mínimo existencial. Assim, uma vez conquistado um certo patamar de direitos, não poderá o administrador nem o próprio legislador retroceder (voltar atrás), sem que haja as devidas medidas compensatórias. Tal fato configura aquilo que se denomina vedação do retrocesso social ou efeito *cliquet* dos direitos sociais. (ROCHA, 2014, p. 1).

Esse setor sofre com o grande volume de pessoas que desenvolvem a patologia cancerígena e a ele recorrem. Sendo está doença considerada um dos males do século XXI. O cidadão ao ver o seu direito mitigado e cerceado procura o poder judiciário em busca de uma efetivação, que por sua vez, na maioria dos casos têm sentenciado decisões favoráveis ao direito fundamental social a saúde da pessoa, em detrimento da omissão estatal. Neste viés de entendimento, está a ADPF, n° 45, do Min. Celso de Mello:

> É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (STF, 2004).

O judiciário como um dos três poderes da República Federativa do Brasil pode agir supletivamente na garantia de direitos fundamentais individuais e coletivos, fazendo cumprir os mandamentos constitucionais e almejando o ideal de justiça social. Este poder atualmente vem sendo recorrentemente procurado pelo cidadão(ã) para assegurar a garantia dos seus direitos, visto a máquina pública sofrer influência de alguns fatores econômicos que afetam as políticas sociais.

> O que o STF tem considerado é que deve haver a condenação solidária dos entes federativos às prestações materiais em termos de direito à saúde. Levantam-se vozes no sentido de que o Judiciário não poderia imiscuir-se na competência dos outros dois Poderes. Isso é um equívoco. É o próprio papel do Poder Judiciário efetivar os direitos sociais quando houver omissão do Executivo e Legislativo. (ROCHA, 2014, p. 1).

O Ministério Público e a Defensoria Pública são importantes agentes fiscalizadores e defensores dos direitos fundamentais sociais. São eles que vão agir de ofício ou por provocação quando houver lesão ou ameaça aos direitos, redigidos pelo legislador originário no texto constitucional.

Cumpre-os o papel fiscalizador, observando se os recursos econômicos alocados a área, estão sendo suficientes e analisando a transparência dos gastos da administração pública. Compete a eles também o auxílio judicial das pessoas hipossuficientes, que não têm condições financeiras para arcar com as custas judiciais, atuando nos interesses da sociedade.

3.3 Princípio da Máxima Efetividade

O princípio da máxima efetividade dispõe que as normas constitucionais sociais devem ser realizadas no maior grau possível, pois sendo mandamento supralegal impõe ao estado, uma ação positiva concreta de normas na sociedade. A efetividade do direito a saúde perpassa por valores econômicos e sociais, que por meio da implementação de políticas públicas, irá proporcionar um atendimento preventivo e assistencial de qualidade à coletividade.

> A complexidade envolvendo os direitos sociais e sua efetividade exige uma análise específica e pontual desses direitos, para que sejam encontradas soluções adequadas à sua natureza e enunciado, sempre tendo como diretriz-guia o princípio da máxima efetividade. Este impõe uma interpretação que confira a maior eficácia social "possível" ao direito em jogo, de modo a fazê-lo cumprir a finalidade para a qual foi criado. (NOVELINO, 2012, p.633).

O estado tem um dever constitucional de prestação positiva para com a sociedade, sendo ele responsável pela realização de ações, programas e serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação das pessoas. Porém se aquele incorre em omissão, ao cidadão é assegurado pela constituição federal de 1988 a garantia das ações de habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e ação popular, além dos instrumentos de mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

> Para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, assim como a tutela de situações jurídicas subjetivas, a constituição de 1988 consagrou um conjunto de ações – habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e ação popular -, além de dois instrumentos para neutralizar as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). (NOVELINO, 2012, p.190).

Para haver uma efetividade na saúde, pressupõe ter planejamento orçamentário, administrativo e financeiro do dispêndio anual que se têm com esse setor.

Os entes federativos detêm competência comum na formulação de políticas públicas e alocação de recursos para a saúde, tendo a união o dever de repassar parte dos seus recursos ao fundo nacional da saúde, para ser destinado aos estados, distrito federal e municípios. De acordo com Mendes e Branco (2011, p.686) "A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas.".

Os entes políticos devem providenciar uma área estruturada, com condições materiais, espaciais e humanas capazes de proporcionar um atendimento eficaz para a população.

> Acerca da competência para gerir aspectos relativos à saúde, importante registrar que quando o constituinte e o legislador se referem ao Estado, não almejam alcançar somente o ente federativo estadual e designar que este sozinho deve arcar com os custos de todas as políticas e serviços de saúde. Pelo contrário, buscaram a solidariedade dos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são comumente competentes para cuidar da saúde, conforme determina o artigo 23, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (REAL, 2019, p. 1).

Da prerrogativa de discricionariedade da administração pública na implementação de políticas públicas, cabe intervenção judicial para fiscalizar se as condutas estatais estão de acordos com os parâmetros legais.

> Com isso, não se está querendo dizer que o Judiciário possa invadir as opções do administrador, ou seja, a discricionariedade administrativa. Realiza, sim, o controle de legalidade das condutas comissivas e omissivas dos gestores da coisa pública. (ROCHA, 2014, p. 1).

Cumpre ressaltar a importância da igualdade e universalidade de acesso a saúde, sendo atribuída indiscriminada e equitativamente a todos. Como já dito em capítulos anteriores, a saúde compreende o bem-estar social da pessoa humana, compreendido as condicionantes e determinantes que influenciam direta ou indiretamente.

Fatores como a alimentação, o meio ambiente e o saneamento básico são fatores afins que condicionam a saúde do indivíduo. É notório mencionar que é de atribuição do estado, zelar sobre essas questões que convergem para a dignidade da pessoa humana.

4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE CONCEITO E ATRIBUIÇÕES

Conforme assinala Mendes e Branco (2011), a Constituição federativa do Brasil de 1988 é o primeiro diploma nacional a tratar do direito fundamental de proteção a saúde, cartas políticas anteriores (1824), abordavam de forma esparsa e pontual, questões de proteção de socorros públicos (art. 179, XXXI), entre outros.

O sistema único de saúde foi criado em 1988, para prestação de serviço público de saúde do povo em escala nacional. Esse sistema é uma rede regionalizada, coordenada e hierarquizada. Com isso, Mendes e Branco (2011, p.689) asseveram que "Pelo caráter regionalizado do SUS, a competência para cuidar da saúde foi definida como comum dos entes da federação.".

Abrange desde atendimentos simples, aos médios e os complexos. Propõe-se a realizar o que está prescrito em lei, não podendo se ater as variantes influenciadoras da doença, deixando o encargo sob responsabilidade da administração pública.

> A Constituição Federal consagra o Sistema Único de Saúde, responsável pelas ações e serviços públicos de saúde, composto por uma rede regionalizada e hierarquizada, e organizado em acordo com a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade. (MORAES, 2006, p. 2107).

A lei 8.080/1990 vem regulamentar as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e funcionamento dos serviços correspondentes. esta lei discorre sobre o procedimento que o estado e outros, devem adotar na prestação do serviço público da saúde à coletividade.

> Art. 1º "Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado." (BRASIL, 1990).

Os entes da federação devem cooperar entre si para que o sistema de saúde se integralize e atinja sua finalidade, qual seja, o atendimento ao cidadão. O SUS veio com a proposta de integralizar o sistema de saúde para uma melhor organização e atendimento. Anteriormente a sua criação, o sistema de saúde só prestava assistência às pessoas que detinham vínculo com a previdência social, deixando o restante da população a depender da filantropia.

Com tal advento se procura reestruturar o serviço de saúde no Brasil, iniciado anteriormente com o programa sanitário, sob a coordenação de Osvaldo Cruz em 1903 e o movimento de Reforma Sanitária em 1970.

> este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos. (BRASIL, Gov, 2019).

A universalização do serviço é marco importante do sistema, onde antes só atendia a alguns setores da sociedade, hoje todos têm acesso aos serviços públicos nele contido. O seu atendimento com equidade demonstra seu viés imparcial e indiscriminado a toda sociedade e o seu caráter descentralizador se dá justamente com a competência de cada esfera de governo. De acordo com Mendes e Branco (2011, p.689) "Um dos pontos basilares do SUS é sua descentralização, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados.".

Esse sistema tem como porta de entrada o atendimento básico nas unidades de pronto atendimento (UPAS), onde a partir do primeiro contato na unidade de apoio e a realização de triagem, se faz um diagnóstico e encaminhamento do paciente ao serviço necessário, é o que chamamos de atenção integral. Nela o cidadão é amparado por diversos serviços, exames, consultas e cirurgias.

Além de aquisição de medicamentos em farmácias das unidades básicas. Os tratamentos mais complexos devem ser encaminhados para setores especializados, onde deverão ser tratados conforme o caso.

> a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais. (BRASIL, Gov, 2019).

O sistema único de saúde pode ser complementado pela iniciativa privada, como prescreve a Constituição Federal do Brasil de 1988, sendo que a assistência guarda limites em normas constitucionais e infralegais.

Aliado a isso, é vedado ao poder público financiar instituições privadas, entretanto, podendo alocar recursos públicos em entidades filantrópicas e assistenciais sem fins lucrativos, com a finalidade de auxiliar a área da saúde.

> As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, § 1°, da CF), sendo que "é vedada a participação direta e indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei". (KIMURA, 2005, p. 505).

Com isso é verificado que o SUS é um sistema público amplo, classificado em várias etapas e que todas elas contemplam a coletividade. Sendo respeitado e admirado por outros países, que vêm ao Brasil para aprender, observar o seu funcionamento e reproduzir em outros lugares.

Em 1979 o sistema começara embrionário, privilegiando trabalhadores de carteira assinada, conforme a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), com a garantia da seguridade social, com o passar dos anos, surge a primeira Constituição Democrática da República Federativa do Brasil em 1988, trazendo em seu bojo direitos e garantias a todos os cidadãos, sendo eles o objeto principal da norma constitucional.

4.1 Forma de Financiamento do SUS

O SUS é um sistema de acesso universal, integral, igualitário e gratuito a todas as pessoas. É direito de todos e dever dos três entes federativos a implementação de ações e programas de saúde, através de aporte de recursos financeiros destinados ao setor, tendo como finalidade a melhoria da qualidade de vida. O ministério da saúde é órgão que dispende de metade dos recursos destinados a rede pública de saúde, sendo a outra metade arrecadada pelos estados, distrito federal e municípios.

> 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, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Todos eles são responsáveis pela realização de políticas públicas em seu território, sendo participativo na elaboração de ações, serviços e parcerias entre os entes. A constituição federal no artigo 198, § 1° e § 2° prevê um aporte mínimo de recursos destinados a saúde, para manutenção do setor. A emenda constitucional nº 29 de 2000, denota obrigatoriedade de financiamento do sistema único de saúde, pelos entes federativos.

> A EC n° 29, de 13-9-2000, inovou o texto constitucional, consagrando norma instrumental, cuja finalidade é a efetividade do Sistema Único de Saúde, a partir da obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde. (MORAES, 2006, p. 2107).

Estes recursos são provenientes da seguridade social, sendo aplicados de acordo com a receita estimada na lei de diretrizes orçamentárias. São também financiados pela sociedade direta ou indiretamente e por outras fontes de custeio. Os impostos são fontes de financiamento indireto da saúde, sendo eles produtos econômicos obrigatórios de arrecadação dos entes

políticos para manutenção dos serviços públicos prestados à população.

De modo semelhante as contribuições sociais têm significativa importância no custeio, de modo que incidindo sobre a relação laboral, a de importação de bens, arrecadação da previdência social, entre outros, acaba por contribuir no financiamento de diversas áreas. Nos ensinamentos de Kimura (2005, p.504) "O Sistema Único de Saúde, nos termos do art.195 da CF, será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios, além de outras fontes" (art. 198, § 1°, da CF).

A máquina pública deve estar em consonância com as necessidades primárias da sociedade, gerindo de forma isonômica os recursos públicos para que a população tenha acesso a uma saúde de melhor qualidade. Todos os entes políticos guardam obediência aos preceitos legais, sendo solidários nas arrecadações financeiras para o sistema, bem como na organização do atendimento local.

O financiamento do setor não deve ser direcionado para as variantes que influenciam a saúde, pois os recursos têm que ser alocados para as atribuições conferida ao SUS, não assumindo assim o encargo da administração pública.

> O parâmetro para o financiamento da saúde deve ser as atribuições que foram dadas ao SUS pela Constituição e por leis específicas e não a 1º parte do art. 196 da CF, uma vez que os fatores que condicionam a saúde são os mais variados e estão inseridos nas mais diversas áreas da Administração Pública, não podendo ser considerados como competência dos órgãos e entidades que compõe o Sistema Único de Saúde. (SANTOS, 2005, p.1).

A participação da iniciativa privada na gestão do sistema único de saúde está expressa no art. 199, da CF/88. Competindo ao setor privado a liberdade de atuar de forma complementar na gestão do sistema, sendo firmado contrato de direito público ou convênio, dando preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Portanto, Mendes e Branco (2011, p.693) assinalam que "Ainda que constituído como sistema público, a rede privada de saúde pode igualmente integrar o SUS, por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público.".

É também vedada a destinação de recursos públicos para qualquer tipo de custeio de entidades privadas, bem como proíbe quaisquer formas de participação de empresas ou de capital estrangeiro no sistema de saúde, exceto nos casos previstos em lei. O relacionamento entre o setor público e o privado pode vir a ser benéfico ao SUS, pois trará mais eficiência, auxiliando e compactando o serviço público da saúde, que normalmente dispende de muito recurso financeiro.

> A possibilidade de atuação de entidade privada é uma boa solução a um sistema de saúde pautado pela descentralização e a escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para

> sanar deficiências orçamentárias. Nesse aspecto, merece destaque a relação do Poder Público com organismos do terceiro setor, como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e as Organizações Sociais – OS, e a possibilidade de estas atuarem no âmbito da rede pública de saúde. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 695).

A lei complementar n° 141/2012, provenientes da emenda constitucional n° 29 de 2000, aduz sobre o aporte financeiro que cada ente político irá dispor. Os municípios e o distrito federal destinarão 15% (quinze por cento) anuais da arrecadação de impostos a que se refere o art. 156,158 e 159, I, alínea b e § 3°, da CF/88 (IPTU, ITBI, ISS).

De outra forma os estados aplicarão 12% (doze por cento) do arrecadamento de impostos a que se refere os art. 155 e 157 da CF/88 (ITCMD, ICMS, IPVA). Desse modo, vemos a necessidade da participação ativa da sociedade na vida política do país.

> Para financiamento do SUS, a previsão constitucional se dá nos artigos 195 e 198, § 1°, a partir de recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Os entes da federação deverão aplicar um percentual mínimo calculado sobre: no caso da União, conforme o fixado em lei complementar; no caso dos Estados e do Distrito Federal, levando em conta o produto da arrecadação de impostos previstos no art. 155 e dos recursos previstos no art. 157 e 159, I, “a”, e 159, I, “a”, e 159, II, da Constituição de 1988, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios; e, no caso dos Municípios e do Distrito federal , levar-se-á em conta o produto da arrecadação de impostos previstos no art. 156 e dos recursos fixados nos artigos 158 e 159, I, “b”, e 159, § 3°, da constituição de 1988. (FERNANDES, 2014, p. 1245-1246).

Desse modo, se vê a necessidade da participação ativa da sociedade na vida política do país. De acordo com o princípio organizativo do SUS, o cidadão deve participar no cotidiano do sistema, seja através de conselhos, e ou conferências de saúde, que visam formular estratégias, controlar e avaliar a execução da política de saúde.

4.2 Câncer Oncológico Feminino

A neoplasia maligna denominado câncer é a doença que comumente se desenvolve na sociedade. Há uma crescente parcela da população brasileira que sofre dos males que a enfermidade desperta no corpo humano. O câncer quando descoberto precocemente através de exames periódicos, pode ser diagnosticado como, benigno ou maligno.

> Câncer é o crescimento desordenado de células que invadem órgãos e tecidos. Essas células doentes podem espalhar-se para outras regiões, o que conhecemos como metástase. Atualmente, existem mais de 100 tipos de câncer na literatura médica mundial. (BRASIL, Gov, 2019).

Sendo benigno a simples ingestão de medicamentos, ou até mesmo uma cirurgia simples podem ser suficientes para cura do paciente. De modo diverso quando é detectado uma neoplasia maligna, há que se ter um tratamento mais complexo, com quimioterapia e radioterapia, sendo que quando a doença é descoberta em estágio avançado, a cirurgia como última opção é a única solução, avaliando o estágio de desenvolvimento da doença e a margem de risco da intervenção cirúrgica.

> O câncer é maligno quando o crescimento desordenado dessas células é incontrolável, em grande quantidade e agressivo, o que deixa a pessoa debilitada e, em grande parte dos casos, traz risco de morte a curto, médio ou longo prazo, conforme as condições clínicas e avanço da doença em cada situação.
> O câncer é benigno quando essas células desordenadas crescem em apenas um local específico do corpo, de forma devagar, e trazem semelhanças aos tecidos originais. Esse tipo de câncer raramente constitui risco de morte. (BRASIL, Gov, 2019).

Essa enfermidade é uma das doenças que mais vem se desenvolvendo na população brasileira ao longo dos anos, sendo que alguns fatores são determinantes para o seu surgimento, podendo mencionar a saúde, a alimentação e a prática de exercícios físicos. A lei 12.732/2012 prevê que pacientes acometidos por neoplasia maligna, tem direito a tratamento gratuito pelo SUS, sendo iniciado em até 60 dias.

Com base no "princípio da integralidade" o paciente oncológico tem prioridade de atendimento, sendo feito de forma especial, completo, com vista ao nível de complexidade. O seu tratamento é iniciado desde o diagnóstico, ou em casos mais avançados a partir do prontuário médico.

> Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único. (BRASIL, 2012).

Essa doença acomete principalmente mulheres maiores de 25 anos, em idade reprodutiva, sendo o câncer de mama e o de colo de útero os mais comuns. Quando a doença é diagnosticada em estágio inicial e o tratamento terapêutico e realizado com eficácia, demonstra uma maior probabilidade de cura na pessoa.

Contudo, o serviço público ofertado à população, carece de estrutura: material financeiro, instrumental e humano para atendimento da grande demanda de indivíduos enfermos que procuram esse setor da saúde.

> O câncer de mama (CM) é um problema de saúde pública devido às altas taxas de incidência e mortalidade. Dentre os tipos de câncer, o de mama tem a maior

> incidência entre as mulheres. No mundo, a taxa de crescimento atingiu 20% na última década e o impacto do câncer corresponderá a 80% na população entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. (FRETTA *et al*., 2019).

Em Sergipe a área oncológica vem passando por significativas mudanças ao longo dos últimos 10 anos, numa tentativa de melhor qualidade na assistência dessa camada da população. Dentre estas podemos mencionar o início da construção do hospital do câncer em nosso estado, que apesar dos constantes atrasos na elaboração, tende a ser um passo inicial na melhoria do setor.

Uma das principais reclamações dos pacientes do SUS é a recorrente falta de insumos medicamentosos e a recorrente paralisação do serviço de quimioterapia e radioterapia, o que ocasiona um enorme transtorno no tratamento e consequente diminuição das chances de cura, levando assim a um aumento na procura pelo poder judiciário para efetivação dos seus direitos.

Tais fatores são relevantes, e devem ser observados pela administração pública, gestores públicos, órgãos fiscalizadores e a sociedade, pois têm impacto direto na vida e em seu perecimento.

> Outra importante via de efetivação do direito à saúde se dá pela ação do Ministério Público, que, através de ação civil pública, tem legitimidade para provocar o Poder Judiciário quanto às omissões totais ou parciais por parte do Poder Público na implementação das ações e serviços de saúde. (FERNANDES, 2014, p. 595).

Atualmente no estado de Sergipe se observa um grande esforço da gestão local, implementação de convênios com hospitais filantrópicos e particulares, bem como a busca de conhecimento em outros estados que possuem hospitais especializados em câncer para melhor atender a saúde dos sergipanos, sendo que também foram realizadas a aquisição de dois veículos móveis denominados “carreta do câncer” com estrutura suficiente para um maior atendimento nos vários municípios do estado.

Deste contexto, vislumbramos a necessidade de uma crescente manutenção no setor oncológico com vista, a oferta de um serviço público de saúde satisfatório.

Conforme assinala o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 716.777 RIO GRANDE DO SUL, do relator Min. Celso de Mello:

> E M E N T A: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO

> ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, AG. REG. No Recurso Extraordinário, 2013).

Neste compasso, é observado os vários julgados decididos pelos órgãos superiores, orientando e vinculando todo o ordenamento jurídico brasileiro, aos fatos sociais aqui abordados.

6 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE

O Estado tem o dever de prestar serviço de saúde à coletividade. Quando tal garantia não é assistida com eficiência, o indivíduo se vendo lesado procura as vias judiciais para ver o seu direito realizado. Tais atitudes que se tornam corriqueiras acabam por impactar o orçamento financeiro do estado nessa área, forçando-o cumprir determinadas decisões judiciais. Esse conjunto de fatores traz sobrecarga a máquina pública que se vê incapaz de atender eficazmente a todos.

> Os direitos sociais, na qualidade de diretos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. (NOVELINO, 2012, p.632).

A Constituição Federal de 1988 prescreve através de norma constitucional que os entes governamentais destinem parte da arrecadação de recursos fiscais mínimos a contas especiais da saúde, porém através de princípios como o da reserva do possível menciona-se que o Estado guarda parâmetros na dignidade da pessoa humana e limites no seu orçamento financeiro.

Observa-se então que este, apesar de ser obrigado a implantar políticas públicas que concretizem a realização dos serviços de saúde a população, impende entender sua limitação econômica frente à crescente demanda que avoluma o sistema único de saúde.

> Argumenta-se, ainda, que a interferência do Poder Judiciário nas demandas a serem priorizadas por meio de políticas públicas seria antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, por significar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. Em razão da escassez de recursos orçamentários, a escolha sobre quais direitos merecem ser priorizados deveria recair sobre esses representantes do povo eleitos democraticamente para tal fim. (NOVELINO, 2012, p. 631).

Entende-se que o cenário descrito acima não é argumento de defesa para o gestor público se desviar do objetivo proposto na atual carta política democrática brasileira, qual seja, a busca incessante pela promoção, prevenção e recuperação da saúde da pessoa que procura atendimento nesse sistema.

> Ressalte-se, ademais, que a alegação de violação à separação dos poderes não justifica a inércia do Poder executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde (art.196, CF), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 710).

Como mencionado anteriormente, a economia e as políticas públicas são fundamentais na realização do direito social a saúde, mas para uma eficiente prestação do serviço deve o poder público, os órgãos públicos e as entidades representantes da sociedade civil fiscalizar periodicamente as ações desenvolvidas nesse setor, para garantir qualidade na saúde ofertada pelo SUS. Destarte, Mendes e Branco (2011, p.686) observam que "Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas.".

Os entes federativos têm que dar a devida atenção ao desenvolvimento social, tanto quanto ao desenvolvimento econômico, pois ambos guardam equivalência de importância no progresso do país.

> A constituição de 1988 adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas. Para tanto, foi dado destaque à distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliada participação de Estados e Municípios na renda tributária. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 692).

A problemática da judicialização excessiva impacta diretamente na realização de outras ações e serviços de saúde, pois uma vez decretada uma sentença de cumprimento em face do Estado, este terá que cumpri-la, sob pena de incorrer em multa. Essas avolumadas decisões judiciais, provocam uma paralização e desorganização da máquina pública, que tem de reordenar as prioridades do setor.

> outra objeção à sindicabilidade dos direitos sociais consiste na desorganização da Administração Pública, já que os administradores, em vez de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário. (NOVELINO, 2012, p. 631).

Por outro viés, tem-se entendimento consolidado que a judicialização da saúde é um importante mecanismo individual na garantia de efetivação do direito fundamental, que não sendo prestado adequadamente pelo estado, como um dever de prestação positiva, é amparado pelo poder judiciário quando acionado judicialmente, para a satisfação do direito fundamental do cidadão.

Segue Ementa do Agravo de Instrumento de Rel. Cesário Siqueira Neto no Tribunal de justiça do Estado de Sergipe:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA DE URGÊNCIA - TRATAMENTO DE CÂNCER – FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO E TRATAMENTO DE SAÚDE – GARANTIA CONSTITUCIONAL - RELATÓRIO DO NAT/JUD - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – PRAZO COMPATÍVEL COM A GRAVIDADE -

> DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - Comprovada a gravidade do quadro clínico e a urgente necessidade do tratamento/cirurgia, restam preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Pelo improvimento do recurso. (Agravo de Instrumento nº 201900711517, II grupo da - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Cesário Siqueira Neto - Julgado em 24/09/2019)

No entanto, a doutrinadores que seguem linha de raciocínio crítico no que concerne a excessiva judicialização da saúde, ponderando que o poder judiciário não deve sentenciar contra o estado desmedidamente, devendo ser observante a cada caso concreto, para não onerar ainda mais o estado, encontrando assim, outras formas de solução para o equilíbrio entre a implementação de políticas públicas e o orçamento financeiro do ente político. Contudo, Mendes e Branco (2011, p.685) perseveram que "Para tanto, há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.".

Neste viés, um caminho solucionável parte de melhores escolhas alocativas dos recursos públicos, sendo destinados em maiores quantidades aos setores essenciais da saúde. Aliado a isso, a inserção de planejamentos, programas, controle orçamentário e gerência técnico-administrativa eficiente.

A de se entender que o estado deve dar cada vez mais prioridade a área da saúde, visto que o grande contingente populacional que cresce ao longo dos anos, anseia e necessita por um serviço público de saúde com qualidade.

6.1 Judicialização da Saúde no Estado de Sergipe

A judicialização da saúde no âmbito do estado de SERGIPE abarca em sentido amplo toda forma de intervenção realizada pelo SUS. No entanto, remete a análise do quão crescente é o número de pessoas que procuram o poder judiciário para pleitear a garantia de que seu direito seja atendido eficazmente.

> Bem modelar da compreensão levada a cabo atualmente pelo Supremo Tribunal Federal é o julgamento da ADPF n° 45. Na decisão monocrática do Min. Celso de Mello, este entendeu inicialmente pela possibilidade de controle judicial das políticas públicas, como medida necessária para a garantia de efetividade dos direitos sociais, em razão da omissão dos demais Poderes Constituídos. (FERNANDES, 2014, 584).

A de se convir que a população brasileira está adoecendo com frequência cada vez maior, a junção da crescente população que se aloja na zona urbana, aliado ao deficiente serviço público de saúde, entre outros fatores, eleva os índices estatísticos de acometimento de

enfermidades dos mais variados possíveis na sociedade.

> Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, cabe ao Poder Judiciário, diante de demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 706).

O câncer está entre as doenças que mais vem se desenvolvendo nos seres humanos ao longo do século XXI, é tida por cientistas como um dos males atuais mais destrutivos. Em Sergipe, houve um aumento na procura por atendimento, exames e tratamento de pessoas com o diagnóstico de neoplasia maligna (câncer), sendo de vários tipos, dentre eles o câncer de próstata, a leucemia, o de colo de útero e o mamário.

Segue texto do julgamento do Ag. Rg. no Recurso Especial Nº 1.136.549 - RS (2009/0076691-2, de Relatoria do Min. Humberto Martins:

> 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.
> 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
> 3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).
> Agravo regimental improvido.

Segue Ementa da Apelação cível de Rel. Maria Aparecida Santos Gama da Silva, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA- DIREITO À SAUDE –

> FORNECIMENTO DO EXAME DE TOMOGRAFIA COM CONTRASTE PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO QUE VISA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE DOS PACIENTES – DETECÇÃO PRECOCE DE DOENÇAS CANCERÍGENAS - JUDICIALIZAÇÃO DA MATÉRIA QUE SE IMPÕE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONSTATADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 201500700640 nº único0010694-67.2014.8.25.0001 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Maria Aparecida Santos Gama da Silva - Julgado em 31/03/2015)

Nota-se posicionamentos consolidados no acolhimento do direito fundamental a saúde, em face dos entes políticos, onde todos respondem solidariamente perante o judiciário. De acordo com Mendes e Branco (2011, p.686) "O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).".

Este último acomete o gênero feminino, que por estar entre a maioria da população mundial, é afetada comumente por esta doença.

O câncer de mama pode ser maligno, tal diagnostico será dado com base em exames que darão a dimensão do estágio evolutivo da doença e por conseguinte será encaminhada ao tratamento adequado.

> o câncer de mama é hoje um relevante problema de saúde pública. É a neoplasia maligna mais incidente em mulheres na maior parte do mundo. de acordo com as últimas estatísticas mundiais do Globocan 2018 (BrAY, 2018), foram estimados 2,1 milhões de casos novos de câncer e 627 mil óbitos pela doença. (INCA, 2019, p. 13).

Há algum tempo, fora veiculado nos jornais e telejornais do Estado de Sergipe o drama das pacientes oncológicas femininas, que constantemente tinham o seu tratamento paralisado pela quebra da máquina de radioterapia. Esse episódio gerou muita indignação e repercussão geral na sociedade, sendo o poder público aclamado pela população para resolver a problemática. Com isso, percebeu-se consequências danosas a coletividade e ao indivíduo, que ficavam à espera do recomeço do tratamento, agravando ou regredindo a reabilitação do paciente oncológico.

> Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 707).

De acordo com o INCA (2019), em Sergipe a estimativa de novos casos e das taxas

brutas de câncer de mama feminina, por 100 mil mulheres no Brasil é de aproximadamente, com 550 número de casos, de uma taxa bruta de 46,59%. Em Aracaju estima-se um número de 240 casos, com taxa bruta de 71,09%.

Quando um tratamento é interrompido ou paralisado, os efeitos negativos são as vezes irreparáveis, pois acabam por findar com o óbito do enfermo, além de invalidar e descartar todo o serviço público ofertado aquela pessoa, de modo que os recursos públicos aplicados no tratamento são desperdiçados.

Tal fato apesar de ser atribuído a um caso fortuito, não é escusa para a inercia estatal, devendo almejar caminhos para a salvaguarda da vida humana e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

> A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. (MENDES, BRANCO, 2011, p. 686-687).

Como já dito em capítulos anteriores, a constituição federal de 1988 coloca o ser humano (cidadão) como objetivo de todas as normas elaboradas no ordenamento jurídico, sendo um dever do estado a observância dos preceitos constitucionais vigentes. Portanto, Mendes e Branco (2011, p.671) inferem que "A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.".

A sociedade civil organizada é uma importante aliada na busca da garantia dos direitos sociais, atuando de maneira a fiscalizar o cumprimento das obrigações dos gestores públicos e a eficiência do serviço público ofertado a população. Nesse diapasão podemos averiguar que a participação do cidadão de maneira ativa no cenário político contribui de maneira significativa na administração pública e na transformação da sociedade.

5 RESPONSABILIDADE ESTATAL

O tema da responsabilidade é abordado sob a vertente civil, administrativa e penal. Estes institutos do direito podem ser aplicados separadamente ou cumulativamente de acordo com o caso concreto. A responsabilidade civil concerne a atuação ilícita que viola norma jurídica legal ou contratual, tendo por consequência lógica a obrigação de reparar, seja por meio de indenização ou devolução do objeto "in natura".

É lesão a direito individual (de âmbito particular) decorrente da relação do homem na sociedade. Ao estado cabe responsabilização civil decorrente de lesão a direito de terceiros.

> trazendo esse conceito para o âmbito do direito privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.872).

A constituição federal de 1988 em seu art. 37, § 6°, descreve expressamente que condutas de agentes estatais, que decorrentes do serviço público prestado ocasionem violação a direitos de outrem, cabe responsabilidade objetiva.

> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Entretanto a doutrina e a jurisprudência pátria adotam teoria mista, em que privilegia tanto a teoria objetiva, quanto a teoria subjetiva que foi abordada no código civil de 1916 e importada ao atual código civilista, como teoria tradicional. Ambas têm como finalidade a responsabilidade estatal, seja por condutas de ação ou omissão, desde que seja comprovada a relação casuística entre conduta, nexo causal e dano, sendo que em casos omissivos o elemento culpa é necessário.

> Quem infringe dever jurídico lato sensu, já vimos, de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato, ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou pela própria lei. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.30).

A teoria objetiva como já mencionada, cabe quando agentes públicos estatais imbuídos nas atribuições do serviço público competente, acabam violando direitos de terceiros, ensejando a uma obrigação indenizatória para reparar o dano causado, sendo atribuídas de forma direta e

imediata, sendo que o dolo ou a culpa não serão mensurados do fato praticado pelo agente, avaliando-se o elo entre conduta, nexo causal e danos.

De modo contrário a teoria subjetiva é caracterizada quando o agente público em função do serviço viola direitos do indivíduo, contudo este, terá que provar a culpa estatal para poder ter direito à indenização. É conceituada como dano causado a outrem em função de ato doloso ou culposo, violando um dever jurídico de cuidado.

> A diferença da responsabilidade civil objetiva para a subjetiva não está, portanto, na possibilidade de discutir culpa, mas, sim, na circunstância da culpa ser um elemento obrigatório de ônus da prova, pois, na responsabilidade civil subjetiva (seja de culpa provada ou de culpa presumida), o julgador tem de se manifestar sobre a culpa, o que somente ocorrerá acidentalmente na responsabilidade civil objetiva. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.877).

O elemento culpa é utilizado pela teoria subjetiva em casos de omissão do estado, que por ter o dever de prestação positiva com o indivíduo e ou, a coletividade acaba por ser negligente, imprudente. A noção de culpa está umbilicalmente atrelada a questão da responsabilidade, no entanto, deve estar demonstrada a falta de inobservância de dever imposto, para então, restar caracterizado o dano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.32).

Na teoria subjetiva, a pessoa lesada para fazer jus a indenização deverá comprovar a falta do serviço público ou de sua prestação defeituosa ou tardia como causa do resultado danoso. Desta maneira, comprovaria que se o estado agisse com eficiência no serviço público prestado, o indivíduo não teria seu direito lesado.

> Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência nacionais têm entendido que, nos casos de conduta omissivas do estado, a sua responsabilização civil se rege pela teoria da culpa administrativa, cabendo, à vítima, a comprovação da falta do serviço público ou de sua prestação defeituosa ou tardia, como fato ensejador do dano que lhe fora provocado. Nesse sentido, havendo a inobservância do dever de agir por parte do poder público, ou o seu desempenho irregular ou retardado, o particular deverá demonstrar a omissão administrativa para obter o devido ressarcimento, provando que a atuação eficiente estatal impediria a ocorrência do prejuízo. (BARRETO, 2015, p. 395).

A responsabilidade aquiliana é a teoria criada pela doutrina, sendo aquela derivada de descumprimento de norma legal. Nela a que se vislumbrar uma omissão infundada de regra imposta em lei. O estado imbuído do seu dever de prestação de um serviço público se escusa de sua responsabilidade, ferindo mandamento legal explicito.

De outro modo, existe a responsabilidade contratual, que é aquela derivada do descumprimento de cláusula previamente redigida no contrato pactuado em âmbito privado.

Tal diferenciação tem fins didáticos e visa uma melhor compreensão dos institutos civis.

> Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em meu carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada nesse contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p.879).

Notadamente, em casos de demandas no poder judiciário que envolvam a judicialização da saúde, serão analisados a depender do caso em concreto, se a administração pública detinha o dever obrigacional direto e essencial a manutenção da vida, restando por acolher a teoria da responsabilidade objetiva ou não.

Segue Ementa do Agravo de Instrumento de Rel. Ruy Pinheiro da Silva no Tribunal de justiça do Estado de Sergipe:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO ESTADO DE SERGIPE - REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO URGENTE - PACIENTE PORTADOR DE CÂNCER DE PRÓSTATA - PRESENTES OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ART. 300 DO NOVO CPC) - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA -RELATÓRIO MÉDICO QUE ATESTA A NECESSIDADE E A URGÊNCIA DA CIRURGIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - PROGRAMAÇÃO PACTUADA INTEGRADA (PPI) QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE DE QUALQUER DOS ENTES PÚBLICOS - REDUÇÃO DAS ASTREINTES FIXADAS - PRAZO SUFICIENTE PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO SOMENTE PARA REDUZIR A MULTA DIÁRIA FIXADA DE R$1.000,00 (MIL REAIS) PARA O MONTANTE DE R$500,00 (QUINHENTOS REAIS) LIMITADA A 60(SESSENTA) DIAS-MULTA. (Agravo de Instrumento nº 201800716596, II grupo da - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Ruy Pinheiro da Silva - Julgado em 07/10/2019)

De acordo com a maioria da doutrina, a de se entender que a responsabilidade objetiva é em regra a teoria a ser adota, com vista ser a saúde direito fundamental social indisponível, essencial e necessário para a plenitude da vida humana. Recaindo o ônus ao estado, da deficiência ou ineficiência do serviço público prestado à sociedade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma podemos extrair que a Judicialização da Saúde é um importante mecanismo que o indivíduo tem à disposição, para enfrentamento das resistências apresentadas pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais. É decorrente da ineficiência da administração pública na prestação do serviço público de saúde, pois não estabelece prioridade para essa área, que é essencial para a melhoria da qualidade de vida e bem-estar social.

Consoante a isso, cumpre o papel de reexaminar decisões administrativas que negam o direito ou se omitem diante de determinados casos dispendiosos. Caracterizado como parte fundamental social da Constituição Federal de 1988, a saúde é bem essencial a sobrevivência humana, visto que integra o princípio da dignidade humana, fonte basilar do ordenamento jurídico.

O Estado tem o dever de prestação positiva para a coletividade, agindo de modo a realizar os direitos fundamentais da pessoa humana. Quando assim não o faz, poderá ser responsabilizado no âmbito civil por omissão, de ordem objetiva ou subjetiva.

Em regra, é adotada a teoria objetiva, que é convalidada mesmo diante de casos omissivos em que o Estado, na falta do serviço público ou em decorrência de má prestação por agentes estatais, acaba sendo responsável legal das condutas ilícitas praticadas.

As ações judiciais em Sergipe ganham destaque quando se remete ao tratamento oncológico feminino, visto que o setor é um dos mais requisitados pela população de mulheres no Estado.

Nos últimos 05 anos, vimos no Estado de Sergipe alarmantes casos de paralização no tratamento do câncer oncológico feminino, decorrente da constante quebra do aparelho de radioterapia e da falta de insumos quimioterápicos e medicamentosos, ocasionando assim, agravamento na saúde das pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS). Tanto a saúde do nosso Estado, quanto o seu setor de oncologia está desassistido, precisando ser reestruturado para atender de forma eficiente a população sergipana.

Dessa forma, o tema se revela importante pois, irá abordar uma demanda social, que acaba influenciando o mundo jurídico de várias formas. A enorme demanda de judicialização da saúde, está sendo bastante discutida na justiça e tribunais superiores, sendo relevante o conhecimento acerca do posicionamento do poder judiciário sobre essa questão.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alex Muniz; **DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVADO**.2. ed. – Leme/SP: CL EDIJUR, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF Presidência da República. [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 09 maio. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Câncer: sintomas, causas, tipos e tratamentos**. Disponível em: http://saude.gov.br/saude-de-a-z/cancer. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS): estrutura, princípios e como funciona**. Disponível em: http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 45. RTJ VOL-00200-01 PP-00191. EMENTA: {ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL...}. Relator. Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2. Acesso em: 09 maio. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. RE. No Recurso Extraordinário. RE nº 716.777 AgR. E M E N T A: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. Segunda Turma. RS - Rio Grande do Sul. Relator. Ministro Celso de Mello. 09 abr. 2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664. Acesso em: 09 maio. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ap. em Ação Civil Pública. n° 201500700640. Ap. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA- DIREITO À

SAUDE – FORNECIMENTO DO EXAME DE TOMOGRAFIA COM CONTRASTE PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO QUE VISA GARANTIR O DIREITO À SAÚDE DOS PACIENTES – DETECÇÃO PRECOCE DE DOENÇAS CANCERÍGENAS - JUDICIALIZAÇÃO DA MATÉRIA QUE SE IMPÕE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONSTATADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Primeira Turma. SE – Aracaju. Relator. Desembargador Maria Aparecida Santos Gama da Silva. 31 mar. 2015. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201500700640&tmp_numacordao=20154707&tmp.expressao=. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Agi. em Ação Cominatória de obrigação de fazer. n° 201800716596. Agi. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO ESTADO DE SERGIPE - REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO URGENTE - PACIENTE PORTADOR DE CÂNCER DE PRÓSTATA - PRESENTES OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA (ART. 300 DO NOVO CPC) - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA -RELATÓRIO MÉDICO QUE ATESTA A NECESSIDADE E A URGÊNCIA DA CIRURGIA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - PROGRAMAÇÃO PACTUADA INTEGRADA (PPI) QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXCLUIR A RESPONSABILIDADE DE QUALQUER DOS ENTES PÚBLICOS - REDUÇÃO DAS ASTREINTES FIXADAS - PRAZO SUFICIENTE PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO SOMENTE PARA REDUZIR A MULTA DIÁRIA FIXADA DE R$1.000,00 (MIL REAIS) PARA O MONTANTE DE R$500,00 (QUINHENTOS REAIS) LIMITADA A 60(SESSENTA) DIAS-MULTA. II Grupo. Primeira Câmara Cível. SE – Aracaju. Relator. Desembargador Ruy Pinheiro da Silva. 07 out. 2019. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800716596&tmp_numacordao=201927608&tmp.expressao=. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Agi. em Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação liminar da tutela obrigacional de. n° 201900711517. Agi. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA DE URGÊNCIA - TRATAMENTO DE CÂNCER – FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO E TRATAMENTO DE SAÚDE – GARANTIA CONSTITUCIONAL - RELATÓRIO DO NAT/JUD - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – PRAZO COMPATÍVEL COM A GRAVIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.- Comprovada a gravidade do quadro clínico e a urgente necessidade do tratamento/cirurgia, restam preenchidos os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil. Pelo improvimento do recurso. II Grupo. Primeira Câmara Cível. SE – Aracaju. Relator. Desembargador Cesário Siqueira Neto. 24 set. 2019. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201900711517&tmp_numacordao=201926173&tmp.expressao=. Acesso em: 09 maio. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Ver., atual. e ampl. – Salvador – Bahia: Jus PODIVM, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**.11. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

FRETTA, Tatiana de Bem; BOING, Leonessa; BUSSMANN, Regina Maldonato; GUIMARÃES, Adriana Coutinho de Azevedo, Tratamento de Reabilitação para Dor em

Mulheres com Câncer de Mama. **SciELO**, ISSN 2595 – 3192, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 279-283, set. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil** - Volume Único.1. ed. Brasil: Saraiva jur, 2017, p. 872;

INCA, Instituto Nacional de Câncer. **A situação do Câncer de Mama no Brasil: síntese de dados dos sistemas de informação**, 2019. Disponível em: https://www.inca.gov.br/publicacoes/livros/situacao-do-cancer-de-mama-no-brasil-sintese-de-dados-dos-sistemas-de-informacao. Acesso em: 09 maio, 2019.

KIMURA, Alexandre Issa; **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**.1. ed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LENZA, Pedro; **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**.20. ed. Ver., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**.6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo; **DIREITO CONSTITUCIONAL**.6. ed. Ver., atual. e ampl. – Rio De Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

REAL, Keila Cristina Machado Quintão Vila. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518 – 4862, Teresina, ano 24, n. 5738, 18 de mar. 2019.

ROCHA, Thiago dos Santos. O efeito cliquet (entrenchment) do direito a tratamentos oncológicos no SUS. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4087, 9 de set. 2014.

BRASIL. Lei n° 12.732, de 22 de novembro de 2012. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para o seu início. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12732.htm. Acesso em: 09 maio. 2019.

SANTOS, Lenir. Saúde. Conceitos e atribuições do sistema único de saúde. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 821, p.1-2, 2 out. 2005.