



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAIARA NÚBIA MALTEZ ARAÚJO DA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS
NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Salvador
2018

MAIARA NÚBIA MALTEZ ARAÚJO DA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A ESCASSEZ DE RECURSOS NA
EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Pr. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Salvador
2018

MAIARA NÚBIA MALTEZ ARAÚJO DA SILVA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A ESCASSEZ DE RECURSOS
NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Pr. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch.

Salvador, 05 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Fábio Periandro de Almeida Hirsch – Orientador

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Católica do Salvador.

Tiago Silva de Freitas - Examinador

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

Iran Furtado de Souza Filho - Examinador

Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo expor através de abordagens críticas a atuação do judiciário no processo de prestação de serviços de saúde à sociedade baiana. Para isso, a investigação do objeto de estudo irá desde a função do Estado e do Direito Constitucional como agentes responsáveis pela regulamentação do fornecimento de recursos públicos a serem destinados à população, tutelados pela Constituição da República Federativa Brasileira, até a efetividade presente na estrutura do ativismo do judiciário do Estado da Bahia. Além disso far-se-á uma análise sobre a elaboração e eficácia das medidas estratégicas na construção de políticas públicas no exercício da função social, observando a atuação dos segmentos do Estado, em especial, dos agentes de saúde. A partir dessa ótica, poderá ser construída uma perspectiva que traçará as características do sistema constitucional brasileiro enquanto proteção social calcada na dignidade da pessoa humana. Por fim, serão expostos dados e estatísticas para que se fundamente ainda mais toda a ideia avençada.

Palavras-chave: ativismo judicial, escassez de recursos, sistema público de saúde, efetivação de direitos.

ABSTRACT

This paper aims to expose through critical approaches the role of the judiciary in the process of providing health services to the Bahian society. To do so, the investigation of the object of study will range from the role of the State and Constitutional Law as agents responsible for regulating the provision of public resources to be allocated to the population, protected by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, to the effectiveness present in the structure of the activism of the judiciary of the State of Bahia. In addition, an analysis will be made of the elaboration and effectiveness of strategic measures in the construction of public policies in the exercise of the social function, observing the actions of the segments of the State, especially health agents. From this perspective, a perspective can be constructed that will trace the characteristics of the Brazilian constitutional system as a social protection based on the dignity of the human person. Finally, data and statistics will be exposed to further substantiate the whole idea.

Keywords: judicial activism, scarcity of resources, public health system, enforcement of rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DO ESTADO.....	10
2.1 Evolução Histórica do constitucionalismo brasileiro	13
2.2 Princípio da Reserva do Possível	15
2.3 Conflito entre a Microjustiça e a Macrojustiça.....	16
3 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	18
3.1 (I)legalidade da tese obstativa do Estado e a Teoria Separação dos Poderes	23
3.2 Justiça Distributiva e a Alocação de Recursos	28
3.3 Princípio do <i>Non Liqueat</i>	30
3.4 A Concepção do conceito de Obrigação Solidária e Análise de CASES..	32
3.5 Dever Subsidiário do Estado frente à Capacidade Financeira do Requerente	39
3.6 Levantamentos de Dados e Estatísticas	41
4 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL	48
4.1 A origem e função do ativismo judicial.....	48
4.2 O Tribunal de Justiça do Estado Bahia e a sua postura	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro assegura aos cidadãos o direito a uma vida digna e honesta, decursiva de direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã, que possuem o condão de resguardar o mínimo existencial, a ser visto como o alicerce da vida humana. Em contrapartida, na prática, o que se tem é um imbróglio de situações urgentes que expõem os cidadãos a condições precárias diante da escassez de recursos a que estão condicionados. Dito isso, por serem estas pessoas desprovidas de recursos financeiros, é inevitável que o enfrentamento de determinadas questões seja proveniente da atitude do poder judiciário, porquanto demonstrada a possibilidade de danos irreparáveis ou de difícil reparação a que estejam acometidos tais sujeitos.

Dessa forma, para alcançar a consistência do rigor metodológico o cerne do presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo expor através de abordagens críticas a atuação do judiciário no processo de prestação de serviços de saúde à sociedade. Para isso, a investigação do objeto de estudo irá desde a função do Estado, bem como do Direito Constitucional, enquanto agentes responsáveis pela garantia do fornecimento de recursos de tratamento de saúde, até os possíveis debates vivenciados no cenário atual. Nessa perspectiva, incumbe mensurar que as inquietações presenciadas pela autora, foram utilizadas como força motriz para a produção do presente objeto de estudo.

O referido trabalho possui a função de examinar, através de linguagem objetiva e didática, como o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vem se posicionando a respeito do assunto, tendo em vista se tratar de um quadro corriqueiro na vida de muitos cidadãos, que por conta da fragilidade em que se encontram tais recursos, acabam tendo sacrificadas as suas próprias garantias constitucionais.

Com o propósito de responder o problema trazido no projeto, deve-se fazer primeiramente uma abordagem crítica sobre a questão das opções dos administradores do sistema de saúde perante a fragilidade dos recursos em uma

sociedade marcada por desigualdades sociais, bem como do acesso às políticas públicas.

As técnicas de pesquisas adotadas para o desenvolvimento de todo o trabalho se resumem à exploração das decisões judiciais consolidadas pelos Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia referentes ao tema, nos últimos 5 (cinco) anos. Neste íterim, a essência do trabalho é a de analisar de maneira crítica a postura que o Tribunal de Justiça Baiano vem adotando no que se refere ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, por meio do ativismo judicial.

A metodologia perfilhada baseou-se em pesquisas bibliográficas, artigos, textos virtuais, periódicos, e em análises de dados e estatísticas.

A problemática interpelada no trabalho é: qual a postura que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem assumido diante da necessidade de efetivação do direito à saúde tutelado pela Constituição Federal Brasileira de 1988?

Todo o aparato de pesquisas foi utilizado para dar maior fundamentação e credibilidade ao tema abordado. Isto porque, a estrutura do trabalho expõe direitos e garantias fundamentais a serem ressaltados, que são essenciais aos seres humanos.

O trabalho foi segmentado em capítulos. Inicialmente versa-se sobre o Direito Constitucional e os princípios e garantias fundamentais, primordiais, e, inerentes a todo e qualquer cidadão.

Fala-se também da imprescindibilidade de trazer à baila os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres do Estado quanto aos direitos fundamentais e socioeconômicos.

Nesse espeque, em uma análise associativa com o tema abordado nesta monografia, frisa-se a necessidade do respeito ao bem inquestionável do direito à saúde.

Com supedâneo nas razões citadas anteriormente, no presente estudo, faz-se mister a apresentação do conceito do mínimo existencial, e a sua função principiológica que especifica direitos e liberdades básicas de cada indivíduo.

Neste cenário, surge a aparente antinomia presente entre a

responsabilidade do Estado em assumir possíveis custas geradas pela necessidade dos tratamentos de saúde e o princípio da reserva do possível.

Dessa forma, o presente estudo visa, inclusive, apresentar os conceitos do princípio da dignidade da pessoa humana, concomitantemente ao princípio da reserva do possível, apresentado na tese defensiva do Estado.

Após, propõe-se uma exploração esmiuçada que passa a analisar o ativismo judicial diante de situações, por vezes delicadas, em que haverá de ter uma ponderação de valores e princípios, quais sejam, o direito à saúde *versus* a afetação ao erário, representado por meio da reserva do possível, diante das constantes ações judiciais promovidas com o intuito de compelir o Estado ao fornecimento de medicamentos de alto custo.

Em seguida, o segundo capítulo abordará de maneira sucinta e objetiva, com o objetivo de elucidar controvérsias, a (i)legalidade presente nas razões defensivas do Estado quando da narrativa baseada na proteção aos cofres públicos, que por diversas vezes precisa ser enfrentada para que sejam sanadas as emergências médicas e hospitalares vivenciadas por cidadãos de pouca renda.

O capítulo terceiro conduzirá à interpretação da distorção semântica que o Estado tem se valido ao invocar a proteção da coletividade em busca das desconstruções de posições jurídicas geradas para investir o indivíduo do poder de exigir a prestação e postura ativa dos entes públicos, como argumento para o não fornecimento de tais recursos a um ser específico, violando direitos constitucionalmente tutelados.

Com o intuito de esclarecer a construção das posições jurídicas que vem sendo consolidadas pelos eminentes desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, bem como os magistrados de primeira instância é que se terá um exame específico dos entendimentos fixados por estes julgadores baianos.

Adiante, será exposto o real sentido existente por detrás do ativismo judicial, no que se refere à atuação efetiva da máquina judiciária, que vem sendo constante na vida de muitas pessoas, onde por desassossego proveniente da negativa estatal, acabam por recorrer à proteção do referido poder, para assim

garantir o direito à saúde protegido constitucionalmente.

Neste momento, tem-se a inquietude da problemática a ser disseminada, onde se questiona qual o interesse a ser tutelado.

Para fechar o último capítulo do trabalho, será analisada a postura que a Administração Pública tem adotado diante da questão da intervenção judiciária em prol dos direitos que são resguardados pela Constituição Federal.

Por fim, serão trazidos alguns dados empíricos baseados em pesquisas capazes de nos fazer refletir as condições econômicas a que estão submetidas estas pessoas, e elucidar o limite possível a ser imposto sobre a perspectiva da reserva do possível.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DO ESTADO

Não é novidade que a Constituição Federal Brasileira de 1988 buscou especificar um rol taxativo de direitos, que, em toda e qualquer situação, devem ser protegidos e respeitados em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais direitos nascem a partir do reconhecimento da existência da vida, que no momento da sua concepção, alcança garantia a direitos primordiais e naturais que estão condicionados a todos os seres humanos.

Em sendo assim, sobreleva pensar que independente de qualquer outra consideração, não se deve esquecer que a saúde se trata de bem jurídico de valor incalculável, tutelado pela Carta Política.

Isto posto, o que devemos reconhecer é que diante da omissão do Estado as pessoas passaram a buscar o judiciário, por meio de um caminho ardiloso, para a garantia e reconhecimento dos seus direitos sociais de assistência à saúde. Entretanto, o Estado, enquanto ente responsável pela efetivação dos direitos sociais, tem se valido do princípio da coletividade e da reserva do possível, informando que o risco a Erário poderá ferir a economia e a ordem, para negar o acesso a tratamentos de alto custo à sociedade.

Ocorre que, antes de se adentrar em tal debate, será importante a

conceituação básica dos mais importantes princípios para nortear a discussão que será apresentada neste ensaio monográfico, em particular: Direito, Proteção à Saúde, Direito à Vida e Função do Estado.

Sabemos que o Direito é o mecanismo responsável pelo controle social, que através do poder disciplinar do Estado possui a função de organização e garantia do bem-estar entre os indivíduos. Assim, deverá ser entendido como um conjunto de normas jurídicas vigentes em um país, a partir das mais variadas correntes hermenêuticas encontradas nos dicionários jurídicos brasileiros. É aquilo que deriva da Lei, justo e reto.

O conceito de saúde, em consonância com o que preconiza a Organização Mundial da Saúde (OMS), refere-se a tudo aquilo que advém do estado de bem-estar físico, mental e social, que perpassa por diversas implicações legais, sociais e econômicas.

Ocorre que nem sempre os cidadãos logram êxito em adquirir os medicamentos necessários para manutenção da sua própria vida. E é assim, que nos remeteremos a esse direito tão importante, porém muitas vezes depreciado. Ressaltando que, de maneira bem genérica e adaptada ao senso comum, o direito à vida pode ser entendido como algo que deve ser inabalável. Uma condição mínima, originada pela relação entre os seres humanos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, destaca o direito à vida como sendo o direito social mais importante que alguém pode obter. Um direito inviolável, com características que devem ser respeitadas, sobretudo no que se refere ao conteúdo moral que nele está inserido.

Consoante aduz André Ramos Tavares o direito à vida deverá ser interpretado como:

“O mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”.¹

¹ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Inobstante, para falar em saúde é preciso retornar também ao que está disposto no Artigo 196, da Constituição Federal vigente neste país.

"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."²

A teor da regra inserta no artigo supracitado, os entes da federação devem adotar políticas públicas sociais que assegurem o direito à saúde das pessoas, bem como conduzam o ingresso às ações para possíveis restabelecimentos físicos ou psicológicos destas, para que se possa alcançar ainda a redução dos riscos de doenças e da taxa de mortalidade.

Entretanto, cabe destacar que o tema se tornou bastante controverso, e gerou diversas inquietações àqueles que buscam de alguma maneira analisar a omissão do Estado no cumprimento de suas responsabilidades.

Em uma análise sumária e superficial, das jurisprudências já fixadas em nosso país, seremos conduzidos a reconhecer que o nosso país ainda se encontra carente de estratégias de políticas públicas eficazes, sobretudo no que se refere à efetivação de tratamentos de saúde, por ausência de organização financeira resultante dos desvios ocasionados por seus representantes, que provoca um efeito “dominó” e atinge a grande maioria carente da população brasileira.

Pensando-se desta forma, revela-se manifesta a necessidade de uma resposta estatal afirmativa, tendo em vista a concepção dos direitos fundamentais.

Importa, nestes comenos, analisar a viabilidade da interferência do judiciário em face das situações que perigam a vida das pessoas, em um gesto de solidário apreço à vida.

Nesse ínterim, urge a nós questionar a verdadeira função que o Estado bem como a Administração Pública deverão assumir, na tentativa de sanar

²BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

diversos problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Assim, tal assunto é trazido a debate informativo no intuito de alcançar uma solução que possibilite o acesso a medicamentos de alto custo de maneira adequada, sem que haja a necessidade de uma busca arriscada ao poder judiciário para que seja logrado êxito a acessibilidade a tais tratamentos.

2.1 Evolução Histórica do constitucionalismo brasileiro

O Constitucionalismo pode ser compreendido sob o ponto de vista político, social ou jurídico, a partir da ideia da valorização da Constituição, que através de seu caráter normativo busca limitar a atividade jurisdicional originária dos interesses dos governantes.

A questão da evolução histórica dos direitos sociais enfrentada pelo Brasil foi e ainda é alvo de grandes interpretações e análises cronológicas. Nesse sentido, em um breve estudo do constitucionalismo brasileiro temos que diante de todo o histórico enfrentado pela Carta Magna, vítima de diversas emendas, e o inseguro período social vivenciado à época de seus primeiros passos, sabia-se que o país necessitava de uma Constituição "compromissória" que deveria estar condicionada à legitimação de direitos fundamentais, e à legitimação da sociedade civil.

Nesse espeque, o que se tinha era um desencanto social da população perante o Estado, que naquele momento em vez de realmente efetivar os direitos constitucionais em favor da sociedade, buscou nortear-se na proteção às minorias, dotadas de poder e interesses pessoais, e não gerais.

Logo, o que se percebe é que todos esses fatores históricos e sociais transportaram a intervenção do Poder Judiciário, que naquele cenário acabou por ocupar o lugar de representante dos direitos sociais.

O núcleo central do novo constitucionalismo baseia-se na intensificação da presença do poder judiciário que tem ocupado grande espaço diante da atuação dos outros Poderes, bem como das políticas sociais.

Esse novo constitucionalismo buscou pleitear a eficácia do ativismo

judicial, visto que a população se encontrava incrédula nos poderes constituídos diante de todo um enfrentamento do período ditatorial, alvo de inúmeros descontroles políticos.

Estudioso do assunto, o autor Gustavo Amaral em sua obra “Direito, Escassez & Escolha”, preleciona de maneira ilustre tudo o que foi debatido até o momento, ao afirmar que:

"Tivemos, portanto, uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto." ³

Assim, vendo a necessidade de normatizar regras com o intuito de equilibrar as relações humanas, e a morosidade que por muitas vezes se tornou responsável por perdas e danos irreparáveis na vida dos cidadãos é que o judiciário assumiu o papel de agente de efetivação da legitimidade democrática.

Gustavo Amaral suscita em sua obra que com o surgimento de tantas liminares, as pessoas passaram a se empolgar de maneira quantitativa ao postularem ações judiciais em busca da conquista que pretendiam. Ele leciona:

"O surgimento de liminares aqui ou ali empolgou os interessados, sejam doentes, sejam grupos de apoio, a ajuizar demandas, que paulatinamente foram sendo atendidas e, no esteio, portadores de outras moléstias foram sendo atendidos." ⁴

Com base nessas informações, é importante frisar que os dados apontados pelo Conselho Nacional de Justiça traduzem o drástico aumento do número de ações judiciais no Brasil. De acordo com as pesquisas, podemos perceber a desproporcionalidade presente em tal problemática ao entender que o número crescente de pessoas que tem recorrido ao judiciário tem superado, inclusive, o aumento da natalidade do país. É o que será examinado mais a frente.

³ Amaral, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

⁴ Amaral, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10-11.

2.2 Princípio da Reserva do Possível

Com objetivo de possibilitar uma discussão do que seria uma política de Governo e de Estado, surge a necessidade de abordagem de um tema indispensável e bastante conexo ao propósito do trabalho, qual seja, a reserva do possível.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, o princípio da reserva do possível foi originado na Alemanha, em 18 de julho de 1972, a partir de uma ilustríssima decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em um caso conhecido como "*Numerus Clausus*", em que se discutia o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades.

Neste período de determinado panorama histórico, inserido em assentado nível de evolução social, o referido Tribunal consolidou o entendimento de que somente seria possível exigir do Estado a efetivação da prestação em favor do interessado, desde que respeitados e observados os limites da razoabilidade. Portanto, o cidadão apenas poderia requisitar ao Estado a pretensão dentro dos limites razoáveis estabelecidos pelo ordenamento.

Dessa maneira os julgadores entenderam que diante de tal embaraço, não seria razoável aguardar do Estado o fornecimento de vagas limitadas para o curso de medicina diante do cenário social da época, ocasionando assim o real significado da reserva do possível, e preconizando que este não estaria relacionado à presença de recursos financeiros para se obter a efetivação dos direitos sociais, e sim aos limites razoáveis das necessidades dos indivíduos perante o Estado.

Nesse viés é que pôde se observar que a teoria da reserva do possível passou a ser interligada diretamente à razoabilidade da pretensão dos cidadãos perante o Estado. Entretanto, a referida teoria alcançou dimensões extremamente distorcidas, sendo inserida em diferentes interesses ao ser implantada no Brasil, tendo em vista o momento social e político sobretudo diverso do que corresponde ao seu nascimento.

A respeito do tema, importantes doutrinadores se posicionaram

contrários à forma como a reserva do possível tem sido interpretada no arcabouço jurídico nacional, a exemplo de Dirley da Cunha, o qual afirma:

“Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”⁵

Como se vê, compreende-se como controverso o conceito da reserva do possível na jurisprudência e na doutrina brasileira, vez que ausente a harmonia consensual a respeito da sua natureza jurídica. São muitas as variáveis em torno do tema.

Sem dúvidas, esta relação com os cenários estrangeiros acabam por provocar certa confusão no seu conceito. Isto porque, existem diferentes realidades culturais, bem como sociais que modificam o grau de aplicabilidade desse princípio.

Não se olvida que a reserva do possível coaduna-se com a razoabilidade da presunção que deverá ser interligada diretamente com as condições de proporcionalidade.

Evidente, portanto, o papel ainda mais imprescindível da justiça ao caso concreto. Sem olvidar, no entanto, que em se tratando de direitos possuidores de ampla proteção constitucional, necessário se faz a aplicação correta da norma jurídica tanto aos casos específicos quanto àqueles que possuem maiores amplitudes. Tema esse que será abordado a seguir.

2.3 Conflito entre a Microjustiça e a Macrojustiça

Os conceitos de microjustiça e de macrojustiça tornam-se essenciais e

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

imprescindíveis para a compreensão que se busca alcançar nesse trabalho. O Autor Gustavo Amaral nos remete à explicação a despeito do tema que será esmiuçada nas próximas linhas.

Para que se possa compreender tais conceitos, é preciso salientar que em sua obra, já citada anteriormente, Gustavo Amaral traz à baila a existência de uma forte tensão, entre a micro e a macrojustiça. Ele explica que em um país como o Brasil, onde a desigualdade social se faz presente diariamente na vida das pessoas, o Estado estaria obrigado a ser coerente e reconhecer o direito da obtenção dos recursos públicos necessários às utilidades que lhes são demandados por esses seres humanos.

Assim, ele remete à justiça do caso específico e individual como sendo a microjustiça. É tudo o que se refere à maneira como as pessoas avaliam as repartições de renda, cargos políticos, direitos sociais, sanções ou punições, na sociedade.

Em contrapartida, ao conceituar a macrojustiça ele busca ampliar o alcance do judiciário às grandes majorias. Nesse momento é que se tem a problemática, em que o autor relata existir uma difícil aflição ao afirmar que:

“O dilema talvez possa ser resumido da seguinte maneira: sentença tardia é injusta independentemente de seu conteúdo material. A se assegurar a mais ampla possibilidade de argumentação e de produção de provas, em todos os processos, a solução final tardaria bem mais que o suportável, tornando a intrinsecamente injusta, como já colocado. Um procedimento célere, com limitações à argumentação à produção de provas, e à possibilidade de recursos gerará um percentual de decisões incorretas, indetermináveis a priori, mas entre entregar na grande maioria dos casos sentenças injustas porque tardias e assumir o risco de um grau de imperfeição no exercício jurisdicional, opta-se pela segunda possibilidade.”⁶

Sobre o tema, Caio de Sá Dal’Col e Livia Dalla Bernardina Abreu, autores do periódico intitulado “Decisões Judiciais, a Micro e a Macrojustiça: Uma análise sob o enfoque do princípio da igualdade”:

⁶ Amaral, Gustavo. Op. Cit. p. 10-11.

“Existe a microjustiça e a macrojustiça. A partir do momento em que o Judiciário busca realizar a microjustiça sem refletir na macrojustiça, ele interfere indevidamente nas políticas públicas e causa uma injustiça muito maior, pois aquela verba utilizada para a realização da microjustiça – diante da escassez de verbas - poderia ser utilizada para a realização da macrojustiça, atendendo a um número maior de cidadãos. Ainda que se considere que a decisão que conceda determinado medicamento a um indivíduo ou a apenas um grupo de indivíduos seja medida de justiça, trata-se de microjustiça, ou seja, faz-se justiça no caso concreto e injustiça num plano mais amplo.”⁷

Nesta linha, o objetivo de tal estudo é o de esclarecer que a partir do momento em que o Poder Judiciário busca obter resultados por meio da microjustiça sem analisar a macrojustiça, um grau de imperfeição maior seria o resultado. Isso porque, ao considerar a justiça do caso concreto, em lides específicas, e deixar de assegurar as garantias das pessoas em grande maioria, haveria uma quebra da isonomia por parte do judiciário, capaz de gerar sérios problemas aos cidadãos.

Neste raciocínio, nos remetemos ao entendimento de que em casos específicos, é preciso que haja uma ponderação a respeito da capacidade financeira daquele que postula em juízo.

3 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Intuitivo perceber que, com todo o enredo explanado até o momento, perpassando por questões políticas, por conseguinte, legais, pode-se chegar ao tema que discutido neste trabalho, qual seja a efetivação do direito à saúde.

Outrossim, o que se observa é que o Estado de Direito tem introjetado constantes diálogos de cunho liberal, que vem se adaptando às diversas mudanças sociais presentes no cenário político. Dessa forma, ao questionar quais os critérios utilizados pelo poder público para a efetivação do direito à saúde, é imprescindível trazer à luz do presente estudo o conceito de políticas públicas.

Em uma análise superficial, temos o conceito de política como sendo o

⁷ SÁ DAL'COL, Caio. ABREU, Livia Dalla Bernardina. **Decisões judiciais, a Micro e a Macrojustiça** Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/view/12752/8849>> acesso em: 10 de jan. de 2018.

mais dotado de complexidade e distorção. Ao realizar uma breve busca no dicionário, encontramos a seguinte definição: política é a ciência da governança de um Estado ou Nação e também uma arte de negociação para compatibilizar interesses. Entretanto, ao examinar tal conceito, temos uma diversidade significativa de termos e abrangência sobre o assunto.

No mesmo diapasão, alcança-se em mais profundo estudo sobre a política como sendo a atividade exercida sobre um viés ideológico para direcionar decisões e alcançar determinados objetivos. Assim, para melhor compreensão da estrutura trabalhada nesse ensaio monográfico é que serão firmados alguns conceitos esquematizados e extraídos de alguns doutrinadores.

O que nos interessa neste momento em específico é expor de maneira bastante coerente a importância das políticas públicas para a efetivação de direitos, e é nesta concepção que urge explanar a crítica ao que vem sendo realizado na prática, na vida de muitos cidadãos em adverso ao modelo do Estado Democrático de Direito.

Conforme é sabido, enfrentamos atualmente uma crise política voraz que vem assolando toda a conjuntura social e afetando inúmeras pessoas. Sob essa ótica, o que se tem é um número assustador de indivíduos que aguardam atendimentos hospitalares em filas de espera, na esperança de um dia lograrem êxito na busca de um tratamento de saúde em específico. Com o intuito de condimentar ainda mais essa situação, o que pode causar maior espanto para alguns, é que enquanto se aguarda o atendimento, milhares de crianças, bem como idosos também estão inseridos neste panorama.

Certamente, neste momento, pessoas sofrem até mesmo em silêncio, vitimizadas por uma política de Estado ineficaz, onde quem pouco possui - no caráter financeiro do termo - são os que muito sofrem.

De toda a sorte, não há dúvidas que nós, cidadãos brasileiros, cabalmente possuímos direitos que foram resultados de muitas lutas, e entraves políticos, sociais e históricos.

No entanto, a judicialização do direito à saúde traz consigo uma vaga sensação de omissão estatal, que precisa ser superada para que as pessoas não

tenham que pagar com a vida as consequências de atos que são ou que deveriam ser de responsabilidade do Estado.

Por outro aspecto, na tentativa de limitar tal judicialização, muitos dos nobres julgadores de primeira instância, em especial aqueles que exercem o seu ofício no Estado da Bahia, em atendimento à tese alegada pelo ente, tem ponderado que ao conceder uma tutela antecipatória é preciso a comprovação da matéria fática, e por muitas vezes acabam indeferindo liminares, por não entenderem suficientes o juízo de convicção e certeza do quanto alegado pela parte que necessita do tratamento ou medicamento. O que obviamente, com a devida vênia, colocará em risco a vida dessas pessoas, e afastará a incidência do princípio da inafastabilidade ou proteção judiciária.

Pois bem, o que aqui está sendo objeto de crítica não possui referência com a conduta adotada por esses magistrados ao buscarem indagar a veracidade dos fatos narrados. Em adverso, o que se questiona, bem como se opõe, é justamente a demora proveniente de tais indeferimentos.

É preciso se ater ao seguinte raciocínio: uma pessoa ao ser diagnosticada como sendo portadora de uma grave moléstia, que pode gerar fortes dores e abalos físicos e emocionais, apenas possui o escopo de naquele momento alcançar o tratamento que necessita. Até mesmo porque, acredita-se que seria de muito malgrado um indivíduo chegar ao ponto de movimentar todo o aparato judicial sem que ele realmente esteja adoecido. Vejamos, somente um cidadão sem escrúpulos assim o faria. Não faz sentido, bem como não existe coerência em tal fundamentação.

O fato é que as pessoas necessitam de tais recursos, e o Estado precisa provê-los. Não possuímos a intenção de mudar um foco, que até o momento permanece sob as costas do Estado. Muito menos desconfiar dos argumentos apresentados por esses pacientes.

Se ao Estado for permitido o direito de alegar a necessidade de oferecimento de caução idônea com o objetivo de proteger o erário, razão não teria em existir direitos previstos na Constituição Federal. Há uma colisão.

Necessário destacar que para a maioria dos doutrinadores, a

concessão de um pedido não significa ofensa ao princípio da isonomia, sendo esse princípio, inclusive, argumento basilar bastante utilizado pelo Estado, vez que este consentimento visa tão somente concretizar o fundamento do Estado Democrático de Direito, impondo-se assim uma potencial atuação do Judiciário, desde que respeitados os limites da situação fática em concreto.

Seguindo essa perspectiva, é indubitável passarmos a discussão a respeito das teses obstativas que o Estado se vale, com o único objetivo de desobrigar-se à prestação dos serviços de saúde aos que deles necessitam. De plano, o que se observa é como o Estado tem distorcido a correta aplicabilidade dos direitos sociais, que, apesar de ter sofrido emendas, jamais foram retirados da Carta Magna.

Ora, como sempre, o ente público invoca diversas causas impeditivas para não prover um tratamento, assim demonstrando verdadeiro descaso para com as pessoas que necessitam de ajuda estatal para ter um mínimo de saúde e dignidade.

Como dito, lamentavelmente, muitos são os julgadores que vem se posicionando em concordância com a maneira como tem sido empregada a reserva do possível na sociedade.

Na esteira das jurisprudências quem vem sendo aplicadas no Estado da Bahia, resta assentado que muitos dos direitos constitucionais tem sido vítimas de inúmeras opiniões distintas, e conflitantes entre si.

Daí é que surge o inconformismo presente nesta monografia em conjunto com os seguintes questionamentos: O quanto vale uma vida? Quais os critérios que os julgadores vêm adotando em questões tão dramáticas? Direito à saúde ou o princípio da reserva do possível? Qual a escolha que deverá prevalecer?

Apesar de em muitos dos casos existirem pessoas necessitadas de tratamentos de doenças que surgem de maneira natural, pois, obviamente, ninguém se torna imune às estas moléstias, Gustavo Amaral cita o exemplo das duas pessoas feridas à bala que estão situadas em apenas um centro cirúrgico no intuito de exemplificar àquelas situações em que terá que se fazer uma escolha

dramática, elucidando dessa forma o caráter competitivo em que esses indivíduos acabam assumindo, diante da urgência que o caso requer, quando na verdade deveria existir o atendimento igual ao alcance de todos aqueles que necessitem. Entre outros trechos que merecem transcrição, afirma o autor:

"Já quanto aos "direitos dependentes", põe-se também um choque de outra ordem: a competição por recursos escassos. É o exemplo dos dois feridos à bala e um só centro cirúrgico: ambos têm o direito, mas só um pode ser assistido. Alguma solução precisará ser dada, pois a inação já é uma forma de solução: deixar ambos morrer. Há, portanto, uma escolha dramática, uma opção disjuntiva a ser feita. Essa decisão, ao contrário da anterior, não será retroativa, pois não negará o direito daquele que não foi atendido." ⁸

Assim, o autor nos deixa claro a distinção entre os direitos negativos - aqueles que limitam a atuação do Estado - e os direitos positivos - os direitos sociais. É nesse mesmo sentido que ele nos demonstra o dever constitucional que rege o Estado de não abster-se às necessidades do povo e às obrigações consagradas na Carta Magna.

Deste modo o seu propósito foi esclarecer e delimitar que, em consonância com alguns outros doutrinadores citados em seu livro, como por exemplo, Stephen Holmes e Cass Sunstein, a assistência afirmativa do Estado encontra-se mal aparelhada para tomar decisões racionais.

Tal afirmação não deverá soar apenas como uma alegação feita sem fundamentação legal. Importante frisar que tudo o quanto afirmado neste trabalho, originou-se de profundas pesquisas e leituras de diversas obras sobre o tema.

Assim, tendo em vista que as diversas liminares proferidas por nobres julgadores em que determinam o fornecimento de tratamentos de saúde trata-se de uma questão bastante polêmica no meio jurídico, é que será importante esclarecer possíveis dúvidas sobre a escassez de recursos.

⁸ Amaral, Gustavo. Op. Cit. p. 45.

3.1 (I)legalidade da tese obstativa do Estado e a Teoria Separação dos Poderes

Consoante anteriormente estudado, a teoria da reserva do possível originou-se na Alemanha, fruto de uma decisão do Tribunal Federal Alemão, proferida em 18 de Julho de 1972, em uma lide onde se debateu o direito ao acesso em ensino superior e a limitação do quadro do número de vagas nas universidades.

De plano, já se evidencia uma deturpação do princípio em que se debatia determinado caso que pertencia àquela época e àquelas circunstâncias, dentro daquelas perspectivas, com o que atualmente é aplicado em nossa sociedade.

Dessa forma, debater tal princípio nos destina à característica da obstatividade que o Estado pressupõe em suas defesas, com o escopo de reverter a sua responsabilidade ou ao menos compartilhar essa competência aos outros entes da federação. Entretanto, o que testemunhamos são as alegações de que em decorrência das despesas supervenientes ordenadas pelo poder judiciário, os Estados a União e os Municípios sentem-se cercados, por não ser possível, por exemplo, possuir grandes despesas além do que haviam idealizado.

Em muitos casos, o Estado afirma ser inadequada a falta de atendimento ao princípio da coletividade em detrimento do atendimento à uma só pessoa.

Todavia, na prática não é o que acontece. O que existe é a falta de aplicabilidade e efetividade dos direitos. É uma questão de raciocínio lógico, que apesar de ser simples, torna-se perturbador. Nesses termos, o que existe é uma sobrecarga de funções concentrada em apenas um dos poderes, carga essa que não deveria existir. Ou seja, se o judiciário não pode abrir mão de decidir, o executivo também não poderá deixar de prestar.

Mas, o que poderá ser feito? Está aí outra questão que embora a resposta seja difícil de pôr em prática, torna-se simples de raciocinar. Se, ainda que se queira defender algum tipo de subjetividade interpretativa, o Estado alega não ter dinheiro para prestar tais serviços a todos os cidadãos, que seja então

demonstrados exemplos reais. Sendo desta forma, caberá ao ente realmente explicitar se houve uma prestação eficaz, e, naquilo que não foi logrado êxito, buscar-se um ajuste. O que não se permite é o Estado não prestar serviços dessa espécie para nenhum cidadão, e acreditar que está realizando a sua função de maneira correta.

Assim, diante de tanta insegurança jurídica, entendemos que o judiciário deverá sim intervir. E é com essa compreensão que passaremos a analisar a teoria da separação dos poderes, também conhecida como princípio de *trias politica*, para chegarmos à ideia de intervenção judicial por meio do seu ativismo.

Sabemos que as ideias de Montesquieu e Locke inspiraram o nascimento da teoria da separação dos poderes. Nessa perspectiva, foram formuladas as concepções das funções, e das ideias de poder, em paralelo com a instituição dos três órgãos.

Sendo assim, constata-se em uma análise rasa que a separação dos poderes trabalha com a lógica de que não se deve haver uma violação de um poder ao outro, quando do exercício da sua função. Entretanto, na falta de desempenho dessa competência, com o escopo de mitigar essa dicotomia, o ordenamento pátrio preconiza a possibilidade de intervenção de um poder ao outro, influenciando desta forma os órgãos institucionais.

Dada a tamanha complexidade do tema, imperioso trazer à luz do presente trabalho alguns entendimentos fixados por estudiosos sobre a análise a respeito da separação dos poderes e do ativismo judicial enquanto mecanismo de efetivação de direitos constitucionais.

Alfonso Colasuonno Orlandi preleciona em seu artigo “As funções do Estado e seus três poderes” que embora os três poderes exerçam diferentes funções, tal fato não implica em uma independência, devendo estes trabalharem em harmonia, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento pátrio. *In verbis*:

“Não se pode esquecer que o Poder do Estado é uno e indivisível. Cada um desses órgãos, no exercício de suas funções, exercem suas atividades de formas diferenciadas, o que não quer dizer que são

independentes, mas também não são subordinados entre si, ou seja, existe a independência orgânica, eles devem trabalhar de forma harmônica, mas autônoma. O importante é destacar que cada um desses Poderes necessita de liberdade, dentro dos limites, para agir.”⁹

Outro artigo relevante a ser citado nesse trabalho chama-se "A teoria da separação de poderes", de autoria do professor José Luiz Quadros de Magalhães, o qual destaca em seu artigo que não deve existir soberania entre os três poderes, e evidencia como equivocada a ideia a respeito de que os poderes não poderiam ingerir-se entre si. Nesse enfoque, argumenta:

“Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra idéia equivocada a respeito da separação de poderes é a de que os poderes (reunião de órgãos com funções preponderantes comuns) não podem, jamais, intervir no funcionamento do outro. Ora, esta possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência da idéia de freios e contrapesos. No sistema parlamentar contemporâneo, também estudado no Tomo II, há a separação de poderes, existindo entretanto mecanismo de intervenção radical no funcionamento do legislativo por parte do executivo (dissolução antecipada da parlamento) e do legislativo no executivo (a queda do governo por perda do apoio da maioria no parlamento). No sistema presidencial, onde os mandatos são fixos, não existindo as possibilidades de intervenção radical do parlamentarismo, a intervenção ocorre na forma de controle e de participação complementar, como por exemplo quando o executivo e legislativo participam na escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal.”¹⁰

No sentido de acentuar a discussão ao longo da pesquisa, nos importa propiciar ainda a análise da obra “Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal”, dos autores Rogério Montai e Mayra Miarelli. Sobre o tema, endossam que a postura do judiciário deve ser de acordo com o papel de gestor no atendimento à função social, tendo em vista que tal poder não só pode manter-se à par dos acontecimentos, devendo, portanto, adotar uma postura ativa nestes casos. Segundo os autores:

“Hoje, já não prevalece esta idéia de um judiciário só a par dos

⁹ Advogado com formação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, no Estado de São Paulo.

¹⁰ Especialista, mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da UFMG, PUC-MG e Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros. Professor Visitante no mestrado na Universidad Libre de Colombia; no doutorado da Universidad de Buenos Aires e mestrado na Universidad de la Habana.

acontecimentos, sendo a este órgão, inclusive, imputado o dever de atender a uma função social consistente em estar atento às mudanças socio-econômicas e às garantias e preceitos constitucionais.

Porém, não é por isso que deve prevalecer o desrespeito à separação dos Poderes do Estado, enquanto um dos princípios fundamentais do sistema jurídico brasileiro.

O sistema constitucional brasileiro, por exigir lógica e coerência das decisões judiciais, se põe contra uma atuação judicial ilimitada e desmedida. Não obstante, é possível verificar diuturnamente diante de decisões arbitrárias e fundadas unicamente em convencimentos e bases ideológicas e sentimentalistas, contrariando todas as previsões que, amparados pela lei, firmam os sujeitos de direito.”¹¹

A obra citada anteriormente traduz a ideia de que apesar de na maioria dos casos serem corretas as intervenções dos atos entre os poderes, ao julgador caberá limitar-se no que diz respeito à sua imparcialidade, para que arbitrariedades sejam evitadas, e os resultados disso sejam preenchidos por decisões justas, sempre com o intuito de proteger a quem precisa.

Em suma, muitos autores buscam valorizar a participação popular pertencente à organização do Estado, que foi determinada pela Constituição Federal. Nesse sentido, Mayra Miarelli e Rogerio Montai enfatizam que a submissão das Leis são oriundas do Estado de Direito, enquanto que o Estado Democrático garante a elaboração de tais Leis e a participação popular. Nesses termos:

"Conforme determinação constitucional, o poder é oriundo do povo, este é o seu detentor. Nesse aspecto, doutrinadores e filósofos já dedicaram estudos a respeito da melhor forma de organização do Poder e, entre ele, destacam-se os ensinamentos de Aristóteles, John Locke e Montesquieu." ¹²

Os referidos autores acreditam também que o ativismo judicial traz consigo contribuição para o ordenamento pátrio ao ser o responsável pela elaboração de precedentes, muitas vezes até previamente à própria fonte da Lei.

¹¹ Miarelli, Mayra Marinho. Lima, Rogerio Montai de. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 18.

¹² Miarelli, Mayra Marinho. Lima, Rogerio Montai de. Op. Cit. p. 67.

A propósito:

"Em tempos de jurisdição constitucional, é certo que a supremacia da Constituição Federal em face da lei coloca o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel destacado e diferenciado. Não bastasse isso, a fim de exemplificar, o lugar "político" da Suprema Corte se consolida a medida que a sociedade como um todo não aceita a inércia do Poder Legislativo quando na ausência de regulamentação da Lei, provocando o Poder Judiciário para resolver questões que envolvam desde implementação de política pública a questões sociais.

Em vista disso a doutrina moderna identifica todo esse contexto ora como Ativismo Judicial, ora como Judicialização da vida política. Em contrapartida, representantes do Poder Legislativo, e também do Poder Executivo enxergam com reservas essa atuação concernente ao Supremo Tribunal Federal, condenando-a como exposto, muitas vezes com fundamento no princípio da separação dos poderes."¹³

Ante as condições de miserabilidade que alguns cidadãos podem se encontrar, ou até mesmo aqueles que estejam em situação diversa, mas que ainda assim necessitam de tratamentos específicos de saúde, é com bastante lucidez e coerência que se vislumbra a obrigação do Estado de distribuir corretamente as despesas orçamentárias que possui para que se garanta o mínimo existencial ao ser humano.

Nesse enfoque, há de se esperar com bastante otimismo, que seja construída uma via intermediária entre o judiciário brasileiro e o Estado, a fim de que sejam concatenadas ideias de empenho na formulação de parâmetros eficazes que possibilitem a garantia ao direito de acesso aos recursos de saúde a todos que necessitem.

Tudo isso deverá ocorrer com o objetivo de neutralizar possíveis prejuízos à sociedade. Certamente a eficiência seria maior se cada poder cumprisse com suas funções da maneira que deve ser.

Porém, não há dúvidas que um poder não deverá manter-se inerte ao deparar-se com ilegalidades ou omissões. Do contrário, haveria uma soberania entre um poder e outro. E não é isso que se busca. O objetivo é justamente o de

¹³ Miarelli, Mayra Marinho. Lima, Rogerio Montai de. Op. Cit. p. 16.

preservar a autonomia desses poderes, e não o de construir uma espécie de "cerca elétrica" capaz de dificultar as devidas intervenções, quando necessárias.

Seja como for, o direito constitucional à saúde terá de prevalecer sob qualquer alegação estatal de ausência de caução para "equilibrar" o erário, ainda que isso implique em obrigações prestacionais.

É preciso que seja desmitificada a ideia apresentada pelo Estado de que nenhum cidadão poderá recorrer ao judiciário para cobrar o que por ele não foi feito. Não é simplesmente adotar o posicionamento de que em respeito à separação dos poderes, nenhuma outra instância deva atuar em seu lugar. O mínimo que se espera é uma fundamentação convincente a justificar a razão pela qual existe tanta resistência. Pessoas não podem pagar com suas vidas as consequências de suas omissões.

3.2 Justiça Distributiva e a Alocação de Recursos

Embora já tenha sido reconhecida a existência de repercussão geral sobre a questão constitucional debatida neste trabalho, sabemos que a efetivação do direito à saúde ainda se encontra inserida em um contexto dotado de entraves políticos e socioeconômicos, onde para que haja a eficácia de tal direito, é necessário a existência de um suporte estatal combinado com uma série de políticas públicas capazes de atender às necessidades dos seres humanos.

A respeito da justiça distributiva, diversos estudos têm sido realizados. Todavia, dentre os inúmeros autores que chegaram a examinar e conceituar o seu significado, o que mais se mostra adequado nesse momento é a competência didática que o autor Gustavo Amaral apresentar e que será explanada mais adiante.

Como dito, a forma como estão sendo aplicados princípios distributivos é uma questão que tem dividido os pesquisadores.

Há que se ter em mente que a justiça distributiva possui o condão de designar a proporcionalidade e aplicabilidade da isonomia na sociedade. Sua base aristotélica diz respeito às relações da parte com um todo. Em seu escrito

Ética à Nicomâco, Livro V, esforçou-se para explicar a sua teoria da justiça, ao buscar a compreensão a respeito daquilo que é justo e daquilo que é injusto. E ele entende que por justiça distributiva poderá ser entendido tudo o que se refere à efetiva distribuição de recursos sociais. Em suma, o autor entende que se existir uma situação na qual possa ser compreendida a finalidade de, na medida de seus méritos, entregar a cada um aquilo que lhe é devido, haverá desta forma a aplicabilidade correta do conceito da justiça distributiva.

Ademais, temos o conhecimento de que a teoria da justiça possui o objetivo de auferir circunstâncias que proporcionem a igualdade entre as pessoas. Assim, é preciso que a sociedade esteja condicionada a uma concepção ética enquanto condição mínima que assegure o regular funcionamento dos direitos.

Gustavo Amaral salienta a importância da análise dos princípios da justiça distributiva e a alocação de recursos. Ele nos remete ao entendimento de que a justiça distributiva seria os aspectos gerais sobre o modo em que se deve alocar os recursos. E afirma que aqueles princípios onde não há as características de individualidade tendem a estabelecer, por sua própria natureza, a complexidade moral ao nos depararmos com a necessidade de realizar escolhas dramáticas entre as pessoas. Ele afirma:

"Chamamos de princípio de justiça distributiva as concepções gerais sobre recursos escassos devam ser alocados. Alguns princípios voltam-se para as características dos indivíduos como "a cada um segundo sua necessidade" ou "a cada um segundo seu mérito". Já outros princípios voltam-se mais para a mecânica de alocação, sem demandar qualquer conhecimento individualizado sobre os potenciais beneficiários. Igualitarismo, sorteio e filas são exemplos de aplicação desses princípios".¹⁴

E é com esse raciocínio que o autor cita decisões de três ordens referentes à alocação de recursos. A primeira estaria relacionada a quanto disponibilizar. A segunda seria a quem atender. E a terceira, não menos importante, se relacionaria ao comportamento dos beneficiados. Ele aborda que não há a possibilidade de balizar estas decisões e argui o critério político e local

¹⁴ Amaral, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45.

que elas possuem.

3.3 Princípio do *Non Liqueat*

Fruto decorrente de observação empírica, a Constituição Federal de 1998 instituiu em seu artigo 5º, inciso XXXV, o sentido presente na proibição do *non liquet*. Em termos sucintos, e, dotados de transparência, definiu que a lei jamais deixará de apreciar as situações em que existam grave ameaça a direito. Nos seguintes termos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”¹⁵

Ou seja, o propósito da referida proibição ganha estrutura ao estabelecer que onde houver casos em que sejam constatados grave potencial ofensivo a direitos constitucionais, o judiciário deverá interferir na medida em que se faça necessário.

Em consonância com a fundamentação legal da referida questão, o Código de Processo vigente, em seu artigo 140, estabeleceu que:

“Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”¹⁶

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Assim, ainda que existam episódios que apresentem certa obscuridade que impossibilite um juízo de convicção legal, a proibição suscitada impõe que o juízo deverá decidir, e, ainda que seja necessário recorrer a outros meios, quais sejam os costumes, analogias, bem como os princípios legais do direito.

Em razão disso, o estudo dos direitos e garantias deverá ser realizado sob uma ótica social que garanta ao cidadão a segurança de que um magistrado, ao deparar-se com determinada situação lacunosa, ou precária de legislação específica, deverá, sobretudo agir em conformidade com os princípios de igualdade instituídos pela Constituição Federal.

Como se nota, na prática, temos que a proibição “*non liquet*” é incontestável. Nesse caso, entende-se que se os magistrados se omitissem de proferir decisões sempre que existirem incertezas, o resultado disso seria uma grande crise na conjuntura do sistema jurídico, devido às diversas situações em que isso acontece. Ante a violação de um direito protegido constitucionalmente, outra alternativa não resta a não ser a invocação do auxílio judicial.

Em muitos momentos o Estado possui a intenção de controlar a aplicação das regras jurídicas. Em contrapartida, há nos tempos atuais a necessidade de garantir ao cidadão um mecanismo eficiente que permita a solução da lide em que se envolveu. Dessa forma, tal direito é originário da movimentação da máquina judicial, enquanto órgão responsável pela prestação jurisdicional.

O juiz no exercício da jurisdição deverá possuir liberdade jurídica e política, desde que ressalvada a sua imparcialidade. Deverá também proferir decisões independentemente de qualquer submissão aos outros Poderes, sendo possível desprender seus juízos respeitando, entretanto, ao quanto estabelecido pela lei, não se cogitando ao senso de exclusividade, mas sim da supremacia de funções.

Em que pese haver certa resistência, seja por conta da separação de poderes, seja pelo discurso defensivo do Estado, que desvirtua a interferência do

poder judiciário em determinadas questões, o que nos resta é reconhecer que não haveria sentido algum em buscar a garantia do acesso à justiça em nome da moral e dos bons costumes, e em paralelo a isso criar-se empecilhos para que tal fato seja possível. Afinal, até mesmo a proibição do *non liquet* possui o objetivo de também assegurar ao judiciário a sua autonomia, sempre que necessário.

O exercício de uma ação jurisdicional proporciona ao seu titular o direito de recorrer ao magistrado para que se tenha todo o suporte necessário. Dessa forma, o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional, direito que é um reflexo do poder-dever do juiz de dar a referida prestação jurisdicional.

3.4 A Concepção do conceito de Obrigação Solidária e Análise de CASES

Muitos juristas entendem que é preciso questionar a legitimidade para atuar no polo passivo das inúmeras demandas protocoladas frente ao Poder Judiciário.

O artigo 23, da Constituição Federal de 1988 determinou a incumbência para a referida atuação comum dentre os entes federados. *In verbis*:

“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;”¹⁷

Quem possui obrigações, possui deveres. É com esse contexto que se

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

abre espaço para o debate acerca da obrigação solidária entre os entes federados.

Os posicionamentos entre os tribunais têm sido no sentido de garantir o mínimo existencial, independentemente do tipo de análise, ao assegurar o direito constitucional à saúde. Decerto, há no ordenamento jurídico pátrio previsão legal que possui o escopo de estabelecer a concretização igualitária da efetivação de direito perante os entes da federação.

Sobre o tema, a Carta Magna estabeleceu em seu artigo 198, § 1º:

“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:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 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. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”¹⁸

¹⁸ Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal junto à Fundação Universidade Federal do Tocantins. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamento-de-alto-custo-pelo-estado,46879.html>> acesso em: 16 de jan. 2018.

Nesse espeque, percebe-se que a obrigação solidária não se trata de algo impossível de acontecer. Mas, para que isso seja possível ela precisa ser concretizada. Não se pode converter um dever em direito de escolha, no sentido de se fazer quando houver vontade. Há de existir um senso de cooperação entre os entes, para que tudo seja feito como deve ser.

Em artigo elaborado pela Procuradora Federal Patricia Bezerra de Medeiros Nascimento, a autora entende que:

“De acordo com os dispositivos *retro* mencionados, não resta dúvida ser dever do Estado, solidariamente com a União, o Distrito Federal e os Municípios, prestar assistência farmacológica àqueles que necessitem, a fim de manter a saúde do cidadão.”¹⁹

Embora seja um tanto complexa a busca por recursos de saúde, cabe a nós reconhecermos que o Tribunal de Justiça da Bahia vem adotando posicionamentos centrados e bem fundamentados no sentido de que, um dos principais critérios a ser analisado em casos específicos, se faz presente no estudo das condições de *periculum in mora* e *fumus bonis iuris*, o que, podemos afirmar ainda que de maneira superficial, torna-se favorável aos cidadãos.

A título de explicação, o *periculum in mora* é uma expressão latina que constitui-se no perigo da demora, e ganha espaço em situações relacionadas às medidas urgentes, onde se exige a exposição da possibilidade de haver um dano tão grave ao ponto de fazer perder o objeto de uma tutela jurisdicional. É o caso, por exemplo, de pacientes que diante de grave risco de vida necessitam de transferência interna de um hospital ao outro. Já o *fumus bonis iuris*, é tudo aquilo que possui veracidade à fumaça do bom direito. É um indício de que tudo aquilo pleiteado realmente existe.

¹⁹ NASCIMENTO, Patricia Bezerra de Medeiros. **A obrigatoriedade de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.46879>> acesso em: 10 de jan. de 2018.

Neste sentido tem decidido a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no agravo de instrumento Nº 0019599-51.2016.8.05.0000²⁰, em 15 de dezembro de 2017, da relatoria do ilustre Desembargador Estadual, Ivanilton Santos da Silva.

A demanda versava sobre Agravo de Instrumento interposto pelo Estado da Bahia, representado nos autos pelo Procurador do Estado, contra o Ministério Público em favor de menor. A lide ocorreu em função da necessidade do menor em realizar com urgência uma endoscopia pediátrica, necessitando para isso de uma transferência por meio de ambulância básica para hospital aparelhado e competente à exercitar tal serviço.

Da detida análise dos autos, após ter sido exaurido todos os documentos anexados aos *fólios*, entendeu o magistrado pela legitimidade passiva diretamente relacionada à responsabilidade solidária de todos os entes públicos legitimados, em favor do direito à vida e à saúde, previstos pela Magna Carta. O *decisum* baseou-se também em precedentes de Cortes Superiores e Tribunais.

Cristalino que a lide tratou de um caso envolvendo menor. Caso esse que se fez nítido o risco de dano, caso não fosse realizado com brevidade o procedimento. Deve-se estar atento que no Brasil ainda existem excelentes julgadores, pautados em princípios proporcionais a cada caso em específico, que proferem decisões dotadas de coerência e fundamentação. Entretanto, sabemos que inúmeros outros casos existem por aí, espalhado pelo país, e que, nem todos alcançam a atenção que merecem.

Evidente a relevância do direito à saúde nas situações que chegam até o judiciário. Tendo em vista a magnitude da tutela aos direitos constitucionalmente protegidos é que já houve reafirmação da jurisprudência fixada pelo Supremo

²⁰ BA, TJ. AI nº 0019599-51.2016.8.05.0000. Agravante: Estado da Bahia, Relator: Desembargador Ivanilton Santos da Silva. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml?jsessionid=squ35XxHosQk2hqwaTNwy5e7>> acesso em: 10 de jan. 2018.

Tribunal Federal a respeito da responsabilidade solidária. A decisão sobre o tema abordado neste ensaio monográfico originou-se da análise do Recurso Extraordinário 855178, que possuiu o Ministro Luiz Fux como relator, e obteve repercussão geral em meio à sociedade.

Os autos eram originários de ação ajuizada por paciente que necessitava do fornecimento de medicamento denominado Bosentana, em que se debateu a responsabilidade solidária dos entes da federação no que se refere ao custeamento de tratamentos de saúde, bem como à alegação de ilegitimidade passiva suscitada pela União.

A paciente havia logrado êxito na antecipação da tutela, que foi deferida em sede de primeiro grau. Deferimento esse que ordenou ao Estado de Sergipe a prestação do medicamento bem como a participação da União no cofinanciamento do valor. O Estado procedeu com a entrega do medicamento, e o juízo *a quo* ratificou a liminar em sentença proferida. Após toda a repercussão, a paciente veio a óbito dois meses depois. Mesmo com o falecimento da Autora, a União sentiu-se irredimida e prosseguiu com o seu inconformismo quanto ao ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado.

Em sede de segundo grau, entendeu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região pelo cabimento da prestação a ser compartilhada entre a União, Estado e Município. Em sua defesa, a União alegou a necessidade de o Sistema Único de Saúde basear-se no princípio da descentralização, e de reconhecer que a referida obrigação deveria ser imposta aos órgãos locais. Foram opostos Embargos de Declaração, sendo estes não acolhidos.

Inconformada a União interpôs o Recurso Extraordinário, e suscitou em preliminar pelo reconhecimento de repercussão geral.

Pois bem, a lide em comento, condenou o Estado de Sergipe e a União ao fornecimento de medicamento Bosentana a paciente que dele necessitava.

O ministro pontuou com base na tese por ele sustentada que para maior estabilidade dos recursos de saúde, necessário se faz a presença do mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação.

21

Incumbe ainda relatar que, a Lei 8.080/90 aprecia como obrigação Estatal a de prestar apoio financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde, inclusive no fornecimento de medicamentos.

Assim, compreende-se que as políticas de saúde entabuladas na seara Estadual são originárias da responsabilidade do Estado, e dentre elas destaca-se o dever de fornecimento de medicamentos àqueles que precisam e não possuem condições financeiras para comprá-los.

Na mesma esteira de raciocínio, em que pese tratar-se de caso que não poderá confundir-se com a aplicabilidade da responsabilidade solidária dos entes federados, caberá ainda analisar o RE 566.471-RG, Rel. Ministro Marco Aurélio, que versa sobre o dever do Estado em custear tratamento de saúde de alto custo para paciente portador de grave patologia, com pouca condição econômica.

Este recurso versa sobre o dever do Estado presente na proteção e promoção de direitos fundamentais.

O Estado do Rio Grande do Norte negou à recorrida o fornecimento de medicamento denominado Sildenafil 50 mg, comumente direcionado ao tratamento das enfermidades “hipertensão arterial pulmonar” e “miocardiopatia isquêmica”.

Após o Tribunal de Justiça, ter confirmado a sentença, explanou a imprescindibilidade do remédio para o procedimento pleiteado, assim como a incapacidade financeira da paciente para adquiri-lo.

Em sua defesa, o Estado alegou que a decisão judicial atacada, ao atender a um único ser humano, estaria comprometendo as políticas de distribuição universal do serviço de fornecimento de medicamentos, o que passaria a prejudicar a coletividade.

Alegou também que tal decisão não encontrava base constitucional

²¹BRASIL. STF, RE. recorrente: União Federal, Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rq-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>> acesso em: 11 de jan. 2018.

ante o caráter programático das normas, e seria responsável pela debilitação de possíveis investimentos nos demais serviços sociais.

Em sendo assim, o Supremo Tribunal Federal respondeu aos questionamentos, reconhecendo a necessidade de o Estado reconhecer as obrigações que lhes são postas, e afirmando que possíveis problemas atinentes à falta de planejamento de recursos orçamentários não seria suficientemente capaz de dificultar a aplicação de um direito que foi implementado constitucionalmente.

O relator citou ainda em sua decisão trechos que suscitam a existência da Política Nacional de Medicamentos, e do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. *Ipsis litteris*:

"Sabe-se que há, no País, a Política Nacional de Medicamentos, com a elaboração de listas daqueles a serem distribuídos aos que necessitem, destacando-se o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente aos remédios de alto custo ou excepcionais. Espera-se que essas políticas cheguem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional dos medicamentos. Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas. Em casos do tipo, não se admite a alegação alusiva ao caráter puramente programático das normas constitucionais versando o direito à saúde."²²

E questionou em outro trecho:

"Considerado esse conjunto de decisões, serviria a apreciação deste processo, tão somente, a reafirmar-se, sob o ângulo da repercussão geral, a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria? Qual pode ser a valia do exame ora realizado para o debate a respeito da judicialização do fornecimento estatal de medicamentos?"²³

Vale lembrar que, o principal raciocínio deste julgado consistiu na possibilidade de o Tribunal, sob a égide da Constituição Federal, definir os critérios do dever estatal de proteção ao mínimo existencial fundamentado na

²² BRASIL. STF, RE. recorrente: União Federal, Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rq-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>> acesso em: 11 de jan. 2018.

²³ Idem.

negativa do direito individual sopesado no direito coletivo.

Dos pronunciamentos citados e dos aportes teóricos desenvolvidos sobre o assunto, surge que a delimitação há de ocorrer em torno de duas condições. Em primeiro lugar, do reconhecimento da inquestionável necessidade do medicamento para a concretização do direito constitucional à saúde, e em segundo lugar a alegada impossibilidade financeira de aquisição presente no princípio do mínimo existencial.

3.5 Dever Subsidiário do Estado frente à Capacidade Financeira do Requerente

Outra análise a ser feita nesse trabalho diz respeito à responsabilidade social de familiar diante da narrativa do dever subsidiário do Estado.

Sabe-se que o dever de tutela estatal do mínimo existencial restará configurado desde que provada a ausência de capacidade orçamentária para aquisição de medicamento reconhecidamente adequado e necessário ao tratamento de saúde do indivíduo.

O Recurso Extraordinário 566.471, da relatoria do ministro Marco Aurélio versa exatamente sobre o tema da possibilidade de capacidade financeira. Sendo importante frisar que, a contribuição oferecida por esse julgamento diz respeito às decisões que estão em conformidade com o Supremo Tribunal Federal. Todavia, a dificuldade encontra-se justamente em compreender a quem pertence essa capacidade.

Em sede de Apelação, expôs o Estado sobre a impossibilidade de fornecer medicamento não inserto no seu programa, tratando-se o valor por ele despendido algo fora do comum, que extrapola os limites da economia pública.

Acrescentou que não apresenta interesse em fazer uso de altos montantes de dinheiro somente com o fito de atender um único cidadão, mas sim direcionar tais valores à aplicabilidade de políticas sociais e de saúde, para assim beneficiar muitas outras pessoas.

Na tese defensiva o Estado do Rio Grande do Norte informou ainda a

existência da negativa da União em reembolsá-los, quando da narrativa de se tratar de remédios fora da relação proposta pelo Ministério da Saúde.

Opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do caso, consoante a ementa:

“SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.”:

24

Diante do caso fático, bem como a matéria de repercussão geral, torna-se viável incluir a discussão quanto aos deveres de solidariedade familiar.

Assim ao apreciar as hipóteses análogas o poder judiciário passou a cogitar a existência do dever subsidiário do Estado em relação aos membros da família do paciente. De acordo com o julgador, a aplicabilidade do direito à saúde permanece inserida em um amplo projeto da distribuição da justiça.

Sabemos que toda a sociedade está inserida em um contexto onde se faz necessário o recolhimento de contribuições sociais materializadas no pagamento de tributos de serviços públicos, programas assistenciais de saúde, moradia, educação, previdência, trabalho e alimentação, em benefício das pessoas carentes de recursos financeiros.

Pacificado esse quesito, devemos reconhecer que o princípio da solidariedade social é o responsável por comandar a prática dessas políticas.

No entanto, há de se reconhecer a subsidiariedade do dever legal do Estado no fornecimento de medicações de alto custo. Dessa forma, em respeito ao direito à saúde, tem-se que o princípio da dignidade humana é comprometimento não só do Estado, mas também da família.

Porém, ainda que consagrada a solidariedade social, fundada nos preceitos estabelecidos pelo Código de Civil e pela Constituição Federal,

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. VOTO no recurso extraordinário 566471. Relator: MELLO, Marco Aurelio. Publicado no DJ de 15 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 8 de jan 2018.>

financiada pelos impostos dos serviços públicos, calha o condicionamento de algumas hesitações.

A controvérsia baseia-se na seguinte dúvida: A quem pertence a capacidade financeira, se, no caso em concreto o quadro é de impossibilidade de o paciente e a família arcarem com o valor do medicamento?

Assim, entendemos a solidariedade social como um conjunto de responsabilidades imposta através do direito na tentativa de sanar desigualdades provenientes de distintas situações. Como bem conceitua Durkheim:

“Existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciências são comuns a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente pelo menos no que ela tem de essencial.”²⁵

É imperioso reconhecer assim, a solidariedade social enquanto valor a ser atendido pelo Estado baseado na unicidade de vontades do povo, emanadas através do contrato social, o qual baseia a existência do que compreendemos hoje como Estado. Assim a necessidade da manutenção do bem estar social deve ser enfrentada também no âmbito tributário, reconhecida através das LOAS e, por conseguinte inserta na dotação orçamentária.

3.6 Levantamentos de Dados e Estatísticas

Esse tópico do trabalho foi destinado a fundamentar, através da exposição de dados empíricos, os assuntos abordados anteriormente.

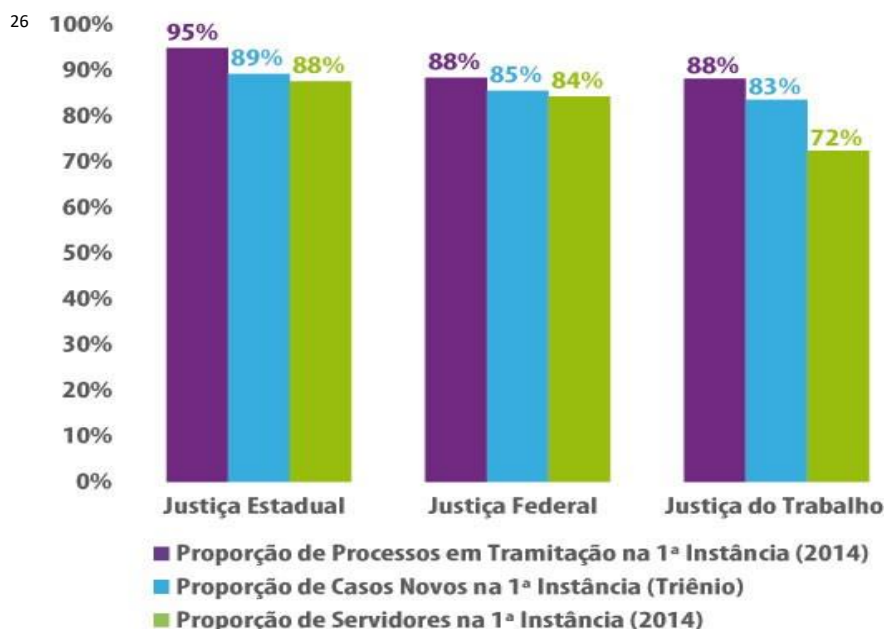
Aqui serão analisados os dados que comprovam o aumento constante dos processos em tramitação no judiciário brasileiro, ratificando desta maneira a sobrecarga desse segmento no cenário contemporâneo.

Adiante, serão expostas também abordagens referentes às crises enfrentadas pelo poder público diante desorganização da Administração Pública no que toca à distribuição de recursos públicos, pois as matérias publicadas nas

²⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*, Trad. de Carlos Brandão, 2 Ed.: São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 83.

imprensas de todo o Brasil, comprovam que os direitos constitucionais apesar de estarem previstos na Carta Cidadã, a realidade é bem diferente do que se espera.

GRÁFICO 1 – PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO À ÉPOCA (2014)



Em uma análise superficial, temos que os números extraídos do site do Conselho Nacional de Justiça revelaram que os processos em trâmite no Judiciário brasileiro desde o ano de 2014 ocasionaram uma sobrecarga da Justiça Estadual. Importante lembrar que essa sobrecarga no primeiro grau repercute também nos outros seguimentos do Poder Judiciário.

Os numerais se relacionam às proporções de processos em tramitação na primeira instância, atingindo um total de 95% (noventa e cinco por cento), bem como às proporções dos casos novos na primeira instância, e por fim às proporções de servidores na primeira instância.

Com relação aos constantes escândalos que tem sido noticiado na grande mídia a respeito da corrupção, não há como negar que em que pese ser

²⁶ Conselho nacional de Justiça, **PRIORIZAÇÃO, Dados Estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. acesso em: 8 de jan de 2018

algo pouco provável de ser extinto, a corrupção vem rompendo barreiras em muitas searas que recebem do poder público recursos para lograrem êxito em seus objetivos. Seja na educação, na segurança, no lazer, na saúde ou em muitos outros, há de ser reconhecida a postura inadequada que muitas pessoas acabam adotando ao deparar-se com montantes estipulados em altos valores.

Em uma rasa pesquisa na internet sobre os desvios que têm sido presentes na seara dos recursos de saúde, muitos foram os resultados de busca. Entretanto, ao nos concentrarmos em episódios recentes dos escândalos descobertos no país, caberão assim introduzir neste trabalho apenas aquelas que merecem momentos de reflexões diante da grave imensidão de conseqüências que casos como os que serão expostos a seguir podem alcançar.

Na mesma linha de raciocínio se observamos a diferença entre o aumento de demandas contenciosas em geral e o aumento de demandas específicas contra a união, onde os jurisdicionados buscam o fornecimento de medicamentos, pode-se perceber um aumento vertiginoso nos processos contra a união.

Tais fatos muito provavelmente se devem ao forte movimento da globalização e da facilidade de acesso à informação, tanto pela internet, quanto pelos meios mais antigos de comunicação e conseqüentemente a população tem criado uma consciência maior dos seus direitos. Assim os cidadãos vêm exigindo cada vez mais e por outro lado, a sociedade e o judiciário vem aceitando e compreendendo a obrigação do Estado, em garantir o Estado Social e conseqüentemente os direitos sociais, tutelados pela Carta Magna do nosso país.

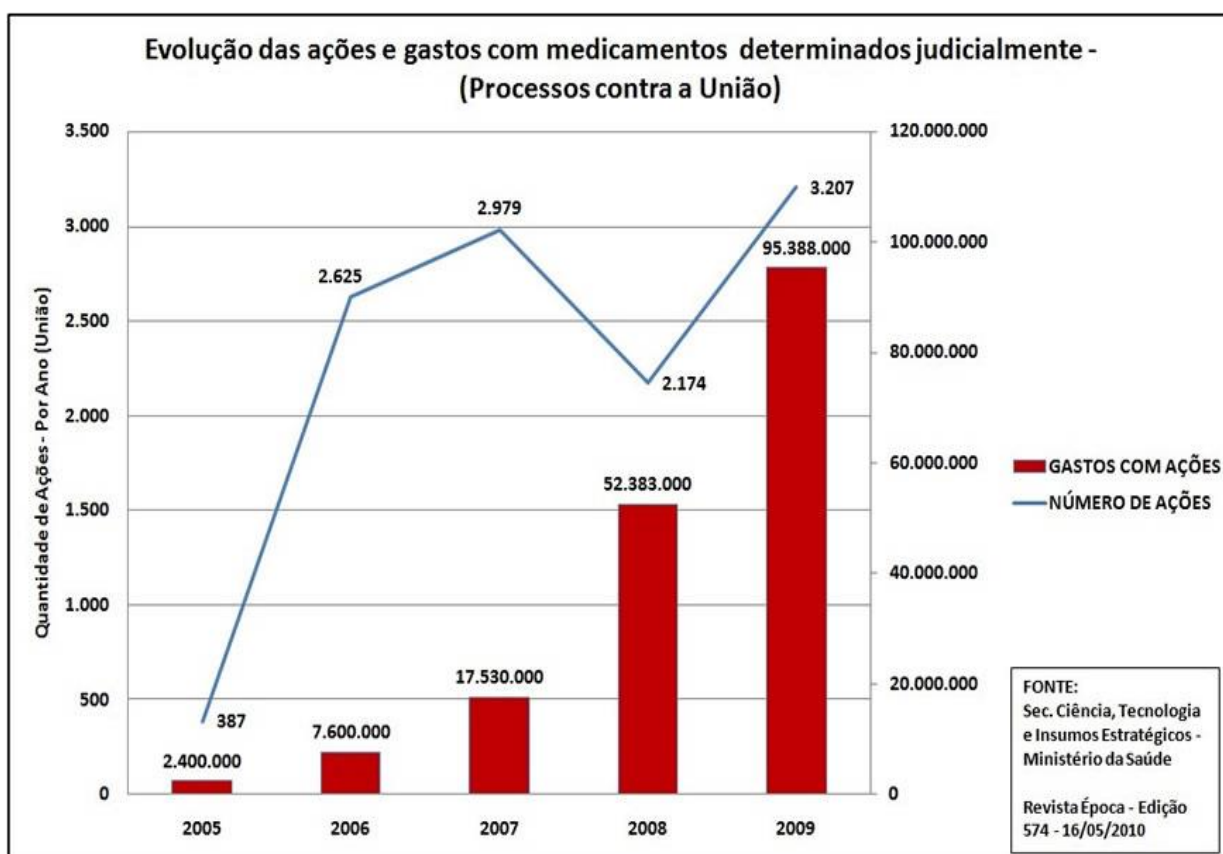
Hodiernamente se discutem os direitos fundamentais e até mesmo a quinta geração destes direitos, inclusive para que se compreenda o nível de evolução social enfrentado faz-se mister uma enumeração dos direitos sociais; os direitos de primeira geração são as liberdades públicas, bem como direitos civis e políticos, concretizando principalmente o valor liberdade.

Os de segunda geração são os direitos sociais, culturais, econômicos coletivos e a igualdade substancial, real ou material.

Os de terceira geração são os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao

meio ambiente, o direito de propriedade sobre patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Os direitos da quarta geração são os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Por fim os direitos de quinta geração ainda são questionáveis, porém há duas correntes majoritárias fala-se em direito à evolução cibernética e por outro lado especula-se o direito à paz.

GRÁFICO 2 – PROCESSOS CONTRA A UNIÃO ATÉ O ANO DE 2009



27

²⁷ SANTOS, Flavio José dos. **A atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde e a reserva do possível: colisão com direitos disponível em:**

<https://www.jurisway.org.br/UPLOADS/upl_fckeditor/Image/FlavioJosedosSantos/Graf2EvolAcoes_ok.jpg> Acesso em: 21 de dez, de 2017

REPORTAGEM 1

Em matéria publicada pelo G1 em 16 de novembro de 2017, temos a explanação de uma operação realizada no Estado do Maranhão que constatou desvios de recursos públicos de saúde. Da investigação se extraiu:

PF prende 14 pessoas durante operação que apura desvios de recursos na saúde no Maranhão

Em coletiva, a Polícia Federal informou que a operação iniciou com o caso de uma enfermeira que recebia super salário em Imperatriz, a 626 km de São Luís.



Por G1 MA
16/11/2017 15h10 - Atualizado 16/11/2017 16h56



Polícia Federal explica como funcionava desvios de recursos da saúde do Maranhão

A Polícia Federal (PF) confirmou que 424 pessoas recebiam dinheiro

extra oriundo de recursos públicos federais desviados em contratos na área da saúde. Segundo a PF, foram expedidos 17 mandados de prisão, sendo que 14 pessoas foram presas e três estão foragidas.

O delegado Wedson Cajé Lopes, que comanda a 5ª fase da operação "Sermão aos Peixes", também informou que, dentre as prisões está a da ex-subsecretária de saúde do Estado e atual suplente a Deputada Federal, Rosângela Aparecida da Silva Barros, conhecida como Rosângela Curado (PDT), presa em São Luís. Ela esteve no cargo de subsecretária entre janeiro de 2015 e setembro do mesmo ano e foi responsável pelo desvio de uma parte da verba pública, segundo a PF.

Dentre os casos que levaram às investigações está a de uma enfermeira de Imperatriz identificada como Keilane Silva que recebia salário extra. Os enfermeiros recebiam em torno de 3 mil reais, enquanto ela recebia cerca de 13 mil. A partir do contracheque da enfermeira e das divergências nos demais salários dos colegas, a Polícia Federal começou a operação.

28

REPORTAGEM 2

Em 30 de novembro de 2017, o site de reportagens G1 publicou matéria em que buscou explicar uma operação ocorrida em São Paulo pelo Ministério Público e a Polícia Militar do Estado de São Paulo. Buscas foram feitas no Hospital Ouro Verde e na Prefeitura; bem como em Campinas e em Bariri, na região de Bauru. Foram cumpridos mandados de prisão contra desvios públicos de recursos de saúde. Vejamos:

²⁸ G1 MA, **PF prende 14 pessoas durante operação que apura desvios de recursos na saúde no Maranhão, 2017**, Web 16/11/2017 < <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/pf-prende-14-pessoas-durante-operacao-que-apura-desvios-de-recursos-na-saude-no-maranhao.ghtml> >

Operação do MP apura desvios de dinheiro da saúde e apreende R\$ 1,2 milhão e carros de luxo em Campinas

Foram cumpridos 33 mandados de busca e apreensão e seis de prisão. Buscas foram feitas no Hospital Ouro Verde e na Prefeitura; uma pessoa em Campinas e outra em Bariri, na região de Bauru.



Por G1 Campinas e Região
30/11/2017 06h56 - Atualizado 30/11/2017 18h41



29

Diante das informações trazidas, foi possível perceber que a crescente improbidade dos repasses das verbas públicas no Brasil têm atingido a grande massa da população carente do país. Nesse espeque, esses desvios, são os maiores responsáveis pelo desequilíbrio da área da saúde.

Jorge Carlos Machado Curi afirma:

“Infelizmente, essa não é a primeira vez que o governo de então tenta limpar o caixa da saúde. No mandato anterior, foram diversas as tentativas de “remanejar” investimentos para o Bolsa Família e para outros fins diversos – até para pagar assistência especial para militares. Em todas elas, entidades médicas como a Associação paulista de Medicina, a Associação Médica Brasileira e o Conselho Federal de Medicina, lado a lado com a Frente Parlamentar de Saúde e outros agentes do setor, resistiram bravamente e conseguiram fazer com que as autoridades federais voltassem atrás.

²⁹ G1, campinas, **Operação do MP apura desvios de dinheiro da saúde e apreende R\$ 1,2 milhão e carros de luxo em Campinas, 2017**, Web 30/11/2017. <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/operacao-ouro-verde-apura-desvios-de-recursos-publicos-na-saude-hospital-de-campinas-e-alvo.ghtml>

As conseqüências são trágicas e conhecemos bem: valores imorais na tabela do SUS, quebradeira de hospitais, falta e/ou dificuldade de acesso, e “vaga zero” nos prontos-socorros. Passam ainda por filas de doentes crônicos, falta de investimento em recursos humanos para capacitação e atualização, inexistência de um Plano de Carreira Cargos e Salários decente.

Assim não há gestão que consiga ser efetiva. Felizmente existem exceções no estado de São Paulo e em outros locais do Brasil, demonstrando que financiamento adequado com gestão capaz funcionam.

Portanto, não será diferente agora. Nós médicos e a sociedade organizada iremos à luta novamente para garantir o direito dos cidadãos a um atendimento de mais qualidade, a uma assistência digna. Aliás, é para possibilitar a correta destinação de recursos à saúde e para definir com precisão quais são os gastos que podem ser considerados nessa rubrica que exigimos a imediata regulamentação da emenda constitucional 29. Afinal, é o único meio de impedir desvios da área.”³⁰

4 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL

4.1 A origem e função do ativismo judicial

No presente estudo, far-se-á uma análise dogmática do ativismo judicial à luz da interpretação e aplicação dos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal, bem como das decisões sobre o tema.

A tratarmos do ativismo judicial, a primeira noção que vem à nossa mente está relacionada à postura ativa que o judiciário passou a assumir nos últimos tempos. Em uma breve busca no dicionário temos o termo "ativismo" com a seguinte definição: atitude com aspectos morais que se baseiam nas necessidades da vida. Enquanto que o conceito do termo "judicial" encontra-se intimamente ligado à noção de justiça.

Assim, para melhor estrutura do debate aqui pretendido, passaremos à estudar a partir de então a origem do ativismo judicial.

Sabemos que o ativismo judicial surgiu como um fenômeno jurídico

³⁰ Graduado em Medicina pela Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. Presidente da Associação Paulista de Medicina (APM). Site: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20412:desvio-de-verbas-da-saude-lamentavel&catid=46

positivo, inicialmente com características americanas, presente na postura do Poder Judiciário, na medida em que o seu objetivo passou a ser o de interferir significativamente na efetivação da Constituição Cidadã. Conforme Mayra Miarelli e Rogerio Montai:

"Sucedem que essa primazia em interpretar a CF/88, traz consigo acusações de que o STF, assumindo uma posição ativista, extrapola suas competências, o que conduziria a conclusão de que o ativismo judicial não tem espaço no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, importa esclarecer que o ativismo judicial é fenômeno que fora primeiramente identificado nos Estados Unidos da América. Nada obstante, impõe primeiramente frisar que o Direito norte americano pertence a família do *common law*, pelo que o Direito tem na Jurisprudência sua base, ao contrário do que ocorre no *civil law*, em que as decisões importam só porque delas "sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica." ³¹

Nesse ensejo, Luis Roberto Barroso, importante ministro e doutrinador dos dias atuais, tem se manifestado com certa intensidade a respeito dos temas referente ao ativismo judicial. Tanto é assim que, ao realizarmos uma simples busca de artigos de sua autoria na internet, temos um vasto acervo que oferecem ao leitor uma valiosa reflexão do conteúdo aqui abordado. Segundo ele:

"A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas." ³²

Nota-se das fundamentações ora narradas que a intenção do ativismo

³¹ Miarelli, Mayra Marinho. Lima, Rogerio Montai de. Op. Cit. p. 158.

³² Formou-se em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em 1980. É ministro do Supremo Tribunal Federal desde 26 de junho de 2013. Possui mestrado na Yale Law School, da Universidade Yale, em Connecticut, nos Estados Unidos.

é a de reconhecer a supremacia da Constituição Federal, enquanto vetor de sua concretização. Dessa forma, estando o ativismo legitimado à função de efetivação, caberá grifar a necessidade que ele possui em proteger os direitos constitucionais, mesmo que isso cause certo desconforto para alguns observadores.

Assim é essencial, portanto, observar a legitimidade democrática perpetrada em si, com o fito de funcionar como parâmetro para que um poder seja exercitado.

Enquanto que, para os autores Mayra Miarelli, Rogerio Montai, e até mesmo o ministro Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial almeja a efetividade das normas constitucionais e a participação ampla do Judiciário, para o renomado autor Elival da Silva Ramos, além de toda essa postura ativa judiciária, o ativismo judicial deverá observar os limites referentes às atividades de interpretação e aplicação, desde que considerado o conjunto do ordenamento. Ele define:

“Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem de modo juridicamente aceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo. Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas.

A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado”³³

E acrescenta:

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 139.

“Diante disso, não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, a jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização dos atos legislativos e administrativos de natureza concreta, de atos relativos ao exercício da função de chefia do Estado.”³⁴

Segundo levantamento realizado pelo jornal "Estadão":

"Em 2010, Ministério da Saúde usou R\$ 132,58 milhões para comprar medicamentos de alto custo cujo fornecimento havia sido determinado pela Justiça. Os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% nos últimos seis anos. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010. Segundo José Miguel do Nascimento Junior, diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica do Ministério, os valores gastos no ano passado, 2010, representaram 1,8% do total do orçamento destinado ao departamento. No ano passado, a União foi citada em cerca de 3,4 mil ações judiciais em busca de medicamentos. Em 2009 foram pelo menos 3,2 mil processos do gênero. Na maioria dos casos, a Justiça determinou a entrega de medicamentos de alto custo - usados especialmente no tratamento oncológico ou de doenças raras (ASCON – GM, 2011)."
Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. ³⁵

Nesse diapasão, entende-se, quanto maior a permissão do acesso à justiça, mais demandas poder-se-ão chegar ao judicial. Tudo isso pelo fato da omissão estatal presente na ausência do cumprimento de obrigações.

4.2 O Tribunal de Justiça do Estado Bahia e a sua postura

No desempenho do seu ofício, o Tribunal de Justiça baiano tem sido inserido em um contexto social e político cada vez mais frequente, a partir do

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Op. Cit. P. 140.**

³⁵ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos-imp-,711740>> acesso em 22 de jan. 2018.

momento em que passou a adquirir a função de decidir situações que de certa forma acabam por repercutir na vida das pessoas.

Sob essa ótica, como já dito em outras palavras anteriormente, reconhece-se que a sociedade, e todas as circunstâncias que a ela tem se adaptado, passou a exigir do judiciário uma postura mais ativa a partir do momento em que são constatadas as omissões provenientes do comportamento do Estado. Destarte, a nós, espectadores da presente conjuntura social, incumbe o reconhecimento da presença do ativismo judicial não somente em situações específicas como as questões relacionadas aos recursos de saúde, mas também muitas outras que interferem no cotidiano das pessoas.

Sobre o tema, os autores Rogerio Montai e Mayra Miarelli:

"O Supremo Tribunal Federal, no exercício de seu mister, tem cada vez mais decidido situações que o inserem num contexto de protagonismo político e social. Células-tronco, demarcação de terras indígenas, ficha limpa, aborto de fetos anencéfalos, aposentadoria especial, direito de greve de servidor público, união estável homoafetiva, proteção da mulher, temas relacionados à liberdade, como execução provisória da pena e prisão do fiel depositário. Como se nota, todos esses temas repercutem diretamente na vida do cidadão, já que interferem no seu modo de viver, de se relacionar, de participar da política."³⁶

Em que pese tais autores buscarem refletir como o ativismo judicial tem se manifestado enquanto vetor da Constituição Federal, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, interessa a nós ressaltarmos aqui a importância de direcionarmos tal análise para o que vem ocorrendo no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, não com o objetivo de desvirtuar tais acontecimentos no âmbito da Suprema Corte, mas sim com o propósito de nos adequarmos às nossas próprias experiências locais.

Sabemos que existem diversas reflexões que sem dúvidas merecem atenção.

É preciso compreender que ações judiciais tendem a aumentar em

³⁶ Miarelli, Mayra Marinho. Lima, Rogerio Montai de. Op. Cit. p. 157.

grande escala a cada ano, por questões diversas. Seja porque o acesso à justiça vem ganhando força em tempos modernos e de importantes representatividades das minorias, ou pelo fato de que com o aumento do número da taxa de natalidade possíveis lides podem surgir com o passar do tempo, ou ainda por outras inúmeras questões.

Poderíamos talvez arriscar uma justificativa a título de explicação a respeito de esclarecer quais os motivos que direcionam as pessoas a buscarem o judiciário. Mas, inúmeros são os casos, e não caberia aqui elencar um por um. Inclusive porque, ainda que possa acontecer uma sobrecarga a este poder, parece intuitivo entender que não há porque estabelecer critérios para possibilitar o acesso à justiça em si, e sim argumentar que o correto seria buscar a consciência de que, apesar de funções diferentes, há ainda outros dois poderes definidos pela Constituição, que deveriam equilibrar de fato a dimensão excessiva de casos que sobrecarregam o judiciário.

De feito, a questão do acesso a tratamentos médicos que levam os cidadãos baianos a buscarem o apoio do poder judiciário tem sido objeto de grandes reflexões. Tanto para os magistrados, que certamente sentem-se coagidos acerca da postura a que devem adotar, como até mesmo para os estudantes que assistem de perto como é difícil encontrar uma solução adequada para os casos que surgem.

É sobre esse ponto de vista que, a autora deste ensaio monográfico sentiu-se inquieta ao observar as diversas ações judiciais que chegam ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com a maior "naturalidade" que se possa imaginar, ainda que sejam referentes à uma questão de repercussão geral e social, já "pacificada".

Por tais fundamentos, diversos foram os questionamentos: Quanto tempo pode um paciente em estado de urgência necessita aguardar para alcançar um tratamento adequado? Porque manter um racionamento de gastos em uma seara que deveria ser protegida como condição mínima e essencial? Não haveria outra maneira de o Estado economizar o dinheiro público? Como proteger esse direito? É possível conceder uma liminar sem a oitiva do Estado?

Pois bem, vê-se no parágrafo anterior algumas perguntas que muito provavelmente são passíveis de análises e explicações.

Primeiramente, responde-se que não há como ser exato a respeito do tempo em que uma pessoa pode esperar para obter um tratamento. Infelizmente, existem inúmeras burocracias, sejam cartorárias, sejam diligenciais, por detrás desses casos, e nada é feito para modificar essa realidade. Primeiro ponto vencido, vamos ao próximo.

Quanto ao segundo questionamento, acredita-se que a melhor maneira de racionalizar tais recursos seria um sistema eficiente de controles dos gastos públicos, como por exemplo, dos devaneios monetários e políticos desnecessários referentes aos auxílios combustível, moradia, e alguns outros que, sem dúvidas, melhores seriam aproveitados se fossem direcionados e utilizados para atender às inúmeras pessoas carentes de recursos financeiros que necessitam de tratamento de saúde.

No que se refere ao questionamento sobre como o Estado poderia proteger o direito fundamental à saúde, acredita-se que o primeiro passo seria colocar-se no lugar dessas pessoas que foram acometidas por doenças e entender que elas sofrem. Após o segundo passo seria investir na criação políticas públicas realmente eficazes e colocá-las em prática. Algo relacionado à prevenção, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda explanação aqui arguida, é possível compreendermos que, muito embora o tema debatido neste ensaio monográfico tenha sido alvo de muitas críticas e análises, e até mesmo esteja à beira de ser pacificado o seu entendimento, ainda assim há a necessidade de refletirmos sobre a complexidade nele presente.

Nesse mesmo diapasão é que se buscou a todo momento neste trabalho explanar a colheita de dados, informações, jurisprudências, e

pensamentos dos mais importantes estudiosos, desde os mais renomados até aqueles que podem não possuir tanta visibilidade assim, mas que em muito tem contribuído para o raciocínio exigido sobre o assunto.

Acrescente-se que, referente ao tema da escassez dos recursos de saúde e o ativismo judicial, muito ainda tem que ser feito.

Vale lembrar que a jurisdição que reconhece direitos constitucionais é responsável por garantir a força normativa da Constituição Cidadã. Não obstante, todos os poderes devem ser incumbidos a concretizá-la.

De tal sorte, a partir do momento em que se reconhece o poder normativo presente na Constituição, a jurisdição constitucional, seja por meio do ativismo judicial ou por qualquer outro meio, revela-se como um importante mecanismo para a sua efetivação.

Tendo em vista que, o Estado não tem se saído muito bem no que tange ao quanto determinado pelo artigo 196 da Carta Magna, o que se tem notado é a necessidade de uma eficaz gestão do sistema público de saúde, visando ordenar que o Estado passe a fornecer medicamentos e tratamentos, só que de maneira correta.

Em que pese o assunto tratado neste ensaio monográfico se tratar de um tema de repercussão geral bastante debatido, como afirmado anteriormente, o que se sabe é que, na maioria das vezes os indivíduos não conseguem ter acesso a medicamentos que necessitam. E isso se dá por diversos motivos. Tanto pelo fato dos altos valores cobrados para a sua oferta, quanto pelo motivo de se haver no Brasil uma desigual distribuição de recursos entre a sociedade. Desta forma, diante da extensão dos efeitos dessas medidas, é preciso que o Estado se organize politicamente e administrativamente em virtude da manutenção da saúde das pessoas.

Ao Estado deverá ser determinado o cumprimento de obrigação que proceda o fornecimento de medicamento necessário para determinado paciente, o

que independe do fato de tal medicamento estar incluído nos remédios a que possuem o Sistema Único de Saúde.

A problemática aqui enfrentada concentra-se na vaga argumentação apresentada pelo Estado referente à negativa de procedimentos essenciais para muitos cidadãos que se encontram em situações de vida e saúde inapropriadas.

Não deverá ser esquecido, entretanto, a possibilidade de ainda cogitar uma existência de um dever proveniente dos familiares do paciente, que se torna subsidiário à obrigação do Estado. Desta forma presente a solidariedade social advinda de um familiar que possua condições basilares para prover tais recursos é que poderá ser alcançado um equilíbrio perante o Estado que atenda a prestação requerida.

Todavia, deverá o Estado comprovar a existência da capacidade econômica de um ou mais integrantes da família do paciente, desde que sem prejuízo ao seu sustento individual, para a aquisição dos medicamentos necessários. Sendo permitida desta maneira a inclusão do familiar no polo passivo da demanda caso o juiz reconheça a existência de vinculação.

A questão da efetivação dos direitos constitucionais trata-se de um tema sutil, que demanda notoriedade decorrente da sua essencialidade para que o Brasil seja reconhecido, tanto internamente quanto de maneira externa, como um país que zela pela hombridade da sua população.

Embora haja a tentativa de eximir-se de tal obrigação, considerado o direito à saúde, dignidade da pessoa humana e o direito à vida, o comprometimento é decorrente da postura estatal que deve ser adotada.

Assim, conclui-se que por tratar-se de um tema em contínua idealização e construção diante do constante debate pelo poder judiciário, o presente trabalho buscou alcançar uma reflexão a respeito da necessidade da proteção a esse bem tão importante que é o direito à saúde, e não esgotar todas as ideologias e reflexões a ele relacionado. Proteção essa que poderá ser

consequência da prática de políticas públicas eficazes que deverão concatenar ideias e se empenhar na formulação de parâmetros objetivos e universais capazes de garantir o direito aos medicamentos de alto custo a todos aqueles que necessitem.

Entristece-nos saber que justamente a verba da saúde, que já é algo dotado de tanta precariedade, torna-se ainda mais insuficiente por conta dos desvios. O senso comum entende tratar-se de um verdadeiro escárnio do Estado e dos políticos aos cidadãos, de onde o poder deveria emanar. Do ponto de vista social, é tamanha a barbaridade e o retrocesso da sociedade, é degradante ter que reconhecer o caos que enfrenta a saúde pública no Brasil. Saber que o problema fica ainda maior com a incidência da corrupção é algo estarrecedor.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

BARROSO, LUIS ROBERTO. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_S_elecao.pdf> acesso em: 22 de jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, tradução: Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista, São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**, tradução: Daniela Beccacia Versiani: Barueri, 2015.

BRASIL. STF, **RE 855178**. recorrente: União Federal, Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=855178&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> acesso em: 11 de jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BVERWGE, 1,159 citado por NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito**

Constitucional 11^a Rio de Janeiro: ed. Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Safe, 2009.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Função Social da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Atlas, 2015.

MIARELLI, Mayra Marinho. LIMA, Rogerio Montai de. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

NASCIMENTO, Patricia Bezerra de Medeiros. **A obrigatoriedade de fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.46879>> acesso em: 10 de jan. de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional 11^a** ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

ORLANDI, Alfonso Colasuonno, **As funções do Estado e seus três poderes**. Revista Jus Navigandi, São Paulo, ano 2016. Disponível em: <<https://alfonsoorlandi.jusbrasil.com.br/artigos/314224880/as-funcoes-do-estado-e-seus-tres-poderes>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no**

Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ DAL'COL, Caio. ABREU, Livia Dalla Bernardina. **Decisões judiciais, a Micro e a Macrojustiça:** Uma análise sob o enfoque do princípio da igualdade, Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/view/12752/8849>> acesso em: 10 de jan. de 2018.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire; BARRETO, Ricardo Menna, **Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais, Verdade, Igualdade e Poder.** Salvador: Dois de Julho, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.**10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BA, TJ. **AI ° 0019599-51.2016.8.05.0000.** Agravante: Estado da Bahia, Relator: Desembargador Ivanilton Santos da Silva. Disponível em: <<https://www2.tjba.jus.br/erp-portal/publico/jurisprudencia/consultaJurisprudencia.xhtml?jsessionid=squ35XxHosQk2hqwaTNwy5e7>> acesso em: 10 de jan. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo, **O Direito ao Mínimo Existencial,** Rio de Janeiro: Renovar 2009.