

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE EM FACE DOS RECURSOS LIMITADOS DO ESTADO

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE FACE OF LIMITED STATE RESOURCES

Beatriz Cazais Silva¹
Lucas Sales dos Santos Aguiar²
Maria Olívia de Jesus Santos³
Adiva Cardoso Ferreira Júnior⁴

RESUMO

Considerando o atual cenário no qual tem sido cada vez mais frequente a judicialização do direito a saúde contra o Estado, mais especificamente aquelas demandas relacionadas ao fornecimento de medicamentos de alto custo sendo que grande parte destes não estão disponíveis na lista do sistema único de saúde (SUS) o presente estudo visa, analisar o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário frente a essas situações. Apresentando a importante diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, visto o aumento da discussão relacionado a esse assunto. Ainda, exibindo importantes teorias que norteiam o processo de ambas as partes seja quem está requerendo o direito ou o Estado, sendo elas o mínimo existencial, a reserva do possível e as escolhas trágicas. Apresentando a importância do entendimento que se trata de demandas infinitas diante de recursos finitos, sendo importante passar pelo crivo do judiciário para a manutenção da ordem econômica e da isonomia. Para o desenvolvimento do presente artigo, foram utilizados artigos importantes voltados para o assunto em tese, doutrinas, a lei e julgados para fins exemplificativos de como o judiciário se apresenta diante dessas situações.

PALAVRAS-CHAVE

Poder Judiciário; Estado; Mínimo existencial; Reserva do Possível; Escolhas Trágicas.

¹ Graduanda em Direito pela UNIFTC. E-mail: biacazais@gmail.com

² Graduando em Direito pela UNIFTC. E-mail: sales.artilheiro@hotmail.com

³ Graduanda em Direito pela UNIFTC. E-mail: olivia_s98@hotmail.com

⁴ Mestrando em Economia Regional e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Professor de Direito. E-mail: acferreira1@uesc.br

ABSTRACT

Considering the current scenario in which it has been increasingly frequent the judicialization of the right to health against the State, more specifically those demands related to the provision of high-cost medicines and that most of these are not available on the list of the single health system (SUS), this study aims to analyze the position adopted by the judiciary facing these situations. Presenting the important differentiation between judicialization and judicial activism, since the increased discussion related to this subject. Still, showing important theories that guide the process of both parties is who is requiring the right or the State, and they are the existential minimum, the reserve of the possible and the tragic choices. Presenting the importance of understanding that we are dealing with infinite demands in front of finite resources, being important to go through the sieve of the judiciary for the maintenance of the economic order and isonomy. For the development of this article, important articles focused on the subject in thesis, doctrines, the law and judgments were used for exemplification purposes of how the judiciary presents itself before these situations.

KEYWORDS

Judicial Power; State; Existential Minimum; Reserve of the Possible; Tragic Choices.

1 INTRODUÇÃO

O setor judiciário, nos dias atuais, encontra-se superlotado com demandas judiciais que versam sobre a concessão de medicamentos e procedimentos relativos à saúde, eis que diariamente pessoas ingressam na justiça para poder exigir do Estado sua liberação.

Essa situação acontece porque determinados problemas de saúde possuem um tratamento solicitado pelos médicos, que apostam em sua maior eficácia para o combate da doença, porém nem sempre estão incorporados ao SUS (Sistema Único de Saúde). Na maioria dos casos, são pessoas com baixa renda, que não possuem condições financeiras para arcar com o custo de um medicamento, por exemplo, e buscam o amparo do Estado.

Diante disso, torna-se necessário analisar alguns fatores importantes, dentre eles a limitação do orçamento público para atender a todas as demandas judiciais, que solicitam liberação desses tratamentos, uma vez que os recursos do Estado são limitados e insuficientes para dar provimento a todos os pedidos.

Cabe ressaltar, também, que a saúde é um direito fundamental de todos e é dever do Estado garantir a proteção dela, por meio de políticas públicas e prestação de serviços à população. Além de ser um bem indispensável à vida e necessário à dignidade do ser humano.

É possível perceber, conforme descrito, o conflito entre dois princípios que respaldam o ordenamento jurídico pátrio, que são: o princípio do mínimo existencial, que impõe ao Estado o dever de proporcionar a todos o mínimo para se ter uma vida com dignidade, como é o caso da saúde. Por outro lado, há, também, o princípio da reserva do possível, que retrata as limitações financeiras do Estado em face de todas as necessidades da população, e as escolhas trágicas, sendo que muitas vezes é exigido por parte do Estado escolhas difíceis no qual exige que se abra mão de um direito ou política pública em detrimento de outros que para aquele presente momento se torna mais urgente.

Tendo isso em vista, este é o questionamento problema desta pesquisa: Por que o Direito à saúde, na perspectiva do fornecimento, de medicamentos necessita de judicialização para a sua concessão?

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral a análise da aplicabilidade do direito à saúde no Brasil diante de demandas ilimitadas e um Estado que possui recursos limitados. A fim de atingir o objetivo supracitado, consagram-se os seguintes objetivos específicos: explorar o direito à saúde e sua aplicação dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, o ativismo judicial e os seus limites diante da finitude de recursos; apresentar teorias fundamentais que regem os diversos processos judiciais entre o Estado e o particular que busca a satisfação do direito à saúde.

O fato de a sociedade não ter acesso aos embasamentos jurídicos que norteiam tais escolhas, desconhecer as pautas e os critérios que as definem gera indignação e ataques aos juristas que exercem seu papel conforme lhes foi designado, quando os pedidos não são concedidos. Por tal razão, é necessária a explanação de tal pesquisa, para que o conhecimento em massa possa restaurar o sentimento de justiça que muitos perderam.

Tendo em vista que o presente tema ainda é contraditório e gera divergentes contextualizações dentro do judiciário sobre a concessão ou não dos medicamentos, torna-se grande a relevância da apreciação acadêmica a respeito dele.

2 METODOLOGIA

O desenvolvimento deste artigo utilizou da metodologia qualitativa, de caráter explicativa. Para mais, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, a qual possibilitou a investigação e análise de materiais teóricos já existentes com ênfase em artigos, livros e leis.

A pesquisa bibliográfica é realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, sites. (FONSECA, 2002, p. 32)

Ainda fora utilizada a pesquisa documental, que conceitua Gil (2002) onde “vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que

ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa” (GIL, 2002, p.45).

Dessa forma, buscou-se as referências por meio de artigos, teses, livros e demais obras que perquiriam sobre a judicialização, o ativismo judicial, a saúde como um direito fundamental e recursos limitados do Estado.

Com o propósito de alcançar os objetivos a averiguou-se artigos, livros nos dados do Google Acadêmico, dos últimos dez anos, tempo este é justificado pelo aumento gradativo das discussões envolvendo esse tema cada vez mais no ambiente acadêmico, mediante os principais materiais teóricos avaliados pela plataforma a partir das seguintes palavras-chave: “Judicialização”; “Ativismo Judicial”; “Mínimo Existencial”; “Reserva do Possível”; “Orçamento Público”; “Escolhas Trágicas”.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante do cenário atual, tem sido cada vez mais almejado no judiciário demandas envolvendo o direito a saúde, mais especificamente, o requerimento para concessão de medicamentos, cujo custo possui valores estratosféricos, diante disso, será apresentado o porquê da necessidade da taxatividade dessas concessões, o motivo de ser necessária a intervenção do judiciário para tal situação.

Desde já, cabe enfatizar que as demandas envolvendo o direito à saúde são infinitas, porém o Estado possui recursos limitados, devido a tal motivo entra a importante função do judiciário para que o direito daquela pessoa não fique sem efetivação ou aparo, e ao mesmo tempo não ocorra à transgressão ao princípio da isonomia nem haja gastos exorbitantes para o Estado a fim de que não induza um colapso econômico. Cabe destacar a importância das teorias do mínimo existencial, reserva do possível e escolhas trágicas, pois elas permeiam os diversos processos judiciais quando existe uma relação jurídica envolvendo particular ou defensoria pública contra o Estado, sem contar que são as mesmas que norteiam os fundamentos jurídicos dos diversos processos existentes no que tange ao assunto em discussão.

3.1 Aplicabilidade do direito à saúde no Brasil

Com a redemocratização do país, intensificou-se o debate sobre o acesso à saúde. A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos fundamentais, estes que incluem garantias à saúde, justiça, e entre outros. Tais direitos, também chamados de sociais, buscam garantir o mínimo de bem-estar ao cidadão, considerados indispensáveis na promoção da dignidade humana.

Para Barroso (2011), “a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo

existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral” (BARROSO, 2011, p. 276).

Sobre a Constituição de 1988, Silva (1997) analisa que esta é a primeira vez que a Constituição designa ao Estado seus objetivos mais fundamentais, estes que consolidam a democracia econômica, social e cultural com a intenção de exercer a dignidade da pessoa humana.

A garantia ao acesso à saúde é considerada um direito de segunda geração dos direitos fundamentais, tratando-se de direito que exige a participação positiva estatal. Porém, não se limita apenas ao acesso igualitário, se estendendo as políticas sociais e econômicas que garantam o bem-estar do cidadão.

Nesse entendimento, para Silva (2009), os direitos sociais retratam a prestações positivas a serem disponibilizadas pelo Estado direta ou indiretamente, que possibilitem melhores condições de vida aos mais necessitados, com o propósito de incentivar a igualdade.

Para Sarmento (2000), a responsabilidade do Estado vai além do seu dever de não cometer atos que infrinjam a dignidade humana: este tem o dever de promover a dignidade por meio de condutas ativas, por exemplo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada pessoa em seu território.

Dessa forma, a Carta Magna traz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos seus essenciais princípios. Ainda assim, é possível verificar os artigos específicos em que se aborda o acesso à saúde, como o artigo 6º e o artigo 196º, este que garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado garantir seu acesso a partir de políticas públicas que tenham caráter preventivo (BRASIL, 1988).

Assim, antes da Constituição Federal de 1988, o acesso à saúde era restrito a uma pequena parcela da população, somente com a redemocratização e de movimentos como a Reforma Sanitária houve esforços para o direito à saúde ser incorporado à atual Constituição. Desse modo, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado atendendo os clamores sociais e foi consolidado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90.

A Lei nº 8.080/90 define os objetivos do Sistema Único de Saúde em seu artigo 5º que os elenca:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (BRASIL, 1990).

O SUS viabiliza a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), onde estão elencados os medicamentos que são oferecidos de

forma gratuita. Contudo, há casos em que existem medicamentos não presentes nessa lista, devido ao alto custo ou por ser recente no país, nessas situações as pessoas necessitantes desses medicamentos precisam entrar na justiça para que eles sejam concedidos.

Para que as premissas constitucionais sejam implementadas, a função do Poder Judiciário e a perspectiva de intervenção derivam e se justificam pelo dispositivo constitucional, que é garantia fundamental e instrumento de correção das políticas públicas para a preservação dos direitos dos cidadãos, seja individual ou coletiva.

O conceito de ativismo judicial vem justamente de uma maior participação do Judiciário para a efetivação do texto constitucional, cujo resultado será a interferência nos outros Poderes.

Barroso (2012) define o ativismo judicial como “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

Para Garapon (1998) “O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1998, p. 54)

Observa-se que não é meramente uma interpretação totalmente livre do magistrado, usando de fontes pouco conhecidas ou tendo o intuito de utilizar uma posição claramente pessoal. Trata-se de uma postura não convencional do direito positivo, tendo base principalmente no texto constitucional. Essa atitude, certamente, indica uma maior participação do Poder Judiciário na área dos outros Poderes, especialmente no Legislativo.

É interessante fazer a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização, sendo temas bastante discutidos na esfera acadêmica, apesar de serem similares, têm origens e métodos diferentes. O primeiro mostra mais uma escolha do Juiz, tomando suas decisões usando a Constituição Federal como fundamento para tal, sendo um método de interpretação positiva da CF/88, já o segundo aponta decisões tomados por aqueles que não foram escolhidos tal papel, se dando pela omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. O ativismo se caracteriza mais por uma ação e a judicialização de uma circunstância factual.

Há inúmeros argumentos contra o ativismo judicial e o controle do Poder Judiciário das políticas públicas e do orçamento público.

Barcellos (2008) preceitua três grupos as críticas ao ativismo judicial, o primeiro sendo relacionada a teoria da Constituição, questionando a possível interferência do Judiciário em questões reservadas aos outros Poderes, gerando um desequilíbrio. O segundo se refere às críticas de natureza filosófica, estas que são baseadas na premissa de que os juristas e juízes tomariam melhores decisões que os agentes públicos em matérias públicas, o que soa arrogante e paternalista, além de poder violar um dos fundamentos básicos do Estado, onde todos teriam a mesma força de opinião no cenário político. O terceiro é

relacionado ao fato de que os juristas e os juizes não se encontram a par de toda situação estatal, os juizes trabalham com casos concretos, ignoram outros aspectos relevantes como as necessidades que demandam o gerenciamento de recursos limitados do Estado.

Para Barroso (2012) há três principais críticas a respeito do ativismo judicial, o risco para legitimidade da democracia, visto que os membros do Poder Judiciário não são agentes eleitos, porém exercem um poder político, podendo invalidar ações dos outros Poderes. A segunda seria o fundamento normativo, pelo fato de a atribuição vir da Constituição, e, portanto, o Supremo Tribunal Federal agiria de forma imparcial e desprovido de vontade política, realizando a vontade do povo pelo intermédio das leis. Contudo, o próprio autor adverte que tal declaração deve ser aceita com cautela, já que os juizes e tribunais não exercem funcionamento puramente mecânico. A terceira é pelo fundamento filosófico de que a Constituição não defende apenas o princípio majoritário, mas também os direitos fundamentais, mesmo que seja contra a vontade do detentor da maioria dos votos, o último interprete da Constituição é o Supremo Tribunal.

Assim, Barroso ainda dispõe:

O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário” e conclui “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2012, p.16).

Scaff destaca as decorrências negativas de decisões judiciais que determinam o imediato desembolso financeiro por parte do Estado:

Esta, a meu ver, é a pior fórmula que existe, pois destrói a possibilidade de planejamento financeiro público, e solapa a capacidade organizacional de qualquer governo. A alocação das verbas passa a ser determinada de forma pontual pelo Poder Judiciário, através de decisões individualizadas ou grupais, e não de forma global, como só pode ser feito através de normas – leis, decretos, portarias e outros atos similares que compõem aquilo que se convencionou chamar de 'política pública', que não se esgota em um único ato normativo, mas se configura na disposição organizada e coordenada de em um conjunto deles. (SCAFF, 2008, p.160-161).

Dessa forma, o Poder Judiciário possui a legitimidade de interferir nas ações do Estado como meio para efetivação da dignidade da pessoa humana, observa-se, porém, a necessidade de harmonia entre os Três Poderes visto que o ente estatal não possui recursos financeiros suficientes para suprir todos os gastos extraordinários.

3.2 Teorias e princípios utilizados nos processos judiciais para a concessão de fornecimento de medicações

A saúde é de responsabilidade do Estado, que deve atuar como garantidor de políticas públicas e ações sociais, voltadas a assegurar o oferecimento de meios para que a população possa usufruir de serviços que tornem possível ter a saúde equilibrada e ter acesso aos mecanismos necessários para isso, a fim de entregar a eficácia dessa garantia constitucional, conforme previsão no artigo 196 da CF/88.

O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal da República, e a seu respeito versa um princípio muito importante chamado mínimo existencial, que norteia o setor judiciário nas decisões dessa natureza.

O princípio Mínimo Existencial aborda os direitos fundamentais à vida que são assegurados pela Constituição, constituindo o mínimo necessário para uma vida com dignidade. A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e pretende garantir às pessoas um mínimo existencial, assegurando a elas seus direitos básicos e necessários, dentre eles, a saúde. Dessa maneira, é possível relacionar o princípio supramencionado às responsabilidades do poder público, no sentido de que as prioridades estatais não podem ser unicamente políticas, eis que o Estado precisa escolher sobrepondo as pessoas, não devendo se abster de garantir um direito assegurado na CF/88.

Todos possuem o direito de desfrutar dos recursos necessários para uma vida com qualidade, mas grande parte da população brasileira não possui condições financeiras para arcar com despesas básicas para manutenção da saúde. Por essa razão muitos ingressam com ações judiciais para poder mobilizar o Estado a fornecer medicamentos, tratamentos e cirurgias essenciais, para sobrevivência ou qualidade de vida.

Por essa razão, o judiciário encontra-se sobrecarregado de pedidos que versam sobre a concessão de medicamentos, que geralmente possuem um alto custo e não são ofertados pelo SUS (sistema único de saúde). Nesse sentido, afirma SCHWARTZ (2004): “Uma atuação intensa do poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais deve ser entendida como critério decisório a embasar a dinâmica autopoietica e organizacional do sistema jurídico” (SCHWARTZ, 2004, p.131).

Ou seja, na deliberação de medicamentos requeridos por meio de ações judiciais torna-se necessário que a decisão judicial concretize o que a lei garante a toda a população, o mínimo necessário à vida com dignidade, a saúde.

Desse modo, como entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, o fornecimento desses medicamentos, pleiteados em ações

judiciais, apenas concretizaria o que a lei prevê como direito de fundamental na CF (BRASIL, 2017).

A teoria da reserva do possível incorporou-se às decisões judiciais brasileiras e também em outros países, embora não tenha sido bem recepcionada por todos, dividindo opiniões no campo jurídico, levando muitos a crer que a respectiva teoria limita a concretização de prestações constitucionais e dá ao Estado efetivo poder de se isentar das obrigações legalmente a ele impostas.

Contudo, o princípio da reserva do possível, que se alude à fundamentação sobre os gastos com o orçamento público, a verba destinada a cada setor da administração do Estado, como a educação, infraestrutura, esporte, cultura e os investimentos com a saúde.

Esse princípio é categórico no judiciário pois é necessário antes de cada tomada de decisão ponderar se o Estado pode arcar com custos não programados, sem que isso interfira em outras áreas, que também são essenciais à administração pública.

Visto que a anuência de quaisquer direitos designa a disponibilização de valores dos cofres públicos, independentemente de sua categoria. Como são diversas as necessidades essenciais à vida e elevado o número de pessoas que precisam dessas prestações com urgência, é necessário atentar as limitações do orçamento público para poder atender a todas as demandas.

Quando se é feita a avaliação para verificar se é possível ou não atender ao pagamento de determinada demanda, é preciso ponderar se há valores disponíveis não apenas para a demanda em questão, mas também, para todas as outras causas idênticas, do mesmo interesse, ainda que se trate de cidadãos que não acionaram o judiciário para obter tal prestação, sob pena de lesar o princípio da igualdade.

Visto que não seria correto prestigiar uma pessoa com prestação do pedido judicial e não disponibilizar o mesmo para outros na mesma situação, ou seja, ao do provimento a um pedido jurisdicional, o mesmo deve ser aplicado a todos os outros de igual situação. Por essa razão é importante ponderar a utilização da teoria da Reserva do Possível nas decisões judiciais.

É importante a observância entre Constituição jurídica e a realidade político-social, essas vertentes não podem ser analisadas de maneira isolada, para evitar extremismos de um princípio em detrimento a outro, levando sempre, em consideração o caso concreto, na busca de adequar a norma a realidade do cidadão.

Conforme entendimento do ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, a respeito do fornecimento de medicamentos com custos exorbitantes: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas” (BRASIL, 2017).

Por isso, ele estabeleceu cinco requisitos que devem ser obedecidos, durante para fundamentação da decisão sobre deferimentos de medicamentos, além de enfatizar a necessidade de negociações entre o poder judiciário, pessoas ou entidades com conhecimento técnico na área da saúde, como exemplo a ANVISA e a CONITEC. Segue abaixo listada as condições impostas pelo ministro, veiculadas no portal do Supremo Tribunal Federal (STF):

Incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo. (BRASIL, 2017).

Ao estabelecer esses requisitos, em face de um recurso extraordinário, desprovido, sobre concessão de medicamentos de alto custo, o ministro ainda firmou o entendimento de repercussão geral “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos” (BRASIL, 2017).

Para que um novo medicamento, procedimentos terapêuticos ou qualquer meio que seja utilizado em prol da saúde pública, seja incorporado ao SUS, modificado ou até mesmo excluído, ele passa pelo órgão responsável por essas escolhas, conhecido como CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde).

Ele é assistido pela DGITIS (Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde), departamento do ministério da saúde que realiza as avaliações, com base na lei, para elaborar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) esses documentos estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento indicado, com os medicamentos e outro protocolos adequados, quando necessários; as posologias indicadas; e as modalidades de controle clínico; bem como, o acompanhamento e a apuração dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Essas escolhas, devem se basear em evidências científicas, sempre considerando o critério base que é o custo-efetividade desses tratamentos e tecnologias recomendadas.

O estudo envolvendo as escolhas trágicas permeia durante o tempo, estando presente desde a antiguidade, mais precisamente introduzida pelos gregos, sendo estudada por muitos filósofos dentre eles é possível citar o exemplo de Aristóteles. Quando se trata de uma situação de abundância as possibilidades de escolhas tendem a se multiplicar, porém diante de uma

situação de escassez, essas possibilidades diminuem, devido a isso, eleva as chances da necessidade de se utilizar das escolhas trágicas.

Aristóteles lança mão dos conflitos éticos e morais na efetivação dessas escolhas dado que elas não se devem pautar em sentimentos, mas não é isso que se vê cotidianamente. Em toda a história, inclusive nas próprias tragédias gregas, é comum ver decisões baseadas em sentimentos. Essas escolhas trágicas, decididas pela emoção, despertam consequências muito mais difíceis de serem resolvidas (SANTOS, 2015, p.73).

Após esse momento inicial, a teoria das escolhas trágicas ficou de fato consagrada pela obra de Calabresi e Bobbitt com o nome de *Tragic Choices* (SCAFF, 2018). No Brasil, recentemente esse assunto é tema de estudo do professor Scaff, sendo escolhido como tema da tese de doutorado, por meio do qual apresenta o conceito de “orçamento republicano”. De acordo com o Scaff (2018) é considerado um orçamento como republicano, quando é arrecadado mais de quem possui mais riquezas. Contudo, no presente momento devido às despesas públicas e os diversos endividamentos ocasionados pela corrupção no país, a realidade aparenta viver um pouco distante do que está descrito nesse conceito apresentado pelo docente, afinal, no dia a dia, as coisas são mais complexas do que os exemplos que são expostos de forma didática.

É importante entender que quando se discute o ato de escolha para efetivação de um direito, com certeza vai ter custo, ou seja, quanto mais direitos são concedidos por um Estado mais despesas são geradas. Até mesmo os direitos negativos têm custos (TROTTE, 2012). Para que sejam assegurados esses direitos a Administração pública precisa de fonte de receita, e isso se dá mediante arrecadação de tributos, com a geração do respectivo fato gerador, o cidadão que agora na figura de contribuinte, deve pagar os tributos para ter seus direitos efetivados. Isso dá claramente o entendimento que os direitos fundamentais por meio de receitas fiscais são considerados bens públicos. (TROTTE, 2012).

Quanto ao momento das escolhas difíceis, no caso concreto, exige bastante equilíbrio por parte de quem for fazê-las, pois gera um conflito entre as necessidades reais na prestação da saúde, medicamentos como diversas outras políticas públicas e a carência de existente muitas vezes na alocação de recursos financeiros, afinal, enquanto as despesas são infinitas, os recursos são finitos:

A teoria das escolhas trágicas se define justamente pelo estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p.255 *Apud* TROTTE, 2012, p.10).

Uma coisa é possível compreender até então, que quando existem vários direitos a serem tutelados e escassez de recursos, haverá em conjunto a necessidade dessas escolhas trágicas onde uma pessoa ou um grupo de pessoas serão priorizados em detrimento de outros, ao menos naquele momento.

Quando se trata do assunto envolvendo a judicialização do direito a saúde e a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos, é possível falar de um dos assuntos mais discutidos no poder judiciário, inclusive nos tribunais superiores. Acontece que por vezes as cortes não têm olhado o lado da Administração pública. Existe uma enorme demanda envolvendo as mais diversas áreas quando o assunto é política pública, em destaque quando abarcam a área da saúde. “Se existe a delimitação orçamentária direcionada à saúde, existe limitação de efetivação de políticas na área e também atendimento às demandas” (SANTOS, 2015, p.125).

Diante de alguns posicionamentos adotados pelo Poder Judiciário, induz a entender que para estes os recursos são infinitos. Mediante a isso, é possível fazer a seguinte reflexão:

Como seria se todas as pessoas procurarem o judiciário para garantir o cumprimento dos direitos previstos constitucionalmente, tem o Estado que os efetivar a qualquer custo, ainda que não tenha recursos necessários para tanto? Isso significa que, apesar dos Ministros reconhecerem que os recursos públicos são limitados, não pode o Estado alegar esta finitude para deixar de prover direitos fundamentais. Isso parece um contrassenso. (SANTOS, 2015, p.125).

Percebe-se que o Supremo bem como o poder judiciário no sentido geral tende em utilizar a obrigatoriedade de observância ao direito fundamental a qualquer custo, seja na área da saúde ou também em outras diversas esferas no que tange ao assunto envolvendo as políticas públicas (SANTOS, 2015). Porém quando se conecta os conceitos de reserva do possível e a teoria das escolhas trágicas, é provável chegar à conclusão de que existem recursos escassos para atingir objetivos ilimitados, são necessidades infinitas para um capital finito.

Para fins de exemplificação, é importante citar o processo de número: 0816999-13.2021.4.05.8300, proposto na 12ª vara da seção judiciária de Pernambuco, em que é requerido em favor de uma criança um medicamento que custa dois milhões de dólares (equivalente a doze milhões de reais), ou seja, não haveria receita pública que consiga custear tantas despesas para o Estado, possibilitando um conflito social, um claro induzimento a transgressão do princípio da Isonomia, pois, se sempre que surgissem necessidades individuais como a que fora apresentado no julgado supracitado, e essas carências forem concedidas, por certo ocasionaria um colapso econômico.

Um dos grandes objetivos para que ocorra essa taxatividade no fornecimento das políticas públicas relacionados ao direito a saúde, mais especificamente na concessão de medicamentos com valores estratosféricos, é a manutenção da isonomia entre os cidadãos e o controle dos casos que são apresentados perante a justiça analisando e definindo cada um mediante a sua gravidade.

Esses critérios comprovam e reiteram a importância do que fora afirmado anteriormente sobre a necessidade de uma análise taxativa dos casos que chegam perante o poder judiciário, e mais importante de tudo, a necessidade de entender que os recursos financeiros do Estado são limitados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa visa estimular aos leitores seja eles dentro do próprio âmbito acadêmico ou social, sobre a importância e a necessidade de compreender que, por mais que exista o direito à saúde, mais precisamente voltado ao fornecimento dos medicamentos de alto custo previstos na Carta Magna bem como nas legislações infraconstitucionais, o Estado possui recursos limitados, sendo assim o mesmo fica impossibilitado de amparar a todos os que buscam os seus direitos.

A partir desta primeira indagação surgem dois pontos importantes na pesquisa. Primeiro, a importância de em alguns casos haver a manifestação do judiciário saindo este da inércia intervindo na demanda como ocorre no caso disposto no processo de número: 0816999-13.2021.4.05.8300, proposto na 12ª vara da seção judiciária de Pernambuco, em que é requerido em favor de uma criança um medicamento que custa dois milhões de dólares (equivalente a doze milhões de reais). Veja que em casos semelhantes é nítida a necessidade da intervenção do judiciário objetivando uma solução justa para ambas as partes. No bojo do artigo existe a preocupação em apresentar a diferença básica entre judicialização e ativismo judicial para que não ocorra equívoco na utilização dos termos apresentados. O segundo ponto, referente às principais teorias que permeiam em todos os processos que envolvem demandas sinônimas, sendo que tais teorias vão nortear os fundamentos a serem apresentados pelas partes, são eles o mínimo existencial, a reserva do possível, e as escolhas trágicas.

O artigo teve como objetivo geral a análise da aplicabilidade do direito à saúde no Brasil diante de demandas ilimitadas e um Estado que possui recursos limitados. Desde já cumpre-se ressaltar que, para a satisfação do presente objetivo requer um pouco mais de tempo e aprofundamento sobre o tema, pois o mesmo tem sido bastante repercutido e constantemente aparece diversas atualizações voltados para o assunto, mas, foi possível responder várias dúvidas que podem por ventura surgirem seja para os acadêmicos

durante os estudos ou em se tratando da sociedade, é possível chegar a uma compreensão sobre o tema após a leitura do artigo.

Para se atingir a compreensão sobre o assunto foi levantado dois objetivos específicos: explorar o direito à saúde e sua aplicação dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, o ativismo judicial e os seus limites diante da finitude de recursos; e, apresentar as teorias fundamentais que regem os diversos processos judiciais entre o Estado e o particular que busca a satisfação do direito à saúde. Tais objetivos foram devidamente apresentados e alcançados.

Como sugestão de futuras pesquisas acadêmicas sobre o presente tema, sugere-se abordar teorias sobre relevância que as mídias sociais têm as respeito das decisões judiciais, envolvendo a saúde, mesmo ciente de todos os requisitos para a concessão da prestação jurisdicional de medicamentos, algumas decisões são tomadas correspondendo ao apelo social que geram grandes mobilizações sociais nas mídias, e também uma visão da reserva do possível no que tange a limitação financeira do Estado e o processo coletivo como possível solução para resolver processos semelhantes envolvendo a concessão de medicamentos com preços estratosféricos.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Ricardo Grilli Figueiredo. **Direito ao mínimo existencial e o ativismo judicial**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012. Disponível no sítio eletrônico http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL (1990). Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 10 nov. 2022

BRASIL. Justiça Federal de primeiro grau da 5ª região, subseção judiciária de Pernambuco. **Decisão. Nº: 0816999-13.2021.4.05.8300**. 12ª vara federal. Juíza Federal: Joana Carolina Lins Pereira. Decisão: 18 de Setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-medicamento1.pdf>. Acesso em 14 Nov. 2022.

DURAN, E. A. dos S. ; GUENA, R. S. de O. . (2020). O Ativismo Judicial e a proteção do direito à saúde: Limites impostos pela reserva do possível e o dever de licitação pelo Estado. **Anais do Fórum de Iniciação Científica do UNIFUNEC**, Santa Fé do Sul (SP), v.11, n.11, 2020. ISSN: 2318-745X.

FONSECA, Claudia de Oliveira. A concretização dos direitos sociais: o mínimo existencial e a reserva do possível em face do princípio da dignidade da pessoa humana. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, [S. l.], v. 10, n. 14, 2014. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2002>.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GARAPON, A. **O Guardador de promessas: justiça e democracia**. Instituto Piaget, 1998. p. 54

GIL, A. C. **Com o elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo, SP: Atlas, 2002

LIMA, Raissa Cristina Ferreira de. **Responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos como forma de garantir o direito à vida e à saúde**. Monografia. Universidade de Federal de Campina Grande, 2018.

MONTEIRO, Jordayne Lima. **Fornecimento de medicamentos de alto custo ou sem registro e a discussão sobre a possível responsabilidade civil estatal**. 2018. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida, ASCES-UNITA, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SANTOS, Talita. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. Dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Federal da Bahia. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/17781>. Acesso em: 29 Set. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161

SCAFF, Fernando. **Você nem sabe, mas vive entre reserva do possível e as escolhas trágicas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas?imprimir=1>, 2018. Acesso em: 24 Set. 2022.

SILVA, Ísis de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A conceituação da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: Reflexões para a concretização da desjudicialização. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, 2018. ISSN: 23172622.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de direito administrativo, n. 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Maria Jéssica da. **Do direito fundamental à saúde e da inexecução das políticas públicas sob o argumento da reserva do possível**. Monografia. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Faculdade ASCES de Caruaru, 2016. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/225>.

TROTTE, Natalia. **Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde**. 2012. Artigo científico de conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/NataliaBodsteinTrotte.pdf. Acesso em: 18 Set. 2022.

SCHWARTZ, Barry. **O paradoxo da escolha**. Harper Perennial, Estados Unidos, 2004.

BRASIL (Supremo Tribunal Federal) **Recurso Extraordinário nº 566.471-RN**. 2017, Relator ministro Marco Aurélio. Voto do ministro Luiz Roberto Barroso, sobre recurso para fornecimento de medicamento de alto custo não fornecido pelo SUS. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 12 de outubro de 2022.