VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RENATA CAPRIOLLI ZOCATELLI QUEIROZ

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Iara Pereira Ribeiro; Janaína Machado Sturza; Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-732-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema "Direito e Políticas Públicas na era digital". Como de costume, o Encontro Virtual do CONPE-DI promoveu uma ampla integração acadêmica, com a participação de pesquisadores de todas as regiões do país e do exterior.

Neste cenário, o GT Direito e Saúde contou com trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas à saúde. Foram 24 trabalhos apresentados por pesquisadores de diferentes partes do Brasil – consolidan-do o quê tradicionalmente vem acontecendo neste GT: discussões e reflexões vislumbrando a saúde como direito universal diante de grandes desafios, com desdobramentos, avanços e retro-cessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e equitativo.

Para tanto, o GT foi organizado em 4 blocos de apresentação, no sentido de equalizar os debates. No primeiro bloco foram apresentados 6 artigos, dentre os quais: "A SAÚDE PÚBLI-CA FRENTE A FRATERNIDADE E O BIOTERRORISMO: DA GOVERNAMENTALIDADE BIOPOLÍTICA DA POPULAÇÃO AO DISCIPLINAMENTO /CONTROLE DOS CORPOS PELA SOFISTICAÇÃO DA GUERRA", de autoria de Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini, o qual teve objetivo fomentar uma reflexão acerca da compreensão da saúde pública enquanto um bem comum da humanidade, frente a temática do bioterrorismo como tecnologia bélica de poder no âmbito da utilização de armas biológicas como escolha de guer-ra. O segundo artigo, intitulado "SAÚDE E GÊNERO: A DINÂMICA IDENTITÁRIA DAS MULHERES TRANSMIGRANTES SOB AS LENTES TRANSDICIPLINARES DA FRATER-NIDADE", de autoria de Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, o qual buscou anali-sar o fenômeno do acesso à saúde e a feminização das transmigrações que articulam uma diás-pora de precariedade ao longo do percurso transmigratório, fragmentando a potência existencial feminina e cambiando identidades. O próximo trabalho, "A INSEGURANÇA JURÍDICA CAU-SADA NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", de autoria de José Adelar de Moraes, teve por

objetivo analisar a Competência da União, dos estados e dos Municípios, ante a tese firmada no Tema 793. Já o trabalho “A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL”, de autoria de Horácio Monteschio e João Marcos Lisboa Feliciano, objetivou examinar e estudar as disposições normativas concernentes à saúde como direito fundamental e humano, em especial e prioritariamente para aqueles indivíduos em formação, como as crian-ças e os adolescentes. O penúltimo texto do bloco, “APONTAMENTOS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NO SUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA REGULATÓRIA EM PROL DO DIREITO À SAÚDE”, de autoria de Mikaele dos Santos e Ale-jandro Martins Vargas Gomez, buscou demonstrar a viabilidade do uso da atividade privada, a partir de um modelo de regulação estatal levado a sério na terceirização de serviços de especia-lidades médicas no SUS, para a expansão do acesso ao direito à saúde. Por fim, o último texto apresentado neste primeiro bloco, “AS CÂMARAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NA GESTÃO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SA-ÚDE”, de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Aline Ouriques Freire Fernandes e Gus-tavo Erlo analisou o papel desempenhado pelas Câmaras Públicas de Conciliação na resolução consensual de conflitos na área da saúde envolvendo cidadãos e a Administração Pública.

O segundo bloco contou com a discussão de diversos temas atuais e relevantes, iniciou-se pela apresentação do artigo “BIG DATA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE EM 2022, O ANO EM QUE FINGIMOQUE A PANDEMIA ACABOU, dos autores Carlos Alterto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padinha Xavier, o qual abordou a aná-lise do uso de big data e o tratamento de dados pessoais de pessoas doentes demonstrando que a criação e o uso da big data é uma importante ferramenta a ser validada pelo direito. Na sequên-cia, foi apresentado o artigo “CÉLULAS-TRONCO A LEI DE BIOSSEGURANÇA: PREJUÍ-ZOS OU BENEF;ICIOS PAR AO FOMENTO DA SAÚDE PÚBLICA?, de autoria de Juliana de Andrade e Ana Soares Guidas, o qual teve como objetivo conhecer o uso das células tronco na saúde pública analisando sua importância, chegando a conclusão que e a pesquisa e uso de célu-las-tronco na saúde pública deve centrar-se na necessidade e legitimidade em prol da vida e da saúde. Em seguida o artigo “CONSEQUÊNCUAS DE O DIREITO À SAUDE SER UM DIREI-TO HUMANO E FUNDAMENTAL”, dos autores Danilo de Oliveira, Carol de Oliveira Abud e Marcelo Lamy apresentou a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais concluindo que os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária. Os autores Dandara Trentin Demiranda, Vitor Prestes Olinto e José Ricardo Cartano Costa, autores do artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE? DEBATES SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO A PARTIR DA

ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO, o qual abordou sobre a importância do SUS e compreender de que modo as restrições orçamentárias podem afetar a efetivação do direito fundamental à saú-de. O penúltimo trabalho apresentado neste bloco foi o artigo “DIREITOS HUMANOS, DIREI-TO À VIDA E À SAÚDE. BASES REFLEXIVAS PARA O DEBATE DO CONTROLE SOCIAL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria Luciano Mamede De Freitas Junior , Cas-sius Guimaraes Chai, que demonstrou que as normas constitucionais e infraconstitucionais são importantes ferramentas jurídicas na garantia da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde, nas quais a partici-pação da sociedade na definição da alocação dos recursos destinados às políticas sociais, prio-rizando o direito social à saúde, configurando-se condição fundamental para a garantia do direi-to à vida. Por fim, o artigo ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SA-ÚDE, de autoria de Janaina Mendes Barros De Lima, introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discus-são em torno do processo do ECI.

O terceiro bloco foi iniciada com a análise do caso concreto do Estado da Bahia, “GAS-TOS COM SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA 2015-2019: DIREITO SOCIAL AMEAÇADO”, dos autores Bruno Gil de Carvalho Lima , Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, o qual con-cluiu que a saúde não ficou imune a contingenciamentos e desvinculações de rubricas, que o investimento por habitante não cresceu na proporção das necessidades, que tem havido uma prevalência dos repasses a prestadores privados à custa do sacrifício dos serviços próprios, com metas e objetivos não atingidos nos planos e pactos de saúde. Na sequência o artigo "GORDO-FOBIA- OS CORPOS OBESOS E UMA HERMENÊUTICA ATENDA AOS DIREITOS FUN-DAMENTAIS”, dos autores Tais Martins , Andréa Arruda Vaz , Sérgio Czajkowski Jr, apontou que a obesidade e a saúde são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas herme-nêuticas. A saúde e o bem-estar devem corporificar a centralidade dos debates. A proteção dos dados pessoais não ficou de fora da discussão do GT, o artigo “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA MEDICINA VETERINÁRIA”, das autoras deixou claro que é necessário que os profissionais da Medicina Veterinária adotem medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados, como a criptografia e o controle de acesso e que, nos casos de vazamen-to, o profissional deve comunicar imediatamente as autoridades competentes e os titulares dos dados afetados. O trabalho seguinte, “MARCOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA SAÚDE: SAÚDE INDIVIDUAL, SAÚDE SOCIAL, SAÚDE AMBIENTAL E SAÚDE SOCIOAMBIEN-TAL”, dos autores Carol de Oliveira Abud , Danilo de Oliveira , Marcelo Lamy, evidenciou que ao conceituar saúde não se evidencia uma distinção radical entre os conceitos estabelecidos em cada tempo histórico. O combate à COVID 19 foi o assunto

abordado pelos Antonio Ricardo Surita dos Santos , Victor Hugo Tejerina Velázquez no artigo intitulado “O COMBATE À CO-VID-19 NAS VISÕES DO UTILITARISMO E DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS”, que demonstrou que o Utilitarismo e a Teoria de Justiça de John Rawls (justiça como equidade) apresentam respostas distintas para tal conflito, o primeiro privilegiando a satisfação da maio-ria em detrimento da minoria e a segunda destacando a importância dos interesses da minoria mais desprotegida. Finalizando, o último artigo do bloco três, “O DIREITO DIGITAL E O ACESSO À SAÚDE”, dos autores Joice Cristina de Paula , Lara Paulina Cedro Fraga , Thiago Silva Da Fonseca ressaltou a relevância da abordagem desta temática para melhor reflexão so-bre a relevância da utilização dos meus tecnológicos para efetivação do direito à saúde junta-mente com a necessidade de proteção dos dados dos usuários.

Por fim, no quarto e último bloco, o artigo “O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚ-DE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595”, de Urá Lo-bato Martins, os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No artigo “O NECESSÁ-RIO IMPLEMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE”, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Augusto Checue Chaimite se debruçam sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a criação, promoção, imple-mentação, proteção e execução de políticas públicas de saúde em um país periférico e de mo-dernidade tardia como Moçambique. O artigo “OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JU-DICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MIDIÁTICO” de Janaina Mendes Bar-ros De Lima e Ranivia Maria Albuquerque Araújo enfatiza a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são porta-dores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. O autor Orlando Oli-veira Da Nóbrega Junior no artigo “OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍ-TIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA” analisa a jurisprudência baiana que sistematicamente tem negado o tratamento em reprodução assistida com fundamento apenas no Recurso repetitivo do STJ e no Enunciado 20 do TJ/BA. A atuação do profissional médico em redes sociais de forma não individualizada tema do artigo “RES-PONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO AMBIENTE DIGITAL: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE ORIENTAÇÕES DE SAÚDE NO AMBIENTE DIGITAL” de Camila Braga da Cunha que se detém na distinção entre conteúdo educativo e indicação de procedimento terapêutica para identificar a ilicitude de conduta que enseja res-ponsabilidade civil. O dever da administração pública de publicizar dados epidemiológicos

foi demonstrado no artigo “SINDEMIA DE SARS-COV-2, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO COMPROMISSÓRIO E SOCIAL NAS ADPFS 690, 691 E 69”2 de Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro e Leandro Cavalcante Lima.

Portanto, é possível perceber que o GT Direito e Saúde vêm contribuindo não somente para os debates acadêmicos à partir de suas diferentes abordagens, mas também representa uma grande possibilidade de contribuição para a consolidação e efetivação do direito à saúde como um direito universal e equitativo.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Iara Pereira Ribeiro – USP

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Faculdades Londrina

OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MIDIÁTICO

THE COSTS OF SOCIAL RIGHTS, THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE MEDIA APPEAL

Janaina Mendes Barros De Lima
Ranivia maria Albuquerque Araújo

Resumo

Analisa-se as gerações de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, com ênfase nos direitos sociais, enfatizando sobre a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são portadores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. Identificou-se que a necessidade de judicialização para o acesso à saúde tem sido crescente, possibilitando que o Poder Judiciário realize a função imprópria de legislar, mesmo que a Carta Magna e a legislação infraconstitucional já indiquem a necessidade de efetivação dos direitos sociais. Tem-se como objetivo principal analisar os direitos sociais constitucionalmente previstos, principalmente o direito à saúde, visando identificar os aspectos que possam assegurar aos sujeitos a dignidade da pessoa humana, mesmo que, para isso, sejam realizadas realocações de recursos e judicialização em massa. O estudo ora em análise é bibliográfico e documental, possuindo abordagem qualitativa, com objetivos meramente exploratórios. Finalmente, o artigo é descritivo-analítico e possui finalidade básica.

Palavras-chave: Direitos sociais, Judicialização da saúde, Políticas públicas, Populismo midiático, Mínimo existencial, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The generations of fundamental rights provided in the Federal Constitution of 1988 are analyzed, with an emphasis on social rights, emphasizing the need to implement the right to access to health and life, especially with regard to patients with severe disabilities and bottle of high-cost drugs. It was identified that the need for judicialization for access to health has been growing, allowing the Judiciary to carry out the improper function of legislating, even if the Magna Carta and the infraconstitutional legislation already indicate the need to enforce social rights. The main objective is to analyze the constitutionally provided social rights, especially the right to health, seeking to identify the aspects that can ensure human rights to the permanence of the human person, even if, for this, reallocations of resources and mass judicialization are carried out. . The study under analysis is bibliographical and documentary, with a qualitative approach, with merely exploratory objectives. Finally, the article is descriptive-analytical and has a basic purpose.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Judicialization of health, Public policy, Media populism, Existential minimum, Reservation of the possible

1. INTRODUÇÃO

No cenário de Estado Democrático de Direito, foi possível ver a solidificação de direitos, principalmente através das gerações de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações. Os referidos direitos possuem prestações positivas e negativas, prezando pelo bem-estar social, sendo claro que, em ambos os casos, cada direito possui um custo. A partir disso, os custos dos direitos passaram a gerar os mais diversos debates, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais de caráter prestacional; no caso ora em análise, deu-se ênfase no direito à saúde, que deve ser concretizado através da realização de políticas públicas.

Ocorre que o referido direito à saúde tem sido alvo de grandes debates envolvendo a crescente judicialização dos direitos, tendo em vista que os sujeitos, quando têm prestações negadas pelo Estado, buscam reparação frente ao Poder Judiciário, visando ter o direito (que é constitucionalmente previsto) sendo materializado. A partir disso, surgem as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, levando em consideração, ainda a teoria da racionalidade, compreendendo que o orçamento público não é ilimitado, ao contrário das necessidades humanas.

Destaca-se, ainda, sobre as limitações do Poder Judiciário em sua atuação, até mesmo nos casos onde se pleiteiam direitos tão básicos, como vida e saúde, destacando, inclusive, limites impostos pela própria legislação processual, para que as decisões finais possam ser consideradas como constitucionalmente adequadas e, consequentemente, possuírem validade. Isso porque não se almeja, em nenhum momento, que os magistrados sejam guiados pelo populismo midiático criado ao redor de situações tão delicadas como o acesso à saúde, bem como, também é vedado que os doutos julgadores levem em consideração as emoções em seus julgamentos; as decisões judiciais devem possuir fundamentação legal e racional, até mesmo nos casos que levem em consideração a vida dos sujeitos e o acesso à saúde, sob pena de invalidação da decisão.

Verifica-se, também, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos casos da judicialização da saúde, deixando claro que o Estado não pode e nem deve se utilizar do argumento da escassez de recursos para se escusar de cumprir o que está previsto na Lei Maior da nação, bem como, nas legislações infraconstitucionais, restando incontroverso a existência de um grande paradoxo quando da aplicação da lei em casos concretos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A TEORIA DO CUSTO DOS DIREITOS

De acordo com Silva (2005, p. 546-547) os Direitos Fundamentais de Primeira Geração buscavam liberdade pública, tendo como foco os direitos civis e políticos e tinham como objetivo principal impor limitações ao Estado, exigindo uma abstenção deste. Foi marcado por visar um fim ao absolutismo estatal, já que se o sujeito adquirisse liberdade, o Estado estaria impedido de interferir em diversos pontos da vida privada do cidadão.

Nessa fase, o poder estatal era tido como opressor, então os direitos fundamentais vieram assegurar direitos de defesa (liberdade de expressão, religiosa, de associação e de imprensa) bem como direitos individuais e políticos (SILVA, 2015, P. 547). Após isso, vieram os direitos fundamentais de segunda geração e, ao contrário dos de primeira geração, vieram de maneira positiva, isto é, enquanto os de primeira geração buscavam abstenção e limitação do Estado, os de segunda exigiam uma interferência estatal, visando reduzir as desigualdades sociais e buscando não apenas uma igualdade formal, mas também, material (JÚNIOR, 2012, P.571-572).

Silva (2012, p.2), destaca que por se tratar de uma geração que buscava igualdade, tendo como principal foco os direitos sociais, econômicos e culturais, era almejado que o Estado interviesse na sociedade como um todo para minimizar ao máximo a desigualdade. Isto se deu por meio de prestações voltadas a determinados grupos, assegurando, por exemplo, a prestação social do trabalho, direito à saúde e à educação. Senão, veja-se:

> Seriam os Direitos da Igualdade, no qual estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura, etc. Essa geração dominou o século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. São direitos objetivos, pois conduzem os indivíduos sem condições de ascender aos conteúdos dos direitos através de mecanismos e da intervenção do Estado. Pedem a igualdade material, através da intervenção positiva do Estado, para sua concretização. Vinculam-se às chamadas "liberdades positivas", exigindo uma conduta positiva do Estado, pela busca do bem-estar social. (SILVA, 2012, P.4)

Contudo, Alexy (1994, p. 454) cuida em salientar que quem dispõe de recursos suficientes, não necessita da utilização de alguns direitos socias (saúde, educação, lazer e moradia), ou seja, conseguem prover sem que o Estado precise fazê-lo. A referida questão é capaz de trazer à baila um problema inerente à oferta dos direitos sociais, que devem ser inerentes a todo e qualquer ser humano: a sua falta de efetividade.

Já a terceira geração de direitos fundamentais, de acordo com Silva (2015, p.4) complementando os direitos fundamentais de segunda geração, preza pelo progresso e

por uma qualidade de vida que seja realmente saudável, levando em consideração humanismo, universalidade, paz e desenvolvimento. Bonavides (2006. P.569) destacou que não se tratavam somente de proteger os direitos e garantias de um indivíduo, de maneira isolada, mas sim, da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco, tendo em vista que buscou assegurar, através da lei maior existente na nação, condições básicas de sobrevivência, garantindo a dignidade dos cidadãos através de um patamar de mínimo existencial, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Torres (1989, p.29) aduz que o referido mínimo existencial não deve ser encarado apenas como condições básicas para que o sujeito se mantenha vivo, mas sim, que possua meios suficientes para uma existência digna.

O próprio texto constitucional, no artigo 196, assevera que "é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

Diante do disso, busca-se compreender quais são os padrões mínimos para que os direitos sociais sejam concretizados, principalmente no que diz respeito à saúde, uma vez que está intimamente ligado ao direito à vida, que é o mais básico inerente à pessoa humana. Barcellos (2011, p. 323) atesta acerca da impossibilidade de o povo brasileiro manter qualquer aspecto relacionado à saúde, no mesmo modo que, supostamente, também não é possível que o Sistema Único de Saúde seja capaz de custear todo e qualquer tratamento ou inovações técnicas da medicina. Veja-se o que ensina Nabais:

> Do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros. (NABAIS, 2007, P.177-178)

Vita e Silva (2014, p. 249) cuidam em salientar que o direito social à saúde não é favor ou boa ação do Estado, mas sim, um encargo governamental, auxiliando aos cidadãos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade, se encontrando em real situação de risco à saúde. Cabe destacar, também, que é impossível que haja respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana sem que haja efetivação do direito à saúde e, consequentemente, do direito à vida, já que não é possível que a vida seja mantida sem que se tenham condições básicas de saúde. Souza e Oliveira (2017, p.86) ensinam:

> Em observação as determinações constitucionais e infraconstitucionais, o Estado deve proporcionar aos cidadãos acesso ao diagnóstico preventivo,

> curativo e farmacêutico por meio de assistência médico- -hospitalar para manutenção da saúde pública, garantindo-se, assim, o direito social à saúde de forma plena e isonômica, com aplicação do princípio da universalidade.

Ademais, é de suma importância trazer à baila que Costa (2004, p.16-17) aufere que é impossível se falar em Estado Democrático de Direito se a dignidade humana não estiver sendo respeitada, logo, o referido princípio é responsável por ser a base e sustentar o Estado Democrático da nação. Veja-se o que Queiroz Bessa e Aguiar (2020, p.387) ensinam:

> Assim, o direito fundamental social à saúde está intimamente relacionado com uma vida digna. O homem passa a ser possuidor de um bem, isto é, de ter condições mínimas de saúde para viver com dignidade, e desse direito decorre uma responsabilidade que pode ser compartilhada entre o possuidor, a sociedade e o Estado.

Outrossim, Holmes e Sustein (1999, p.15) destacam que todos os direitos têm custos para poderem ser realizados e que, por tal motivo, direito algum é absoluto, tendo em vista que para que os direitos sociais sejam efetivados, é imprescindível que sejam arrecadados recursos financeiros suficientes advindos de dois meios diferentes, quais sejam as contribuições dos cidadãos e a administração pública.

Fica claro que se o direito custa para o Estado, mas também, para o particular, ele finda por ser mais efetivo para quem tem direito para pagar por ele, por exemplo, no que diz respeito ao direito a saúde: o sujeito é contribuinte e paga impostos, tendo o direito à saúde resguardado pela nação, através do Sistema Único de Saúde, porém, é inegável que todo cidadão que possui maior poder aquisitivo, não irá querer correr o risco de ficar à mercê do SUS, entendendo ser razoável fazer o pagamento de um plano de saúde.

É de suma importância que uma parcela considerável do dinheiro público seja voltada para a concretização do direito à saúde; isso não se trata de mera banalidade, mas sim, de medida de urgência necessária para que sejam fornecidas prestações necessárias para que os cidadãos, até mesmo os portadores de doenças graves, tenham acesso a uma vida digna, exercendo a cidadania, respeitando os princípios de igualdade e da democracia, conforme prevê a Constituição Federal.

Holmes e Sunstein (2019, p.19) ensinam que se não existe dinheiro em caixa, não há como se falar em reivindicação de direitos, uma vez que para poderem ser exigidos, existe um custo. Os autores destacam que os direitos necessitam de vigilância judiciária, ou seja, a "preço de custo" ainda precisariam ser pagos, para que a referida vigilância possa acontecer. Desse modo, resta cristalino que até para se proteger do Estado, o cidadão necessita deste para ter os direitos resguardados.

Conforme fora amplamente explanado, a saúde é cláusula pétrea na Constituição Federal, tornando possível a materialização através da existência de políticas públicas, onde o Estado deve ser o prestador de um serviço de qualidade para os cidadãos. Porém, resta incontroverso que as referidas políticas públicas não têm se mostrado suficientes para assegurar qualidade de vida para todos, demonstrando a ineficiência estatal para lidar com a demanda populacional que só aumenta. Logo, quando inefetivo o direito social de acesso à saúde, o cidadão não vê outro meio, senão buscar o Poder Judiciário, através de ações judiciais a serem apreciadas por magistrados, que deverão analisar a ameaça ou lesão ao direito, ocorrendo, assim, a chamada Judicialização da Saúde.

3. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTÊNCIAL

Após isso, inicia-se a discussão acerca da reserva do possível, que, conforme ensina Falsarella (2012, p.1) se baseia na alegação Estatal de possuir recursos insuficientes, impossibilitando, assim, que as obrigações sobre direitos sociais sejam cumpridas, o que chega mais uma vez à grande problemática da falta de efetividade dos referidos direitos, que são previstos na legislação, porém, diversas vezes não são colocados em prática. Veja-se o paradoxo criado:

> Há quem entenda que o argumento estatal relativo à ausência de disponibilidade financeira não pode ser aceito, uma vez que cabe ao Estado implementar os direitos sociais, especialmente aqueles previstos na própria Constituição. Há, porém, quem entenda que o argumento pode ser aceito em determinadas hipóteses, pois não há como negar que os recursos estatais são limitados, ao passo que as demandas dos indivíduos são ilimitadas, devendo ser compatibilizadas com os recursos existentes. (FALSARELLA, 2012, P.5.)

Além disso, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 30) destacam que a reserva do possível "envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade". Vale destacar que a própria sociedade (o contribuinte) é responsável por parte da arrecadação ao Estado, bem como, existe uma verdadeira falta de fixação de prioridades orçamentárias, o que finda por mitigar a eficácia da aplicabilidade dos direitos sociais.

Rivero (2001, p.15) assevera que a teoria da reserva do possível sustenta que as necessidades humanas são ilimitadas, porém, o Estado deve se ater a sua possibilidade financeira de prover essas necessidades, ou seja, a teoria visa regulamentar e limitar os recursos financeiros utilizados na prestação de serviços essenciais e constitucionalmente assegurados.

Ocorre que, conforme preceitua Menezes (2015, p.172), o poder público deve, necessariamente, atentar para que a teoria não seja apenas um mecanismo utilizado pelo Estado para se esquivar de suas responsabilidades, devendo garantir qualidade e dignidade de vida para toda a população. Em verdade, conforme poderá ser analisado, o Estado não tem cumprido satisfatoriamente com as obrigações das necessidades de saúde do povo brasileiro, ainda mais no que se refere à pessoa com doenças raras.

De outra banda, o Supremo Tribunal Federal tem firmado teses que afastam a teoria da reserva do possível no que se refere ao acesso à saúde, alegando que o mínimo existencial deve ser assegurado, compreendendo que a reserva do possível não pode ser utilizada para que o Estado se escuse de garantir a dignidade humana. Assim fundamentou o Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639337/SP (STF, 2011):

> A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

Souza e Oliveira (2017, p.89) ensinam que o mínimo existencial presume a prestabilidade de determinado rol de direitos que visam garantir a existência da pessoa humana, de mono que o direito à vida é grandioso, mas para que seja assegurado, é imprescindível que outros direitos também estejam sendo resguardados, como é o caso do direito à saúde. O artigo 5° da Constituição institui que é dever do Estado prover de condições básicas para a efetivação do direito à saúde, ficando cristalino que o mínimo existencial e a justiça social estão intimamente ligados, destacando que a tríade dos direitos básicos da vida saudável e digna são: assegurar a dignidade da pessoa humana, possuir liberdade material em um contexto de estado social.

Ora, é sabido que os recursos Estatais, apesar de não serem poucos, são de fato, limitados, sendo necessário que o poder público utilize os valores de maneira racional, e não, emocional. Simon (1982, p.425-426) ensina que a racionalidade substantiva diz respeito a condutas adequadas para a conquista de determinada finalidade, dentro das

limitações existentes. Corroborando com o que é dito pelo autor supramencionado, Dosi e Egidi (1991, p.145) aprofundam que na racionalidade substantiva, não é possível que se tenha conhecimento suficiente para conhecer o futuro tão certamente a ponto de controlar os resultados, destacando ainda, que possuindo determinados parâmetros, utilizando-se de poucas variáveis, é possível tomar boas decisões de maneira racionalmente econômica.

Ademais, Kelsen (1998, p.20) alerta sobre a necessidade da interpretação lógica da lei, para que possa ser aplicada da maneira mais correta e racional. O autor cuida, ainda, em salientar que a partir do momento que o Estado passa a intervir na ordem social, o ideal de justiça não consegue mais ser alcançado pela mera aplicação legislativa, sendo necessária uma análise econômica antes da tomada de decisão.

Ora, se de um lado tem-se uma constituição extremamente garantista, que assegura a todos os cidadãos, acesso à vida, saúde, educação, lazer, moradia e etc, como direitos fundamentais, sem os quais não é possível possuir dignidade como ser humano, se outro lado, o Estado alega a impossibilidade de recursos para consegui garantir tantos direitos assim, tornando impossível que a Lei Maior do Estado seja aplicada com eficácia plena, causando nos cidadãos a sensação de insegurança e má administração financeira.

É óbvio que o Estado deve intervir economicamente, utilizando os recursos de maneira racional, porém, estando em consonância com os valores constitucionais, levando em consideração que os recursos, mesmo que alegadamente escassos, devem garantir à população a concretização da prometida dignidade da pessoa humana. Faria (1993, p.51) fala sobre a incoerência Estatal, que na Carta Magna, cuida em assegurar toda e qualquer "garantia social", ignorando os custos, como se os direitos fossem gratuitos, porém, no momento em que o cidadão busca a efetivação da referida garantia, alega-se falta de recursos, demonstrando tamanha fragilidade legislativa e organizacional.

A verdade é que o cidadão não tem uma visão econômica do direito, somente busca a efetivação das promessas realizadas constitucionalmente, buscando o próprio bem-estar ou de alguém que esteja sob sua tutela, não levando em consideração o custo-benefício, já que em nenhum momento a legislação cuida em impor limitações financeiras. No momento em que o sujeito pleiteia seu direito (no caso, o direito à saúde) e recebe uma negativa do Estado (que promete garantir o acesso quase irrestrito à saúde na constituição e na legislação infraconstitucional) não vê outro meio, senão buscar amparo através do Poder Judiciário, iniciando o fenômeno que é denominado como: a judicialização da saúde.

4. MÍDIA E PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Buscando impedir qualquer ameaça de lesão aos direitos fundamentais, é completamente aceitável e justificável que o Poder Judiciário possa intervir em casos concretos levados a sua apreciação, haja vista que para ter sido quebrada a inércia jurisdicional, o direito (ora em análise, o direito à saúde) fora negligenciado pelo Poder Executivo. Bessa e Aguiar ensinam:

> Com efeito, diante da fundamentalidade dos direitos sociais, as normas programáticas não devem ser analisadas apenas como meros programas estatais, elas exigem um agir positivo e efetivo por parte do Estado, por meio de políticas públicas, e a negativa de uma política pública de saúde, no caso específico, abriria espaço para o campo de atuação do Poder Judiciário com a denominada judicialização da saúde. (BESSA E AGUIAR, 2020, P.389)

Barroso (2016, online) explica que "a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo". Além disso, corroborando com o entendimento supracitado, Keinert (2009, p.97) atesta o seguinte:

> O Poder Judiciário, enquanto responsável pela manutenção da supremacia da Constituição, é frequentemente chamado a dirimir conflitos em que, de um lado, está o cidadão, lutando para poder exercer de fato seus direitos constitucionais e, de outro lado, está o Poder Público que, por ideologia, má gestão ou mesmo por falta de recursos, deixa de cumprir seu dever constitucional. Lembramos também que, embora, precipuamente seja de competência dos Poderes Legislativos e Executivos o de formular e executar políticas públicas, cabe ao Judiciário decidir pela imposição da pronta aplicação dos direitos fundamentais (quando estes não estiverem sendo observados), especialmente quando o Poder Público não desempenhar seu papel de garantir tais direitos, como o direito à saúde.

Insta salientar que o circuito do direito à saúde é intimamente ligado às questões políticas, econômicas e sociais, passando por constante mutação, já que o direito supramencionado está completamente inserido num contexto social. A composição das Leis de Diretrizes Orçamentárias, que é fundamento da Lei Orçamentária Anual, é responsável por cuidar e custear o direito à saúde pública. É inconteste que se os gestores priorizassem a saúde como algo intrinsecamente primordial para o desenvolvimento, o orçamento da saúde seria capaz de arcar com todos os custos necessários, conforme prevê a Lei Maior do país.

O Supremo Tribunal Federal já possui entendimento jurisprudencial dominante ao atestar que quando existe alguma falha advinda dos outros Poderes, cabe o Poder

Judiciário materializar o mínimo existencial inerente àquela pessoa humana. Veja-se o que ensina o STF a respeito:

> Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004, ONLINE).

Outrossim, Rocha (2011) aduz que os direitos fundamentais de segunda geração não precisam de mediação legislativa na busca da efetividade do direito, ainda que isso somente aconteça através da quebra da inércia do Poder Judiciário. No mesmo sentido, Mendes (2012, p. 486) assevera que a legislação já existe, sendo necessário apenas que sejam implementadas e mantidas da maneira correta, políticas públicas que assegurem a efetividade do direito à saúde.

No ano de 2014, o Ministério da Saúde editou a Portaria n°. 199, instituindo a Política Nacional de Atenção Integras às Pessoas com doenças raras, onde ficou cristalino que todos continuam sendo iguais perante à lei, ou seja, não há de ser feita distinção alguma entre um paciente "comum" e um portador de deficiência grave. Ocorre que, mesmo após a existência da referida legislação, que complementa o que já fora alegado na Constituição Federal, os pacientes com doenças raras continuam a receber negativas do poder público, principalmente no que diz respeito a medicamentos de alto custo.

O Direito à saúde engloba acesso a medicamento, tratamento terapêutico, tratamento para doença rara e específica que exige cuidados essenciais. No Brasil, existe o SUS que foi criado pela legislação em 1990 (Lei n° 8.080/1990) e quando se fala da saúde ao cidadão brasileiro, compreende-se que esta busca a proteção máxima ao direito à vida e quando o atendimento não está adequado ou estruturado o suficiente para fornecer o atendimento necessário ao cidadão, aumenta-se gradativamente a judicialização como meio de acesso à saúde.

O Artigo 7° da Lei n. 8.080/90 atesta em seus incisos que a assistência à saúde deve ser universal, ou seja, deve garantir acesso em todo e qualquer nível assistencial, não importando o grau de complexidade da demanda, incluindo, também, todos os

fármacos necessários para o tratamento da pessoa. Contudo, apesar de a Constituição e a legislação infraconstitucional assegurarem claramente o direito, na prática, não funciona exatamente assim. Senão, veja-se:

> No entanto, partindo-se dos pressupostos acima expostos, é importante frisar que a judicialização da saúde e, nesse particular, o fornecimento de medicamentos de alto custo não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde – SUS em demandas individuais, embora encontre fundamento no reconhecimento do direito subjetivo à saúde, enfrenta dificuldades no que concerne à legitimidade democrática, à escassez de recursos públicos e à possibilidade de criar privilégios não extensíveis a todos. Vale esclarecer que a crítica se revela tanto no excesso de judicialização da saúde, como também na intervenção desse Poder em uma política pública de saúde ainda não implementada, como a obrigação de fornecer medicamentos não incorporados pelo SUS. (BESSA E AGUIAR, 2020, P.389)

Compreende-se que deve existir um compromisso entre os três poderes, de modo a tornar possível a efetivação dos direitos sociais, uma vez que a Carta Magna delineou como cláusulas pétreas os direitos à vida e à saúde. Assim, nota-se que a judicialização das demandas de cunho social relacionadas à saúde são somente os cidadãos se apropriando de seus direitos constitucionalmente previstos.

Em verdade, a judicialização não deve ser encarada como vilã, mas sim, como um meio de reconhecer e assegurar a supremacia da Constituição e, consequentemente, dos direitos mais básicos do ser humano. É inconteste que existe a necessidade de ajustamento da utilização, o que pode existir se houverem políticas públicas suficientes, regulamentadas pelos outros poderes.

Há de ser destacado, também, que o Poder Judiciário não é puro emocionalismo jurídico, tendo em vista que para julgar procedente ações envolvendo a necessidade de medicamento de alto custo para pessoas com doenças raras, levam em consideração questões técnicas, exigindo que seja demonstrado nos autos processuais a probabilidade de eficácia, efetividade e segurança do medicamento ora pleiteado. (SCHULZE, 2018, p.78)

Ademais, é notório que o Estado necessita de adequação e critérios reais na gestão dos cofres públicos, para que os direitos fundamentais sejam assegurados aos cidadãos. Ora, a própria Lei Maior existe visando garantir os fins sociais, assegurando os direitos básicos de todo sujeito, o que finda por justificar a arrecadação do fisco. Bulos (2015, p. 479) ensina que as normas presentes no texto constitucional não devem tão somente estar vigentes e ser válidas, mas principalmente, é imprescindível que sejam eficazes juridicamente falando, possuindo total capacidade de surtir efeitos em casos concretos, o que nem sempre acontece.

Souza e Oliveira (2020, p.81) ensinam que partindo do princípio que a necessidade de capital é crescente para a concretização dos direitos do povo, bem como que a carga tributária no Brasil é consideravelmente alta, é inadmissível que se fale em incapacidade de manutenção mínima da saúde e bem estar da população. O que fica claro é que o dinheiro não necessariamente é pouco, mas sim, que existe uma verdadeira ineficiência pública ao gerir e investir o dinheiro no que é realmente insubstituível e indispensável; os autores destacam, ainda, que "não se pode admitir a escusa Estatal na prestação dos direitos fundamentais sociais, principalmente quanto ao núcleo básico garantidor do mínimo vital. E dentro dessa ótica, está o direito à saúde."

Leitão (2020, p.45) ensina que quando os gastos estatais passam a crescer, via de regra, os direitos sociais costumam ser os primeiros a sofrerem cortes, partindo do princípio que se não há capital suficiente para assegurar todos os direitos previstos constitucionalmente, os direitos sociais passam a ser reduzidos. Resta cristalino que a suposta falta de recursos alegada pelo Estado possui um resultado extremamente negativo, tendo em vista que os sujeitos necessitam de acesso à saúde. O autor ainda afirma:

> Quando um juiz condena o Estado a suportar um medicamento de altíssimo custo, automaticamente, ele está realocando recursos de outra área (que poderiam beneficiar diversas pessoas) para resguardar a saúde de uma única pessoa. Decisões judiciais "realocativas" são como furos na caixa d'água do orçamento público, sendo certo que os juízes e tribunais estão mal posicionados para tomar decisões inteligentes de alocação. (LEITÃO, 2020, P. 51)

Ocorre que a crítica do autor deixa de levar em consideração o maior dos questionamentos: quanto vale uma vida? Em uma pesquisa, mesmo que superficial, sobre os mais diversos temas que envolvem orçamento público, pode ser compreendido que a realocação de recursos pode ser encarada como um "mal necessário", desde que sejam feitas comparações simples.

Scaff (2018, p. 35) assevera que é plenamente possível erradicar determinadas doenças ou custear medicamentos de valores milionários, porém, se faz necessário decidir onde os recursos financeiros serão aplicados, não se levando em consideração apenas os direitos que devem ser resguardados, mas sim, tomando decisões políticas de como os valores disponíveis devem ser utilizados. Ora, não é necessário pensar muito para analisar que o direito à vida e o acesso à saúde devem ser prioridades estabelecidas nessa "lista", uma vez que nenhum direito deve ser considerado mais absoluto e essencial.

No portal da transparência da controladoria-geral da União (2022, *online*, s.p) é possível constatar que, no ano de 2021, o orçamento realizado para a saúde foi de,

aproximadamente, R$ 189 bilhões de reais. É inconteste que se os gestores priorizassem a saúde como algo intrinsecamente primordial para o desenvolvimento, o orçamento da saúde seria capaz de arcar com todos os custos necessários, conforme prevê a Lei Maior do país.

Se o direito à vida é irrenunciável e indisponível, assim como o direito à saúde, o Estado deve tomar decisões racionalmente adequadas, levando em consideração a economia, mas também, a própria letra de lei. Se a constituição é garantista e não fora alterada, o que se deve é buscar meios para assegurar a todos os direitos ali previstos; os limites de atuação Estatal são demonstrados mesmo nos casos - que deveriam ser assegurados – de acesso à saúde, o que finda por revelar que, em verdade, não há nenhum direito que possa ser considerado como absoluto.

O apelo midiático, nos casos de acesso à saúde, é grandioso, ainda mais quando se fala em pessoas com deficiências raras ou em busca de medicamentos de alto custo. Podem ser encontrados diversos casos, por exemplo, de crianças com Atrofia Medular Espinhal (AME), doença que impede o desenvolvimento muscular e acarreta morte precoce; as famílias mobilizam milhares de pessoas nas redes sociais, visando possibilitar o tratamento das crianças, enquanto aguardam a concretização do direito de acesso à vida e saúde.

De acordo com a Câmara dos Deputados (2022, online) o medicamento que promete neutralizar os efeitos da doença, custa R$ 5,7 milhões de reais e não é fornecido pelo SUS. Assim, destacam que 119 pacientes em tratamento receberam a dose do referido medicamento (Zolgensma), sendo que 84 dos referidos pacientes somente conseguiram acesso à medicação através do ajuizamento de ações judiciais, o que deixa claro que o custo da vida desses pacientes é ter que aguardar decisões advindas do Poder Judiciário para um direito que deveria já ser assegurado pela Constituição e pela legislação que, conforme fora mencionado anteriormente, promete ser universal, independentemente da complexidade do tratamento e do custo dos fármacos.

É praticamente inevitável que a população e, consequentemente, a mídia se choquem com a necessidade de tantas demandas judiciais para garantir que crianças possam ter acesso a um medicamento (mesmo que este seja de altíssimo custo). Ora, como já fora anteriormente mencionado, a vida e a saúde são cláusulas pétreas na Constituição Federal, contudo, o acesso é mitigado pelo próprio Estado, que nega acesso à droga.

Mais uma vez a legislação se mostra falha e ineficiente e, conforme fora dito, leva famílias a suplicarem por dinheiro nas mídias sociais, buscando custear o tratamento das

crianças; tratamento esse que, pelo menos na teoria, deveria ser provido pelo Estado. Outrossim, no que se refere a prioridades estatais, seria plenamente possível a realocação de finanças para garantir o acesso à saúde dessas crianças; no Brasil, de acordo com a Camara dos Deputados (2022, online) existem 1.509 crianças portadoras de AME.

Parte-se do princípio que o remédio para tratar a doença supracitada custa R$ 5,7 milhões de reais, o que leva o poder público a negar o fornecimento; é de suma importância salientar novamente que o direito à vida e à saúde são (ou deveriam ser) encarados como prioridade máxima, uma vez que não havendo vida, não há mais qualquer outro direito a ser resguardado. Destarte, basta que seja realizada uma comparação de gastos, para analisar que existe a viabilidade de custeio da saúde dessas crianças.

Um exemplo prático a ser trazido à baila é o da Revisão de Vida Toda, uma revisão de aposentadoria que foi aprovada pelo STF e poderá beneficiar milhões de brasileiros. Ocorre que, de acordo com o INSS – taxa prático (2022, *online*) a referida revisão custa aos cofres públicos R$ 46 bilhões de reais. Logo, se o direito à saúde é irrenunciável, inexiste suporte fático para que os valores não possam ser realocados do benefício para o custeio de medicações necessárias a garantir a vida de algumas pessoas, deixando claro, também, que valores que parecem exorbitantes para o homem médio, podem não significar tanto assim para os cofres públicos.

Finalmente, outro problema que merece destaque é a pressão midiática nos casos de repercussão sobre o financiamento de medicamentos de alto custo. Infelizmente, grande parte da população busca um judiciário emocional, enquanto todas as decisões judiciais devem ser baseadas em racionalidade, para que sejam constitucionalmente fundamentadas e, assim, consideradas adequadas.

É certo que a dificuldade enfrentada para que diversos sujeitos tenham acesso à saúde é inadequada, bem como, é válido salientar que os entes federados possuem o dever de proporcionar serviços públicos de qualidade para os cidadãos, porém, na busca pelos referidos direitos não há como ser guiado somente pelo emocional, haja vista que o Código de Processo Civil prevê que as decisões com força de sentença devem ser dotadas de relatório, fundamentação e dispositivo, o que deve ser capaz de inviabilizar que o comportamento judiciário seja não-racional.

Finalmente, resta incontroverso que a solução mais vantajosa não é negar a necessidade dos direitos sociais, muito menos impedir que o judiciário seja capaz de efetivar os referidos direitos. Em verdade, necessita-se, com urgência, de uma mudança

de paradigma normativo, bem como, melhores orientações constitucionais, afim de que a legislação pátria consiga ser, de fato, efetiva, se ajustando aos interesses sociais.

Assim, destaca-se, também, que o Poder Judiciário, mesmo que opte por deferir os direitos pleiteados pelos cidadãos, não possui poder ilimitado. Ou seja, para que atue da maneira correta, existem limites que são evidenciados, até mesmo nos casos de direitos tão essenciais como vida e saúde, o que finda por demonstrar que não existe direito algum que possa ser considerado como absoluto. Desse modo, apesar de qualquer apelo midiático ou emocional, os magistrados necessitam proferir decisões que sejam consideradas como constitucionalmente adequadas, nos termos da legislação vigente, respeitando assim, a imparcialidade, a proporcionalidade, a reserva do possível e a racionalidade politicamente adequada.

Por fim, demonstra-se a necessidade urgente de harmonia entre os três poderes, para que não necessitem fazer uso das funções impróprias, para organizar seriamente as relações de poder, assegurando a concretização dos direitos sociais, continuando o debate sobre a viabilidade de cada um através da realização de políticas públicas efetivas, sendo possível, obviamente, a utilização de mais veículos de participação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a crescente demanda pela judicialização do direito à saúde, no que tange ao almejo de medicamentos de alto custo para a realização do tratamento de doenças graves e raras, o Supremo Tribunal Federal já apresentou posicionamento favorável à concessão dos fármacos, respeitando o que dispõe a Constituição Federal de 1988 e, também, diversas legislações infraconstitucionais, o que finda por ser a adoção de uma perspectiva substancialista do direito, uma vez que, nas mais diversas fundamentações, é alegado pelos ministros do STF que a suposta escassez de recursos financeiros não pode ser utilizada como argumento para negar o direito de efetivação à saúde e, consequentemente, à vida dos cidadãos brasileiros.

A grande problemática avistada no decorrer do presente estudo foi a extrema segurança e exorbitante quantidade de garantias propostas pela Constituição Federal, sendo tidas como direitos fundamentais e irrenunciáveis e, ainda, a criação de diversas leis corroborando com o que consta na Carta Magna, sem, contudo, levar em consideração os custos necessários para a materialização dos direitos, como se fosse possível assegurar qualquer deles sem a existência de capital.

Ademais, resta incontroverso que, apesar de muito utilizada, a teoria da reserva do possível nem sempre consegue prosperar, sendo em vista que o Estado possui recursos financeiros, além da arrecadação do fisco, ficando claro que a maior necessidade é a de realocação de recursos ou de uma melhor gestão orçamentária, que deve proteger mais determinados direitos em detrimento de outros, no caso, o direito à saúde e à vida, por serem considerados os mais essenciais.

Tudo isso faz com que o leitor deixe para trás o mito da existência de governo e direito gratuitos, sendo claro se tratar de mera ilusão, já que todo e qualquer direito (seja ele positivo ou negativo) possui custos e, mesmo quando o Estado nega e, logo após, o poder judiciário defere, o custo desse direito continua a sair dos cofres públicos e da arrecadação do contribuinte, mais uma vez trazendo à baila a necessidade de melhores políticas orçamentárias, voltadas para os direitos sociais, conjuntamente com a criação de políticas públicas que sejam realmente efetivas, o que findaria por retirar do judiciário a função imprópria de legislar, proporcionando maior harmonia entre os três poderes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. ***Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie.*** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

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

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: http:// www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf . Acesso em: 19 dez. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao Acesso em: 19 dez. 2022

BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990, **http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm**, e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 29 abr. 2004. Diário da Justiça de 04 de maio de 2004. INFORMATIVO STF n° 345 (26 a 30 de abril de 2004).

BESSA, Silvana Mara Queiroz; AGUIAR, Simone Coêlho. O Direito social à saúde e a atuação do poder judiciário: limites na intervenção em políticas públicas de distribuição de medicamentos de alto custo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, 2020, n. 31, p. 381-400, jan/jun. Disponível em: http://seer.franca.unesp.br/index. php/estudosjuridicosunesp/index

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

Câmara dos Deputados. **Queiroga diz que inclusão de remédio para AME no SUS depende da sustentabilidade do sistema Fonte: Agência Câmara de Notícias**. 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/915918-queiroga-diz-que-inclusao-de-remedio-para-ame-no-sus-depende-da-sustentabilidade-do-sistema/. Acesso em: 19 dez. 2022.

COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal.** São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

DA SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005.

DOSI, G. EGIDI, M. ***Substantive and procedural uyncertainty:*** *an exploration of economic behaviours in changing environments. Journal of Evolutionary Economics*, Berlin, v.1, n.2, 1991.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Advocacia e Direito Público**, p. 46-55, 2016.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira.** São Paulo: Malheiros, 1993.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. ***The Cost of rights****: why liberty depends on taxes.* New York: W. W. Norton and Company, 1999.

INSS – Taxa prático. **Revisão de vida toda é aprovada no STF; saiba quem tem direito e como solicitar**. 2022. Disponível em: https://taxpratico.com.br/pagina/revisao-de-vida-toda-e-aprovada-no-stf-saiba-quem-tem-direito-e-como-solicitar. Acesso em: 19 dez. 2022.

JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV**, n. 100, 2012.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITÃO, André Studart. **O direito e seus custos**. Fortaleza: Câmara Brasileira do Livro, 2020. 1 v.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Milena Maria Gomes Rocha Bezerra de. **O direito à saúde e a sua judicialização**. In: SABOIA, Jéssica Ramos (Org.). CORTEZ, Maysa Cortez; SALES, Tainah Simões. Reflexões sobre o mínimo existencial e a efetivação dos direitos sociais. Curitiba, PR: CRV, 2015

NABAIS. C. **A face oculta dos direitos fundamentais:** os deveres e os custos dos direitos, in "Por uma liberdade com responsabilidade –Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais". Coimbra Editora, 2007.

PORTAL da Transparência **CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**: Saúde. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2021. Acesso em: 19 dez. 2022.

QUEIROZ Bessa, S. M., & AGUIAR, C. S. (2017). **O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**: LIMITES NA INTERVENÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. *Revista De Estudos Jurídicos Da UNESP*, *20*(31).

Rivero, Jean. Libertés publiques, v. I, Paris: PUF, 1973, p. 52 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de direito constitucional, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil.** São Paulo. Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, I. W., & Figueiredo, M. F. (2007). **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: Algumas aproximações. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, *1*(1), 171–213.

SCAFF, Fernando Facury. **Você não sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas.** Publicado no site Consultor Jurídico em 23/01/2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas . Acesso em: 19 dez. 2022

SCHULTZ, Theodore. ***Investment in human capital: the role of education and of research.*** Nova Iorque: Free Press, 1971.

SILVA, Flávia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. 2012. Disponível em: : http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais. Acesso em: 19 dez. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da**. O Judiciário e as políticas públicas:** entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, C.; SARMENTO, D.Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SIMON, H. ***From substantive to procedural rationality***. *Models of bounded rationality. Cambridge, Mass.:* MIT Press, 1982

SOUZA, O. de, & OLIVEIRA, L. J. de. (2018). **O custo dos direitos fundamentais**: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, *18*(2), 77-110.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo. Ano 1989, v. 117, jul./set., p. 29

VITA, Jonathan Barros; SILVA, Karina Zanin da. **O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde.** Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014. Disponível em: http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/verjuridica/article/view/3439 Acesso em: 19 dez. 2022