

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA JUDICIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: INDIVIDUAL E SOCIAL

BOTEGA, Lisandra Vanessa¹
HOFFMANN, Eduardo²

RESUMO:

O referido trabalho apresenta se o Estado deve ou não ser responsabilizado pelo não fornecimento de medicamentos de alto custo, observando a repercussão na esfera individual e social. O principal objetivo é mostrar como o fornecimento de medicamentos, assunto que até então é restrito ao poder executivo, pode ser levado até o poder judiciário. Inicialmente se abordam os direitos fundamentais como um todo, especificamente no que diz respeito aos direitos sociais, já que estes estão ligados diretamente com a cidadania do indivíduo. Após, foram levantados aspectos importantes sobre o direito à saúde, pois necessitam por parte do Estado uma prestação positiva, e que caso ocorra o contrário, nascerá a legitimidade do cidadão em reivindicar o mesmo perante o poder judiciário. No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, pelo fato de este ser o detentor do poder, deve suportar os danos causados aos particulares, caracterizando uma responsabilidade objetiva e solidária em relação ao fornecimento de medicamentos. Diante disso, aborda-se o mínimo existencial, as condições mínimas de vida que o Estado deve garantir ao indivíduo, atrelado ao princípio da proibição da insuficiência, onde a administração pública deve assegurar a todos um núcleo essencial. Por fim tratar-se-á da reserva do possível, que tem como principal ideia que a obrigação impossível não pode ser exigida, porém o mesmo não pode ser utilizado como limite absoluto, já que cabe ao próprio Estado comprovar a falta de recursos para o não fornecimento de medicamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Judicialização, Medicamentos.

CIVIL LIABILITY OF THE STATE ARISING FROM THE JUDICIALIZATION OF HIGH COST MEDICINES: INDIVIDUAL AND SOCIAL

ABSTRACT:

This paper presents whether or not the State should be held responsible for not supplying high-cost medicines, while noting the repercussions in the individual and social spheres. The main objective is to show how the supply of medicines, subject that until then is restricted to the executive power, can be brought to the judicial power. Initially, fundamental rights as a whole are addressed, specifically with regard to social rights, since they are directly linked to the citizenship of the individual. Afterwards, important aspects about the right to health have been raised, since they require a positive benefit from the State, and if the opposite occurs, the citizen's legitimacy will be raised in claiming the same before the judiciary. With regard to the civil liability of the State, because it is the holder of power, must bear the damages caused to individuals, characterizing an objective and joint responsibility in relation to the supply of medicines. In view of this, we address the existential minimum, the minimum conditions of life that the state must guarantee the individual, coupled with the principle of prohibition of insufficiency, where the public administration must assure everyone an essential core. Finally, it will be the reservation of the possible, which has as main idea that the impossible obligation can not be demanded, but it can not be used as an absolute limit, since it is up to the state itself to prove the lack of resources for the not supplies of medicines.

KEYWORDS: Civil liability, Judiciary, Medications.

¹Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. E-mail: lisandrabotega@hotmail.com.

²Professor Orientador. E-mail: adv.hoffmann@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

No que diz respeito ao assunto que será tratado no presente trabalho, é importante ressaltar que a responsabilidade civil é uma das áreas de maior repercussão dentro do direito, a qual surge em razão do não cumprimento obrigacional e pela inobservância de preceitos normativos.

Diante disso, um dos pontos de questionamento do tema é a responsabilidade civil do Estado pelo não fornecimento de medicamento de alto custo às pessoas que se encontram em situação de extrema necessidade e se obrigam a procurar o Poder Judiciário para a efetivação do direito constitucional de acesso à saúde. Assim, será abordado a questão da judicialização de medicamento de alto custo e da responsabilidade do Estado pelo não fornecimento destes.

Tornou-se algo muito comum, o Estado figurar no polo passivo de ações judiciais para que seja cumprida a garantia dos direitos fundamentais, principalmente a do direito à saúde dos cidadãos. Todavia, o ser humano como indivíduo fadado de garantias constitucionais, deve ir em busca de esclarecer qual a incumbência do Estado no que diz respeito à omissão no fornecimento de medicamentos de alto custo para que, assim, possa ser concretizado este direito da melhor forma possível e atender às devidas necessidades, tanto humanas, quanto da própria Administração Pública.

Pela exposição do assunto abordado e pela delimitação específica do tema, cabe apontar o artigo 196 da Carta Magna como sendo base fundamental para arguir a judicialização de medicamentos, visto que, garante a todos o direito à saúde e positiva o Estado como principal garantidor, tanto por meio de políticas sociais e econômicas, quanto por ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação desta.

Em decorrência disso, é de extrema relevância social analisar o contexto da população brasileira que não tem condições financeiras suficientes para subsidiar os serviços de saúde, que são essenciais para uma vida digna, cabendo ao Estado agir em favor dos indivíduos, contraindo ampla responsabilidade no que diz respeito ao custeio de tratamentos médicos e hospitalares para preservar o bem maior de todo ser humano que é a vida.

O referido trabalho busca com base nesses argumentos, voltar a atenção de todos os cidadãos de que o Estado é essencial no que diz respeito ao prestador de direitos e garantias fundamentais, decorrentes dos princípios basilares da constituição democrática brasileira. Tem assim como objetivo geral analisar a postura do Estado sob situações específicas e de como deverá se portar, bem como se realmente é obrigação fornecer os medicamentos para um único indivíduo ou uma coletividade, que demandam uma carga mais alta de recursos,

com base em dois princípios que são fundamentais para o estudo do presente caso, o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial. Ainda é de fundamental importância mencionar o princípio da proibição da insuficiência, o qual tem relação direta com o mínimo existencial.

Com base nesses princípios, passar-se-á analisar as necessidades individuais e sociais, pois nem sempre estas serão as mesmas. Por esse motivo a tarefa de tutelar sobre o direito à saúde é algo muito importante, cabendo ao judiciário analisar caso a caso e decidir conforme for melhor e necessário, para que aqueles que recorram a via judicial não sejam prejudicados, muito menos o Estado em si e, por consequência toda a sociedade.

Diante disso existem alguns pontos que devem ser levados em consideração nos casos abordados, principalmente em algumas situações tratadas a seguir, em que o tratamento é tão alto para um único indivíduo que este necessita da prestação de recursos por parte do Estado, ou ainda na questão de vacinas por exemplo, que exigem uma elevada gama de recursos para serem disponibilizadas à sociedade como um todo, e são assim essenciais para a prevenção de determinadas doenças.

Por fim ao apontar a escassez de recursos que a administração pública vem sofrendo com o passar dos anos, é importante analisar como ocorre a implementação das políticas públicas e como é organizado todo esse sistema gratuito. Sendo assim, alguns pontos como se os direitos sociais devem ou não ficar condicionados a boa vontade da administração, serão levantados, para que assim o Poder Judiciário possa atuar como órgão controlador das atividades administrativas quando necessário, incluindo determinadas políticas públicas nos planos orçamentários, quando houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do indivíduo e principalmente da extrema necessidade do medicamento para a saúde do cidadão.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de fundamental importância aprofundar o estudo dos direitos fundamentais existentes na Carta Magna, pois servem de parâmetro estimativo do nível de democracia de uma sociedade. No que diz respeito ao critério de unificação destes direitos, cita-se o princípio da dignidade da pessoa humana como essencial, mas não unicamente exclusivo.

Para Paulo e Alexandrino:

direitos fundamentais é utilizado para designar os direitos relacionados às pessoas, inscrito em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece (2013, p 99-100) [GRIFO DO AUTOR].

Neste sentido, os direitos fundamentais tiveram sua criação no Estado Constitucional por volta do final do século XVIII, partindo da premissa do reconhecimento das primeiras normas constitucionais e ainda são identificados historicamente como valores muito importantes da coexistência do ser humano, o qual, sem estes, os corpos sociais acabariam sucumbindo absolutamente (CUNHA JR. 2013).

Os direitos fundamentais, melhor dizendo, são direitos inerentes à pessoa do ser humano que estão previstos na Carta Magma. Estes dizem respeito aos direitos individuais, sociais, políticos, e jurídicos, baseando-se de certo modo nos princípios constitucionais e garantindo, por exemplo, a vida, a liberdade, a igualdade, a educação e a segurança.

Na visão de Bonavides, (2003, p. 561) “são aqueles direitos que recebem da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis(unabänderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada(erschwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à constituição.”

Com base na Constituição Federal, os direitos fundamentais são subdivididos em cinco capítulos, são eles os Direitos Individuais e Coletivos, Direitos de Nacionalidade, Direitos Sociais, Direitos Políticos e Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos, além disso, são estabelecidos de acordo com uma ordem histórico-cronológica, conceituados como direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração (MORAES, 2006).

Cabe mencionar que estes direitos possuem uma aplicabilidade imediata, ou seja, a sua existência é suficiente para que produzam efeitos não necessitando de outras normas para que sejam postos em prática. Apesar de estarem transcritos no Título II, do artigo 5º ao artigo 17 da Carta Magma, esses não são os únicos que deixam lacuna para a existência de outros direitos fundamentais fora da Constituição.

Outrora, são considerados do mesmo patamar dos Direitos Humanos, os Tratados e Convenções Internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, assim como relata o parágrafo a seguir: “A Constituição Federal definiu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (aprovados pelo congresso) são equivalentes a emendas constitucionais e tem a mesma validade de um direito fundamental” (LENZI, 2017, s.p).

2.2 DIREITOS SOCIAIS

Analisa-se por meio deste trabalho o principal objeto do estudo, que diz respeito aos Direitos Sociais do ser humano, elencados na própria Carta Magna, dentre eles, o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, previdência social, segurança, proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados (BRASIL, 1988).

Em razão do princípio da solidariedade, passaram a serem conhecidos os Direitos Sociais como Direitos Humanos Fundamentais, concretizando a justiça social e viabilizando a execução de políticas públicas com o intuito de garantir o amparo e a proteção social aos mais fracos e necessitados e exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes demandas dos indivíduos.

De acordo com Cunha Jr:

Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas (2013, p. 723).

Desse modo, os Direitos Sociais têm por base a finalidade de proteger o indivíduo em si das ações abusivas dos órgãos estatais, para que assim se possa garantir o mínimo existencial e proporcionar os recursos indispensáveis para uma existência digna que seja reflexo de um Estado de bem-estar e de uma eficácia da justiça social.

Estes direitos tiveram suas primeiras manifestações em meados do século XVIII e XIX, nasceram em decorrência do tratamento desumano vivido pela classe operária durante a revolução industrial, na qual houve a substituição da mão de obra artesanal pela produção em grande escala. Pois com o objetivo de lucrar, os donos das fábricas passaram a explorar cada vez mais o trabalho dos operários, fazendo com que estes trabalhassem por horas e horas sem parar (IGNACIO, 2017).

Porquanto, os direitos mencionados acima estão ligados diretamente à cidadania dos indivíduos, não sendo suficiente a sua previsão, necessitando de tal modo que o Estado os coloque em prática para ter uma efetivação plena e que os cidadãos possam desfrutar de um bem estar social e servir assim para reduzir o número de desigualdades no país, tanto econômicas, quanto sociais. Após toda essa positivação dos direitos, a Constituição Federal

ficou conhecida como constituição cidadã já que trouxe normas fundamentais ao bem-estar social da população (TODA POLÍTICA, 2018).

2.3 DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é considerado um direito fundamental, pois este encontra-se diretamente ligado ao direito à vida e a uma existência digna, no qual a constituição deixa muito claro que esta é uma obrigação do Estado fornecer, e uma garantia de todo cidadão receber. Receber este, tanto por meio de políticas sociais e econômicas que irão reduzir os riscos de doenças e facilitar o acesso de todos os cidadãos de forma igualitária às ações e serviços que irão garantir a promoção, proteção e recuperação deste direito (BRASIL, 1988).

Tal preceito é complementado pela Lei nº. 8.080/90, que em seu artigo 2º relata que a saúde é direito fundamental de todo ser humano, devendo o Estado fornecer as mínimas condições para que este seja cumprido (BRASIL, 1990).

Para uma profunda análise da questão, grande parte da doutrina entende que o direito à saúde é um direito subjetivo público, como caracteriza Cunha (2013, p. 731) “Assim, constitui exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor da *vida humana*, o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde” [GRIFO DO AUTOR].

Este direito não se restringe apenas à atendimento médico em hospitais e em postos centrais de saúde, mas também ao acesso à serviços de relevância que mantenham uma ampla qualidade de vida. Exigindo uma atuação positiva por parte do poder estatal, principalmente no que diz respeito aos menos favorecidos que necessitam de recursos sem custos para suprir suas condições existenciais, assim surge legitimidade pelos cidadãos para reivindicar através do poder judiciário, o cumprimento de determinados direitos.

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer esses direitos sociais, abriu margem para uma ampla possibilidade de criação de normas ligadas diretamente às diretrizes, programas e demais recursos necessários para suprir o direito à saúde e cabe à administração pública adotar essas medidas. Dentre os programas criados pelo ente estatal para a efetivação desse direito, entende-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos principais meios de aplicabilidade imediata e garantia estatal do direito à saúde.

O Sistema Único de Saúde tem uma ampla viabilidade dos seus serviços, abrangendo muito mais do que o simples atendimento aos pacientes enfermos, indo até a casa das próprias famílias para antecipar os problemas e conhecer a realidade dos indivíduos, encaminhando

assim cada um para o necessário equipamento público. Esse sistema pertence à rede pública e tem por finalidade a prestação de saúde de forma gratuita a todos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

A Constituição Federal em seu artigo 200 e seus incisos é clara ao dizer que compete a este sistema, o controle e fiscalização tanto dos procedimentos, produtos e substâncias da saúde, a execução de ações relacionadas à vigilância, epidemiologia e saúde do trabalhador, à ordenação e formação de recursos humanos para a área da saúde, à formulação de políticas e ações de saneamento básico, o incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico desta área, à fiscalização nutricional de alimentos e bebidas consumidos pelo ser humano, à inspeção de substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas e ainda à participação da preservação do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Ao lado do texto constitucional, encontram-se as Leis nº. 8.080/90 que organiza e estrutura o funcionamento do serviço de saúde; e nº. 8.142/90 que garante a participação do indivíduo nos sistemas de serviços e na transferência de recursos intergovernamentais; a Portaria nº. 3.916, que aprova a política nacional de medicamento e por fim a Norma Operacional da Assistência à Saúde nº. 01/2002 (NOAS-SUS 2002).

Como visto acima, o SUS é o responsável por garantir o acesso à saúde, todavia este é um conjunto de políticas que são coordenadas entre si, funcionando com uma estrutura organizada, que se submetem à princípios e diretrizes estabelecidos pela lei. Caracterizando-se como uma rede de ações e serviços, por meio do qual o poder público cumpre o seu papel, no que diz respeito à prestação do atendimento à saúde, onde o ente estatal, está diretamente ligado a efetivação desse direito fundamental da saúde. Entretanto, no que diz respeito aos princípios que regem este serviço devem ser respeitados para que ocorra realmente a materialização do respectivo. Cita-se assim como princípios a universalidade, integralidade, equidade, regionalização e hierarquia, descentralização e comando único e finalmente a participação popular (BRASIL, 1988).

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO UM TODO

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A responsabilidade civil do Estado é conhecida como responsabilidade extracontratual, a qual passou por diversas evoluções no decorrer dos anos, partindo primeiramente de uma teoria de irresponsabilidade do Estado, onde este não tinha o dever de indenizar o particular por danos causados pelos seus agentes públicos. Em seguida surgiu a teoria da responsabilidade com culpa, ou seja, caso o agente do governo causasse um dano ao particular, desde que comprovada a culpa deste, o Estado deveria indenizar o cidadão, levando em consideração a doutrina civilista onde distinguia os atos em: Atos do Império e Atos de Gestão. Com o passar do tempo, a teoria já citada acima, evoluiu ainda mais para a Teoria da Culpa Administrativa, que mesmo sem identificar o agente causador e sem distinguir os atos, era possível responsabilizar o Estado caso este viesse a causar dano. E por fim, mas não menos importante, surgiu a Teoria do Risco Administrativo que deixava claro a ideia de que o particular por ser o polo mais fraco da relação, tem o Estado como detentor do poder, devendo este suportar os danos causados aos particulares, deixando de ter que comprovar a culpa do Estado para a caracterização de indenização (LINCOLN, 2016).

Pelo direito brasileiro ter se adaptado à última teoria abordada acima, a Teoria do Risco Administrativo, a Constituição Federal vigente, em seu artigo 37, parágrafo 6º, ressaltou a responsabilidade objetiva como a do Estado, onde tanto as pessoas jurídicas de direito público como as de direito privado e até mesmo as prestadoras de serviços públicos irão responder pelos danos que seus agentes causarem, e ainda assegura de certo modo, o direito de regresso contra o responsável (BRASIL, 1988).

Sendo assim, não há o que se falar em culpa do Agente do Estado, o causador do dano, pois se ficou comprovada a relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular, o Estado deve responder pelos atos deste, de forma objetiva. Todavia cabe mencionar que a responsabilidade subjetiva também ocupa, por pequeno que seja um espaço na responsabilidade civil do Estado, pois há doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Melo com a ideia de que quando se tratar de dano decorrente de omissão do Estado, a responsabilidade é subjetiva, ou seja, se faz necessário comprovar a culpa ou o dolo. Neste caso o agente tinha o dever de agir, e por não ter agido, causou danos a um particular, caracterizando uma conduta ilícita de certo modo, por ter desobedecido a lei, e ao mesmo tempo ferindo o princípio da legalidade (RIZZARDO, 2011).

Após os aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado mencionado acima, passa-se a responsabilidade ao Estado de fornecer o medicamento que, por via de regra, enquadra-se nos direitos fundamentais, já que o direito à saúde faz parte deste rol, como vimos anteriormente.

Como previsão legal na Constituição Federal, artigo 196, os cuidados com a saúde são de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo ser exercido este dever de forma separada ou simultânea, desde que respeitados os limites da Constituição. A partir desse ponto de vista o entendimento dos tribunais e da doutrina é harmônico ao prever que todos os entes federativos são responsáveis de forma solidária pelo fornecimento gratuito de medicamentos (BRASIL, 1988).

À luz do acima, no Recurso Extraordinário de nº. RE 855.178 o Supremo Tribunal Federal, com ênfase em duas áreas muito importantes - Constitucional e Administrativo – em julgamento com repercussão geral reconhecida, consolidou a jurisprudência; de que a responsabilidade dos entes federados é solidária no fornecimento de medicamentos; neste sentido, o polo passivo pode-se encontrar qualquer um dos entes estatais, isoladamente ou até mesmo todos em conjunto (RE 855.178-PE,2015).

Desse modo, torna-se impossível o Estado ter como defesa a ilegitimidade passiva “ad causam” dos entes federativos nas demandas que versarem sobre fornecimento de medicamentos, visto que o dever dos entes ao prestar serviços referentes à saúde é previsto constitucionalmente para aqueles que dependem de condições básicas de sobrevivência prestadas pelo Estado para ter uma vida digna.

A respeito da responsabilidade solidária do Estado perante situações de fornecimento de medicamentos, essa permite termos uma visão um tanto quanto ampla dos recursos públicos, entretanto tal entendimento pode acarretar em prejuízos aos entes federativos, já que suas obrigações são inúmeras. Sendo assim, foi necessária a criação de leis que subdividissem esse tipo de obrigação, devendo essas serem observadas para que a sociedade como um todo não sofra um prejuízo ainda maior, ao tentar suprir necessidades de um único indivíduo ou até mesmo de uma minoria (SANTOS, 2011).

A constituição da organização mundial de saúde de 1946 sustenta a prioridade que deve ser dada ao direito à saúde, pois segundo esta, saúde não significa somente a pessoa não ter alguma doença, mas sim ter um bem estar completo, tanto mental, físico como social. Sendo esse um direito fundamental de todo ser humano, não devendo ocorrer nenhuma distinção de cor, raça, religião, ou qualquer outro aspecto social na hora da efetivação do mesmo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Quando ocorre a ausência de comprometimento por parte do poder público na efetivação de Direitos fundamentais, onde tanto o Poder Executivo como o Legislativo não atuaram da forma como se esperava, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inc. XXXV

assegura aos indivíduos, o amplo acesso ao Poder Judiciário para que seja feito o que está previsto em lei (BRASIL, 1988).

Porquanto, tratar-se-á da judicialização do direito à saúde, no qual pessoas vão à busca do Poder Judiciário para suprir a falta de um medicamento que não é fornecido pelo sistema único de saúde. Por isso e por tantos outros motivos esse meio empregado aos cidadãos de requerer seus direitos, merece ser utilizado com coerência, já que por se tratar de uma responsabilidade solidária, de competência comum entre as esferas do poder público, pode ocorrer que todos os entes paguem simultaneamente pelo direito reivindicado no Poder Judiciário e acarrete em um ônus excessivo a um dos entes federativos, já que os magistrados determinam o atendimento imediato do referido direito (SANTOS, 2018).

3.2 MÍNIMO EXISTENCIAL

Ao tratar da judicialização do direito à saúde, principalmente no que diz respeito ao fornecimento de medicamento de alto custo, se faz de grande importância abordar o Mínimo Existencial. Pois como o Estado é o garantidor das mínimas condições que o cidadão necessita para sua sobrevivência, encaixa-se nesse rol de condições o direito à saúde, como sendo um dos mais importantes, já que está diretamente ligado ao direito à vida.

Do mesmo modo o princípio do mínimo existencial faz jus ao princípio da proibição da insuficiência, onde a administração pública deve assegurar aos cidadãos de seu Estado um núcleo essencial, com conteúdos mínimos que proíbam a insuficiência de direitos fundamentais básicos, garantindo assim a dignidade da vida humana. Esses conteúdos mínimos devem visar uma qualidade de vida a todos os indivíduos, assegurando ainda a saúde, educação, habitação, serviços de previdência, alimentação, entre outros (CAVALIERI FILHO, 2014).

Dito isso, entende-se que a teoria do mínimo existencial é utilizada como método para que o Estado cumpra com determinadas obrigações, onde o mínimo existencial não deve limitar-se somente a uma sobrevivência física, pois este abrange além desta visão, todos os direitos fundamentais (PENA, 2011).

Entretanto o que não pode acontecer é de que qualquer direito seja tratado como mínimo existencial, é necessário assim que seja um direito sobre o qual as pessoas não consigam ter uma vida com dignidade humana. Pois o Estado ao conceder recursos para suprir com as necessidades de saúde de um único indivíduo, por interseção do Poder Judiciário que é

o tema do referido trabalho, acaba deixando de visar seu principal objetivo, de garantir o bem estar da sociedade como um todo, tornando-se ausente no que diz respeito às políticas públicas de saúde, que são a sua principal forma de implementação. Entende-se desse modo que, o poder judiciário além de reparar os danos causados aos indivíduos, pela má-prestação dessas políticas, deve ir além, forçando uma revisão propriamente dita, já que este trata-se de um direito bidimensional, que pode ser solicitado tanto pelo viés individual quanto coletivo (ZILLÁ,2017).

Por este fato se faz necessário a comprovação de alguns aspectos apontados, como: a comprovação de sua adequação e da sua necessidade para o tratamento de saúde; a impossibilidade de substituir o medicamento por outro com mesma eficácia; e ainda a incapacidade financeira do indivíduo e de seus familiares, conforme prevê o Código Civil nas disposições de prestações de alimentos (RE 566.471-RN, 2016).

Temos como principal exemplo casos em que foi requerido perante o Poder Judiciário o medicamento para NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, entretanto os relatórios médicos relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores dessa doença, todavia é um medicamento que seu tratamento custa cerca R\$ 52.000,00 por mês. Medicamento este que foi requerido por uma jovem de 21 anos perante o Poder Judiciário, e foi concedido por meio de tutela antecipada (STF, 2010).

Por outro lado ter-se-á a requisição de vacinas de prevenção de Meningite Meningocócica tipo A,C,W,Y e Meningite Meningocócica tipo B, em que os valores variam de R\$ 370,00 a R\$ 700,00 reais e somente são encontradas na rede privada, pois a rede pública somente fornece vacina contra Meningite meningocócica tipo C. Doença essa que a única forma de prevenção é a vacinação, e ultimamente o número de casos vem se elevando no país, principalmente no que diz respeito a Meningite Bacteriana, considerada a mais grave, já que pode levar uma criança a morte em poucas horas (ONGARATTO, 2019).

No mesmo sentido, o mínimo existencial exige tratamento similar ao das regras jurídicas, pois independente de não ter previsão legal expressa, a de se encontrar este na própria constituição. Como dito anteriormente, a não observância deste é uma ofensa a dignidade da pessoa humana, reduzindo de certo modo as pessoas como meros meios dos direitos e não fins, como deveriam ser. Sendo assim, o valor da dignidade humana, limita de certo modo os direitos fundamentais, e inibe que ocorram restrições excessivas, mediante a visão da existência de um conteúdo inatingível (CAMBI, 2016).

Contudo, destaca-se o questionamento de que a concretização dos direitos fundamentais deve ou não ficar condicionada a disponibilidade de recursos previstos para este tipo de finalidade nas respectivas entidades públicas, já que o orçamento destinado ao cumprimento destes direitos básicos, está fixado ao mínimo previsto constitucionalmente. Não devendo assim, os cidadãos se tornarem reféns da boa vontade do administrador público, já que na maioria das vezes as suas intenções não dizem respeito às necessidades da sociedade (CASTRO, 2016).

Por esse fato, é interessante analisar que em certos casos o paciente não possui condições de esperar pela implantação de determinadas ações de saúde pública por parte da administração, motivo este que leva o magistrado a decidir fundado em preceitos éticos e morais, ou até mesmo por pressão psicológica, principalmente quando se trata de doenças mais graves por exemplo (ZILLÁ, 2017).

Sendo assim, Eduardo Cambi (2016, p. 492) sustenta: “Quando se refere ao mínimo existencial, o que está em causa é a determinação, em uma certa sociedade concreta e em momento histórico delimitado, de quais são as condições mínimas que devem ser asseguradas pelo Estado para uma existência digna.” Sendo assim, os direitos fundamentais necessitam ter um conteúdo mínimo, voltados para o tempo e o lugar, e levando em consideração a estrutura e o nível econômico e financeiro da sociedade.

3.3 RESERVA DO POSSÍVEL

Ao tratarmos sobre a reserva do possível, em primeiro lugar é importante entendermos que essa tese encontra fundamento na ideia de que a obrigação impossível não tem como ser exigida. Esta surgiu na doutrina constitucional alemã, por meio da limitação do acesso ao ensino superior de determinado estudante, onde o aluno não havia sido admitido em duas faculdades de medicina devido a limitação de vagas do referido curso. Desse modo o tribunal constitucional alemão diante dessa pretensão, entendeu que o aumento do número de vagas na universidade estava subordinado à reserva do possível (PENA, 2011).

Não raro toma-se conhecimento de que o Estado use como meio de se desviar de suas prerrogativas constitucionais, a insuficiência de recursos, procrastinando assim a efetivação dos direitos sociais como visto acima. Com isso, por diversas vezes os cidadãos vão à busca do Poder Judiciário para garantir uma prestação positiva por parte do Estado, quando tanto o

poder executivo como o legislativo não atendem as normas constitucionais (FACHINELLO, 2015).

Contudo, a reserva do possível, pode ser assim entendida como um limitador de circunstâncias fáticas-jurídicas, tendo como intuito resolver os conflitos existentes no que diz respeito aos direitos fundamentais e principalmente protegendo o direito ao mínimo existencial. Tudo isso é necessário, para que por meio das decisões do judiciário, o poder executivo não venha a ser prejudicado, já que suas políticas públicas são programadas e implementadas a longo prazo, sem que ponha em risco os demais planejamentos da administração, no que diz respeito a alocação dos recursos públicos (ZILLÁ, 2017).

No mesmo sentido a reserva do possível não pode ser um limite absoluto para negar a efetivação de Direitos fundamentais, devendo ser considerada como um argumento em que o juiz deve levar em conta ao formular sua decisão, levando em consideração a necessidade de se efetivar o que está na constituição com a responsabilidade do Estado (CAMBI, 2016).

Entende-se desse modo que ao ser utilizado a reserva do possível como limitador fático, cabe ao Estado demonstrar a inexistência de recursos para a efetivação destes direitos. Pois o código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, inciso II, levanta a questão de que quem, alegar algum fato que impeça a existência de determinado direito, deve provar o fato em si. Desse modo, não há o que se discutir no que diz respeito a obrigação do Estado em comprovar a inexistência de recursos suficientes para concretizar demandas decididas pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2015).

Contudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sustenta a tese de que os direitos que são ligados com a dignidade da pessoa humana não podem ser limitados pela escassez de recursos, quando esta foi causada por escolhas próprias do administrador. Razão essa por qual se afirma que a reserva do possível não pode ser oponível a realização do mínimo existencial (REsp 1.185.474-SC,2010).

Por outro lado, entende-se que o problema que impede a efetivação de direitos, referentes à dignidade da pessoa humana, não está na falta de recursos, mas sim na forma como os entes administradores destes recursos fazem descaso dos interesses da sociedade. Pois em nosso país, onde a sociedade que deveria ser a maior beneficiária desses recursos, muitas vezes é a que mais sofre pela falta destes, já que seus administradores tratam esses recursos, como se fossem seus, sem levar em consideração os princípios do Estado Democrático de Direito (CASTRO 2016).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito à escolha do tema, foram muitos os que trouxeram grande interesse para a pesquisa, entretanto nem todos possuíam uma elevada relevância acadêmica em nossa atualidade, já que alguns dos assuntos se encontram bem discutidos. Sendo assim, tratou-se de um tema, com base em todo contexto social em que estamos vivendo e principalmente em sua importância na vida cotidiana da nossa profissão como advogados.

Diante da elaboração deste trabalho, buscou-se meios de pesquisa eficientes, como livros, artigos científicos relacionados à área de direito, e desenvolvidos por profissionais da mesma. Do mesmo modo, possui auxílio de professores do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz, que auxiliaram na escolha do tema, no desenvolvimento do trabalho, na indicação de referências bibliográficas e na formatação do trabalho.

Sendo assim, o principal objetivo foi abordar assuntos dentro da Judicialização de Medicamentos que mais tem repercussão no âmbito da responsabilidade civil, sendo assim, com base em todas as pesquisas realizadas, foi possível chegar à conclusão de que é de extrema relevância, tanto social quanto didática, tratar de pontos específicos assim como os direitos fundamentais, os direitos sociais, o direito à saúde, à responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos, e por fim explicar os dois lados, o do Estado e o do próprio cidadão, com base no mínimo existencial e na reserva do possível.

Tudo o que foi levantado até agora, traz a conclusão de que os direitos fundamentais, são tão importantes que apesar de não existirem previsões de despesas com esses meios, tanto nas leis orçamentais quanto nas políticas públicas, não se torna fator suficiente para impedir a efetivação do mínimo existencial. Onde as decisões judiciais apesar de não possuírem força considerável para impedir determinados gastos, podem determinar que primeiro sejam satisfeitas as necessidades prioritárias da população e depois os demais casos.

Por outro lado, é importante observar como já visto anteriormente, que o Ministério da Saúde volta sua atenção pela coletividade e não pelo individual. Desse modo alguns investimentos não fazem sentido, pois naquele momento determinada doença não está em alta, visto que na rede pública são priorizados os medicamentos mais importantes. Mas isso não quer dizer que as necessidades individuais não merecem atenção do poder público, pelo contrário, são essas que devem ser analisadas com maior cautela para que se consiga assim dar o apoio que eles realmente necessitam, analisando assim caso a caso para alcançar a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, já que são esses que compõem a sociedade como um todo.

Desse modo, chegou-se a conclusão de que tanto os portadores de NIEMANN-PICK TIPO C quanto de Meningite Meningocócica tipo A,C,W,Y e Meningite Meningocócica TIPO B, merecem uma atenção específica do Estado e até mesmo a intervenção do referido poder para que não sofram com a ausência de prestações positivas na rede pública para suas doenças, doenças essas que são degenerativas ou podem levar a morte em poucos dias, inclusive de crianças, que são os principais atingidos pela Meningite.

Todavia, diante do Estado Democrático de Direito que vivemos e da Constituição Cidadã que atualmente é vigente em nosso país, não é porque a necessidade seja de um único indivíduo, que não merece uma atenção específica do poder público. Pois entende-se que nenhum ser humano deve sofrer com doenças graves, pela falta de responsabilidade na disponibilização de recursos públicos para controle e até mesmo prevenção de determinadas doenças. Recursos esses que até os dias de hoje, objetivamente, não se encontram em total escassez, mas sim mal distribuídos pelos administradores e demais responsáveis.

Conclui-se que o direito à saúde está relacionado justamente com o princípio maior, que é o direito à vida, sobrevém a qualquer outro direito patrimonial que está interligado diretamente ao assunto em questão, assim se verifica que o administrador público não possui faculdade de se desonerar do cumprimento de um dever que dele ao menos se espera que seja cumprido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Acessado em 03 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Acessado em: 04 set. 2018. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8080_190990.htm.

BRASIL. **Portaria nº 373 de 27 de Fevereiro de 2002**. Acessado em: 05 set. 2018. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html

BRASIL. **Organização Mundial da Saúde**. 1946. Acessado em 23 out. 2018. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Acessado em 26 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. **Judicialização da Saúde: em busca de efetivação do Mínimo Existencial**. 2016. Acessado em: 26 out. 2018. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASJHBU/disserta_o_finalizada_para_impress_o___emmanuelle_konzen_castro.pdf?sequencia=1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FACHINELLO, Jackson Paulo. **O Direito ao fornecimento de medicamentos não disponibilizados pela administração pública**. 2015. Acessado em 27 out. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-fornecimento-de-medicamentos-nao-disponibilizados-pela-administracao-publica,53325.html>.

IGNACIO, Julia. **O que são Direitos Sociais**. 2017. Acessado em 04 set. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direitos-sociais-o-que-sao/>.

LENZI, tié. **O que são direitos e garantias fundamentais**. 2017. Acessado em 03 set. 2018. Disponível em: <https://www.todapolitica.com/direitos-e-garantias-fundamentais/>.

LINCOLN, Allan. **A Responsabilidade civil quanto a má prestação do serviço público de saúde**. 2016. Acessado em 15 out. 2018. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/allanlincoln/artigos/a-responsabilidade-civil-do-estado-quanto-a-ma-prestacao-do-servico-publico-de-saude-2266>.

MENDES, Gilmar. **Responsabilidade Estatal em fornecer medicamentos de alto custo**. 2010. Acessado em 25/03/2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Homer/Downloads/JULGADO%20.pdf>

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONGARATTO, Sabrina. **Quais vacinas protegem contra meningite bacteriana?** 2019. Acessado em 25/03/2019. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Crianças/Saude/noticia/2019/03/quais-vacinas-protegem-contrameningite-bacteriana.html>

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PENA, Isabela Leitão Paes. **Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde**. 2011. Acessado em 24 out. 2018. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4323941/mod_resource/content/2/PENA-minimo%20reserva%20direito%20a%20saude.pdf.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Mayara Araujo. **Fornecimento de Medicamentos: um conflito entre os entes federativos e o Poder Judiciário**. 2018. Acessado em: 22 out. 2018. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1018.

SAÚDE, ministério. **Sistema Único de Saúde**. 2018. Acessado em: 05 set. 2018 Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.185.474-SC**. Voto do relator: Humberto Martins. 2010. Acessado em 26/03/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>

Supremo Tribunal Federal. **RE 566.471-RN**. Voto do Relator: Ministro Marco Aurélio. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: maç. 2019.

Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178-PE**. Voto do relator: Ministro Luiz Fux. 2015. Acessado em 28/05/2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>

TODA POLÍTICA. **O que são Direitos Sociais**. 2018. Acessado em: 04 set. 2018. Disponível em: <https://www.todapolitica.com/direitos-sociais/>.

ZILLÁ, Oliva Roma. **Da Farmacialização do Judiciário: Breves considerações**. 2017. Acessado em 27/03/2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Homer/Downloads/RT.pdf>