



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANA LUÍSA PEREIRA DE MEDEIROS

DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

SOUSA - PB
2010

ANA LUÍSA PEREIRA DE MEDEIROS

DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Me. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

SOUSA - PB
2010

ANA LUÍSA PEREIRA DE MEDEIROS

DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora MSc. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Orientador (a) Professora MSc. Ângela Maria Rocha Gonçalves de Abrantes.

Examinador interno

Examinador externo

Dedico a meus pais,
amigos e
familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a minha família, em especial ao meu pai, José Aluisio de Medeiros e a minha mãe, Maria José Pereira de Medeiros, por acreditarem em mim e me darem forças para continuar neste caminho que por muitas vezes, não foi fácil.

A todos os amigos que estiveram sempre comigo, independentemente da distância, e que se fizeram presentes de alguma forma, seja com uma palavra de apoio ou apenas um sorriso para inspirar confiança.

E, por fim, a minha orientadora, professora Ângela por sempre demonstrar tanta dedicação, compreensão e carinho ao longo deste trabalho.

"O homem habita dois mundos. Um é o mundo natural das plantas e dos animais, dos solos, do ar e das águas, que o precedeu em bilhões de anos e do qual faz parte. O outro é o mundo das instituições sociais e dos artefatos que constrói para si mesmo com suas ferramentas e máquinas, sua ciência e seus sonhos, para alcançar um meio obediente aos propósitos ou direções humanos"

René Dubos

RESUMO

A Constituição brasileira de 1988 afirma que é dever do Estado propiciar e proteger a saúde e a integridade física e mental de todo cidadão. Nesse sentido, o presente trabalho aborda a importância da saúde (o bem-estar físico e mental) para a vida do homem e da sociedade, bem como a necessidade da aplicabilidade das normas e princípios constitucionais nessa área, visando à garantia e a efetividade do Direito à Saúde para a construção de uma vida digna e saudável para os indivíduos. Assim, a razão dessa pesquisa prende-se ao fato de que, atualmente, tal direito fundamental não está sendo cumprido plenamente, pois nota-se uma crescente busca ao Judiciário para obtenção de assistência médico-hospitalar ou para a aquisição de certos medicamentos para brasileiros considerados hipossuficientes. Fez-se uso dos métodos dialético e histórico-evolutivo e a técnica da pesquisa foi bibliográfica e virtual, para a investigação sobre a evolução dos direitos fundamentais sociais (na construção de uma sociedade mais justa e igualitária) e buscar dados, e a fundamentação teórico-jurídica sobre o direito à saúde e sua efetivação no Brasil. A discussão do tema é importante para a Academia e que é mister aos agentes do Estado o cumprimento dos compromissos constitucionais, de forma que haja uma maior responsabilidade em torno da proteção da vida humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito a Saúde. Direitos Sociais. Justiciabilidade

ABSTRACT

This article addresses the importance of the security and effectiveness of the Right to Health to build a dignified and healthy life, whether physical or mental. In the 1988 Constitution states that it is the duty of the state provide health protection, and is a citizen's right to have it. Thus making each person is part of their dignity as human beings preserved. The reason this research is given to the fact that today we can see the growing demand of the citizens the legal remedies to obtain medical assistance or supply of drugs. The aim of this paper is to present the importance of health for human life and the need for capable of effective applicability to their individual well-being and mental health. Addresses as the research method-evolutionary history to investigate the evolution of fundamental rights and its importance to building a more just and egalitarian society, and the use of technical literature on virtual and the right to health, his regime law and as applied in Brazil, and systematic information gathering. It follows therefore that it is necessary that the agents of the state meet its constitutional commitment, so that there is a responsibility regarding the protection and promotion of human life.

Keywords: Fundamental Rights. Health Effectiveness. Justiciability

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CONASS - Conselho Nacional de Saúde

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS - Instituto Nacional de Previdência Social

NOB - Norma Operacional Básica

OMS - Organização Mundial da Saúde

ONU - Organização das Nações Unidas

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

SIDA/AIDS - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida

SUS - Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.2 DOS DIREITOS SOCIAIS	17
3 DO DIREITO À SAÚDE	21
3.1 O DIREITO À SAÚDE	24
3.2 O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE	24
3.3 REGIME JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE	27
3.4 O SISTEMA DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO	35
4 A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELOS SERVIÇOS DE SAÚDE	40
4.1 MICRO-JUSTIÇA X MACRO-JUSTIÇA	45
4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL – PRESTAÇÕES MÍNIMAS EM SAÚDE	46
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

“A saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Com essas palavras a Constituição Federal do Brasil (de 1988), em seu art. 196, expressa o compromisso do Estado de garantir, plenamente, a todos os cidadãos o direito à saúde e, conseqüentemente uma vida digna. Mas, essa garantia constitucional, conforme a literalidade do artigo mencionado, só será efetivada “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”.

Tal determinação constitucional brasileira tem por base ou exemplo as exigências da Organização Mundial de Saúde (entidade vinculada a ONU). Portanto, fiel aos ditames do citado Organismo Internacional, o Brasil reservou um lugar de destaque para a ‘saúde’, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro ‘direito humano fundamental’.

Qualificar um determinado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer conseqüência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, além da sua constitucionalização, o direito à saúde deve acarretar um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras conseqüências práticas daí advindas, sobretudo, no que se refere à efetividade de suas normas, aqui consideradas como a materialização das regras no mundo dos fatos, bem como a realização do direito e do desempenho concreto de sua função social e da aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e a realidade social.

Foi para o cumprimento desse dever que a Constituição impôs que, o Estado brasileiro criou entidades públicas - ora pertencentes à Administração direta, ora à Administração indireta, da União, dos Estados e dos municípios -, para instituírem e concretizarem políticas e programas, objetivando o cuidado, a prevenção, a conservação e a assistência à saúde dos indivíduos, bem como criou mecanismos de cooperação entre essas entidades e entre instituições do setor privado, de modo que a execução das políticas públicas, voltadas à saúde física e mental do cidadão, sejam efetivadas de modo universal e igualitário, observando as peculiaridades regionais e sociais da população que atende.

Um dos organismos usados pelo Estado brasileiro para a concretização do pleno ‘direito à saúde’ é o SUS: Sistema Único de Saúde. Mas, há diversas entidades que auxiliam

o SUS (e que serão apresentadas no presente trabalho) e estão encarregadas de prestarem assistência médica, hospitalar, ambulatorial, medicamentosa, programas de vacinação e de prevenção de endemias, dentre outras, que visam efetivar o 'direito social à saúde', seja física ou mental do ser humano.

A razão de ser dessa complexa estrutura de atuação não poderia ser outra senão a ditada pela própria Constituição Federal: garantir a todos 'o direito à saúde'.

No entanto, de forma paradoxal, pela sua própria extensão e complexidade, essa estrutura vem se mostrando ineficaz. Seu funcionamento demanda alto custo, há falta de investimentos, a pluralidade de normas não raro gera controvérsias que dificultam a atuação; enfim, há uma série de elementos que podem ser apontados como causas da "falência ou precariedade" dessa estrutura.

A prestação de assistência farmacêutica, ou, melhor dizendo, a falta ou a falha na prestação da assistência farmacêutica é um fator que evidencia a ineficiência da estrutura do SUS e caracteriza patente afronta ao direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, o presente trabalho está composto de três capítulos, da Introdução e da Conclusão, o primeiro abordará, de forma sintética, a evolução dogmática dos direitos fundamentais, mostrando a importância da sua eficácia para a garantia de uma vida digna ao indivíduo. O segundo capítulo será dedicado ao estudo do Direito à Saúde, ressaltando seu conceito, evolução e conteúdo, além do regime jurídico e como atua o sistema de saúde no Brasil, abrindo parâmetros e premissas para garantir sua efetividade. Enquanto, no terceiro capítulo, serão analisadas as possibilidades de exigências do Estado brasileiro, por vias judiciais, destacando-se a garantia, eficácia e provimento dos serviços de saúde (através da micro-justiça e macro-justiça), para a determinação da prestação do mínimo necessário em saúde. Há, ao longo do trabalho a inserção de notas e referências bibliográficas, com anotação precisa da fonte de onde as citações foram extraídas, constando, no final do trabalho, a relação de toda a bibliografia consultada.

No que pertine à metodologia, a melhor opção será o uso dos métodos dialético e histórico-evolutivo, e a técnica da pesquisa bibliográfica e virtual para a investigação sobre a evolução dos direitos fundamentais sociais, para buscar-se dados e a fundamentação teórico-jurídica sobre o direito humano à saúde, bem como para o estudo do Sistema de Saúde brasileiro, seu regime jurídico, aplicação e efetivação no âmbito nacional.

Vale salientar que a pesquisa é interessante, atual, recorrente, pois está exposta na 'mídia', com apresentação e questionamentos sobre diversos problemas ligados a esta temática. Ela é importante, pois, para a sociedade e para a Academia, por fazer o estudo de

um tema essencial à vida dos brasileiros que atualmente estão sofrendo muitíssimo com a ‘ineficiência’ ou ‘descaso’ do Estado mantendo-se indiferente a um direito fundamental do ser humano.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos são ‘resultado’ de movimentos sociais ocorridos no início do século XVIII, mais precisamente no ano de 1789, com a Revolução Francesa, que foi influenciada pelos ideais do Iluminismo e pela Independência Americana em 1776. É considerado como o marco do início da Idade Contemporânea, vindo a abolir a servidão e os direitos feudais, lutando contra o Antigo Regime e os privilégios da nobreza e do clero. A Revolução Francesa proclamou os princípios universais da: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, frase de autoria de Jean-Jacques Rousseau.

São essenciais, imprescindíveis e necessários para o progresso moral e social da humanidade, pois abarcam os direitos inerentes a pessoa humana, os quais são decorrentes da própria natureza do homem, indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, igualitária e livre.

Bonavides (2000, p. 515) expressou-se da seguinte maneira em relação ao tema:

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização: pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Já o segundo, tão formal quanto o primeiro, são os que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança.

Portanto, vê-se que os direitos humanos, positivados na lei fundamental, passam a se denominar direitos fundamentais, não apenas porque estão impregnados da fundamentalidade que lhes confere a dignidade de tal denominação, mas também por se constituírem, a um só tempo, em fundamento do estado constitucional brasileiro.

O principal modelo de positivação desses direitos foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, como já foi citado anteriormente. Segundo Kist (2000, p. 38-39), o maior objetivo da Declaração “era proteger os direitos do Homem contra os atos do governo, sem afastar um caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, ‘recordando-os deles’” – direitos naturais e, que antes não eram constituídos, apenas declarados.

A partir da Declaração da Organização das Nações Unidas em 1945, é que os Direitos Humanos passaram a ser reconhecidos internacionalmente e encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade.

Figueiredo (2007, p. 33) mostra o entendimento do mestre Canotilho da seguinte forma:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Disso, percebe-se que dada a fundamentalidade dos direitos humanos, o Estado deverá prover meios para promoção e efetividade dos mesmos, ao passo que o cidadão terá condição para exercê-los e exigí-los diante da omissão do Estado.

Refere-se José Afonso da Silva (2003, p.149) sobre o assunto:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Portanto, afirma-se que tais direitos são indissociáveis do homem, de sua dignidade, de tal forma que apenas respeitando-se estes direitos é que se irá garantir a dignidade do indivíduo.

2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sófocles, em sua obra *Antígona*, ao exprimir a idéia predominante na época, fomenta que o direito não corresponderia àquilo que o legislador declara, mas a algo que projetaria o justo e, conseqüentemente, independeria, como o justo, da mera vontade dos homens. Para ele, esta seria a raiz mais profunda da doutrina dos direitos fundamentais.

Como menciona Lopes (2007, p.19), desde os Dez Mandamentos até a Lei das Doze Tábuas, os primeiros códigos morais e jurídicos, consistiam-se apenas em conjuntos de regras que estabeleciam obrigações para os indivíduos e não asseguravam seus direitos.

A fim de viabilizar a ascensão política e econômica já conquistada, a burguesia lutou pela concretização de uma esfera de liberdade, que a partir daí, fossem reconhecidos pelo Estado uma série de direitos e prerrogativas resumidos na frase “liberdade, igualdade e fraternidade” simbolizando essa luta social.

A partir deste pensamento é que se dá origem a concepção de “direitos naturais”, aqueles que são inerentes ao homem, decorrem da sua condição humana, sendo eles direitos anteriores ao Estado, conseqüentemente inderrogáveis, pois fazem parte do senso de justiça do homem para com sua espécie, sendo, então inalienáveis, visto que a ninguém seria possível abrir-lhes mão, renunciá-los ou transigi-los.

Por se tratar de direitos anteriores ao Estado, os direitos naturais não eram instituídos pela ordem jurídica, eram apenas declarados ou reconhecidos. Essa anterioridade caracterizava-se por determinar que tais direitos fossem contra o Estado, pois agiam como forma de proteção do indivíduo para atos de ingerência estatal na esfera privada.

Dada a natureza dos direitos naturais serem subjetivos, ao Estado cabia evitar que fossem violados, e que se o fossem, seriam restaurados, sendo o causador do dano devidamente responsabilizado; ou seja, ao Estado era designado resguardá-los, dotando-os de coercibilidade e justiciabilidade.

Porém, o espaço e o progresso social adquirido pela emergente classe operária, não foram suficientes para efetivar de maneira concreta os direitos naturais e, diante disso, não era possível fazer com que na prática fossem realmente assegurados.

Com a classe burguesa em crescente ascensão, devido a expansão da economia, inclusive para o chamado Novo Mundo, o êxodo rural e o crescimento populacional das grandes cidades, moldou-se um pano de fundo para o surgimento de uma classe operária em busca da consolidação de âmbitos próprios, de intervenção social e política.

O ideal que serviu como bandeira para a revolução francesa ‘liberdade, igualdade e fraternidade’ estava muito distante de sua aplicação quando dado o fim do movimento e da sua conquista, visto que a classe menos privilegiada não tinha participação e nem sufrágio, por conseqüência de razões econômicas e culturais, é o que assegura em sua obra Hobsbawn (2000, p. 436) “os movimentos operários e seus movimentos associados em favor da reforma social e pela transformação social foram movimentos pelos Direitos do Homem, tanto no sentido individual quanto no social.”

O reconhecimento dos direitos sociais pode ser interligado como fato subsequente a luta pela classe operária para adquirir seus direitos políticos. Com a igualdade política assegurada, o próximo passo seria concretizar uma igualdade referente às melhores condições

de vida e a possibilidade de cada indivíduo poder ascender economicamente e não ficar condicionado ao meio em que nasceu e amadureceu. A conquista do poder político e a obtenção da maioria parlamentar, vieram a tornar a consolidação de tais metas cada vez mais reais.

Diante desse panorama exposto, nota-se que ao Estado foi incumbido de uma série de encargos que antes não possuía, sendo a ele designado o ônus de prestar serviços a comunidade, tais como: saúde, educação e seguridade social.

Figueiredo (2007, p. 38) cita as palavras de Martínez que afirma:

Louis Blanc e a restante vertente humanista do socialismo trouxeram uma nova concepção aos direitos humanos, definindo-os a partir da noção de liberdade como capacidade, igualdade como satisfação de necessidades básicas e fraternidade como fundamento de obrigações positivas entre os indivíduos.

Introduziu-se, assim, a idéia de que os direitos humanos somente seriam respeitados quando o Estado proporcionasse aos indivíduos os recursos necessários à preservação dos bens tutelados pelos direitos e obrigasse os particulares a contribuir no aporte de recursos para tanto. Os direitos sociais transformavam-se no instrumento que tornaria possível alcançar a igualdade que permitem a todos os indivíduos gozarem dos demais direitos antes nunca usufruídos.

Canotilho (2000, p.395-396), em suas próprias palavras afirma:

No entanto, costuma-se fazer uma outra distinção com base na posição jurídica do cidadão, titular dos direitos em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao status negativus e através dela visa-se defender-se o cidadão perante a intervenção do Estado. Daí o nome de direitos de liberdade, liberdades autonomias e direitos negativos. Por sua vez, os direitos estariam ligados ou ao status activus ou ao status positivus. Os direitos ligados ao status activus salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades de participação (cfr., Arts.48º ss). Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o status positivus; trata-se dos direitos do cidadão às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como direitos positivos ou direitos de prestação, modernamente conhecido por direitos económicos, sociais e culturais.

Portanto, os direitos humanos tiveram sua razão de ser a partir do surgimento dos direitos da modernidade, fruto dos ideais que permeavam as Revoluções Burguesas no fim do século XVIII, em especial a Francesa e a Norte-Americana, sendo, nesse sentido tais teorias dos direitos humanos uma conquista da modernidade, pois eles ao serem considerados como direitos fundamentais, devem respeitar, em regra, dois critérios: o reconhecimento da

Constituição, sendo os mesmos positivados ou de qualquer forma, parte da Constituição escrita, quando passam a ocupar o cume de todo o ordenamento jurídico (direitos supralegais) e o procedimento agravado de reforma ou o seu impedimento (as cláusulas pétreas).

2.2 DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, enuncia os direitos individuais, os direitos sociais, os de nacionalidade, os políticos e dos partidos políticos.

Acerca dos direitos fundamentais, existem quatro categorias que lhe são aplicáveis: os direitos fundamentais de primeira geração, os direitos fundamentais de segunda geração, os direitos fundamentais de terceira geração e os direitos fundamentais de quarta geração.

Os direitos de primeira geração são os tratados como individuais, são direitos da pessoa humana em relação ao Estado. Este é caracterizado por uma obrigação de não fazer (prestação negativa), compreendendo as liberdades do indivíduo, tais como propriedade, vida e segurança, visando proteger as arbitrariedades cometidas pelo Estado

Os direitos de segunda geração correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao Estado é incumbido a obrigação de fazer (prestação positiva) em favor da pessoa que necessite desses direitos. As ações do Estado devem estar motivadas e orientadas para atender a justiça social.

Os direitos de terceira geração compreendem os direitos coletivos que também são designados direitos de solidariedade e fraternidade. A obrigação do Estado em relação a esses direitos é de proteger a coletividade de pessoas, não apenas um ser humano de forma isolada. Os principais objetivos protegidos são: meio ambiente, qualidade de vida, paz, autodeterminação dos povos, defesa do consumidor, da criança, do idoso.

A quarta geração dos direitos fundamentais envolve os direitos das minorias, são novos direitos sociais que resultam da evolução da sociedade e dos efeitos da globalização. Abrangem temas relativos à informática, biociência, clonagem, eutanásia, estudo de células tronco. Segundo Paulo Bonavides, são direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Porém, tais classificações não são universais.

Nessas categorias, incluem-se os direitos sociais, constituídos não só por estes mas também pelos culturais e econômicos, os quais o Estado assume uma indiscutível função promocional, pois tais direitos concretizam o princípio da justiça social, atendendo às reivindicações de classes menos favorecidas e que também caminham par a par com os direitos relativos à igualdade, situação na qual o Estado deve prestar serviços ao cidadão tendo por objetivo atingir a justiça social.

Nesse sentido, é importante o magistério de Figueiredo (2007, p.24), que infere:

Os direitos sociais, destarte, passaram a ser responsáveis pela estipulação de prestações a serem fornecidas pelos Poderes Públicos, em favor dos indivíduos, passando a ser compreendidos como “direitos de crédito”, exatamente nesse sentido de outorga de direitos a determinadas prestações.

Trabalha com essa mesma concepção a nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 1º, dando caráter eminentemente principiológico no que concerne à eficácia dos direitos fundamentais “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Tais normas de cunho coercitivo impõem aos órgãos estatais e aos particulares que ofereçam a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, enquanto o direito de defesa, por sua vez, tem o condão de limitar o poder do Estado.

É assim que os direitos sociais prestacionais reclamam uma posição ativa do Estado na esfera econômica e social, assim como igualmente exigem a prestação e o regular funcionamento dos serviços públicos prestados aos cidadãos, como educação, saúde, aposentadoria, moradia.

Os direitos supracitados objetivam uma igualdade tanto material como imaterial, encontrando-se profundamente atreladas as tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem.

As realizações das prestações não acontecem sem que haja recursos de ordem econômica e a limitação destes recursos causa a problemática na eficácia desses direitos.

Para Faria (1994, p. 54):

Os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseados em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; é isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

Dessa forma, os operadores do direito devem procurar alternativas possíveis na efetivação do respeito aos direitos sociais, fazendo com que o Estado cumpra a sua obrigação de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que por meio da atuação dos Poderes Públicos caminhe para a erradicação da pobreza e da marginalização, a fim de reduzir as desigualdades sociais.

Assim como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Porém, não se tratam de meros poderes de agir - como são típicos das liberdades públicas de modo geral - mas são qualificados como poderes de exigir. São direitos de "crédito", tendo como sujeito passivo desses direitos o próprio Estado, posto como responsável pelo atendimento aos direitos sociais.

Com efeito, a afirmação da existência de pretensões originárias decorrentes de direitos fundamentais sociais, passíveis de exigibilidade perante o Estado, demanda uma investigação acerca da disciplina normativa dos direitos fundamentais sociais no ordenamento constitucional brasileiro, considerando-se as intrincadas questões que a envolvem e as peculiaridades que caracterizam de modo especial. Cuida-se, pois, do exame do regime jurídico a que se submete os direitos fundamentais sociais.

A fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material. O material está relacionado à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição.

No sistema constitucional atual do Brasil, os direitos fundamentais sociais estão atrelados em suma às obrigações materiais incumbidas ao Estado, responsável por promover a liberdade por meio da igualdade material, isto é, cuja função é o desenvolvimento da livre personalidade humana por meio de um mínimo existencial sem o qual é imaginável a vida.

A constitucionalização dos direitos sociais assume relevância ímpar diante da afirmação do caráter normativo da Constituição, que faz com que esta condicione a validade da produção legislativa e pautar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, gerar pretensões individuais diretas e imediatas, em situações específicas.

Tais direitos ainda cumprem de certa forma o seu papel, no ordenamento brasileiro, por meio de disposições normativas que garantam, assim, a dignidade da pessoa na organização da vida em sociedade, tendo em vista a existência de relações não só sociais, mas também as de cunho privado, preservando entre elas o equilíbrio.

Essa herança consagrada pela recente Constituição Federal de 1988 tem espaço dedicado no seu artigo 6º, por exemplo, trazendo direitos fundamentais como a educação, o trabalho, a moradia, bem como a assistência aos desamparados e saúde, objeto em análise neste trabalho, reconhecendo, pois, os direitos sociais num espaço distinto do trazido no rol do artigo 5º, porém não menos importante que os contidos na extensa redação deste artigo, justamente por reconhecer os direitos sociais, do ponto de vista formal, sendo também obrigatórios e, portanto, fundamentais.

Entretanto, a promoção de tais direitos perpassa dificuldades de nível crítico, a saber, por exemplo, a atual conjuntura política e econômica dos estados neo-liberais vigentes.

Tanto é verdade que tal argumento tem sua razão no sentido de que os direitos sociais são tidos como não judicializáveis, na medida em que as normas que os estabelecem são de alcance quase que pífio, dado o dispêndio financeiro para a satisfação desses direitos.

Também não é menos verdade que os direitos sociais não são milagres filantrópicos da sociedade, mas apenas e naturalmente o desdobramento do princípio da igualdade, e outro escopo não têm senão o de assegurarem as liberdades que os despossuídos não podem ter o mesmo nível e extensão de seus co-cidadãos.

E, diante desse paralelo exposto, é mister o ensinamento de Figueiredo (2007, p. 34):

Trata-se de direitos vinculados à concepção de igualdade, mesmo que para estabelecê-la se façam necessárias discriminações, pois se cuida de direitos de homens reais, e não do sujeito abstratamente considerado pelas primeiras Declarações de Direitos, como abordado alhures. Nesse sentido, acolhe-se também a lição de Faria, para quem 'os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; ao contrário, são 'um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

A despeito da problemática posta em discussão, a Carta Magna impõe igualmente, em seu artigo 5º. § 1º. a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Embora isso signifique uma exequibilidade instantânea plena e derivada da própria constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e auto-suficiente, antes de tudo o que é preciso afirmar é que o reconhecimento dos mesmos obriga o poder público a atuar ao menos no sentido de perseguir a sua realização, seja superando as adversidades surgidas na promoção dos mesmos ou editando normas ou organizando serviços públicos necessários a sua efetividade, ainda que este fim não seja alcançado, e mesmo assim assumindo uma idéia de pré-compromisso constitucional.

3 DO DIREITO À SAÚDE

A noção do conceito de saúde atravessou o longo dos séculos, não estando apenas relacionado à evolução do direito, mas também a própria ideia do bem estar físico e mental em si.

A literatura indica que a primeira acepção de saúde está relacionada com uma explicação mágica, onde os povos primitivos viam a doença que acometia o indivíduo como uma ‘manifestação do demônio’. Segundo Scliar (2002, p.10), seriam ‘espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo’, que induziam o homem de ser acometido de distúrbios físicos ou mentais. Mas tal entendimento foi rebatido na antiguidade grega, principalmente, a partir dos estudos de Hipócrates, que não se limitava apenas a observar o paciente e sua enfermidade, como também o meio ambiente e as condições em que ele vivia. Diante disso, surgiu a discussão de que os fatores ambientais estavam ligados à aquisição de doenças

Nesse sentido, Scliar (2002, p.17) acrescenta que ‘Platão, de início relacionou a doença como um fator de desequilíbrio entre o corpo e a alma, sendo que depois ampliou seu conceito para afirmar o equilíbrio do homem com a organização social e com a natureza’, compreendendo-se a ampliação do que seria saúde.

Enquanto na Grécia Antiga a definição de saúde sofreu importantes evoluções, na Idade Média ela sofreu um sério retrocesso, especialmente na área sanitária, pois foi um período caracterizado pelas grandes epidemias, por aglomerações, conflitos militares, promiscuidade e falta de higiene, além da exploração do trabalho que levava a exaustão do ser humano e, conseqüentemente, a percepção de várias doenças

De acordo com Dallari (1988, p. 327-335):

As práticas médicas desenvolvidas pelas tradições ocidental (grega e romana) e oriental (árabe e judaica) – esta última incluindo estudos nos campos da farmacologia, oftalmologia, cirurgia, entre outros – ficaram à margem da cristandade dominante. A doença voltou a ser vista como castigo divino, resumindo-se os cuidados sanitários à preocupação de afastar o doente do convívio social, para evitar o contágio e a visão da própria doença.

Sob este prisma, o único contraponto foi ocasionado pelo fortalecimento da caridade, visto que surgiram os primeiros hospitais, mantidos por doações e voluntários abnegados que, conforme Scliar (1987, p.23-24) “mas apropriadamente hospícios, ou asilos,

nos quais os pacientes recebiam, se não o tratamento adequado, pelo menos conforto espiritual”, de que tanto precisavam.

O Renascimento caracterizou-se por ser uma época de restauração do conhecimento e do pensamento greco-romano, dessa forma, indo contra o misticismo da era medieval e as práticas exotéricas que estagnaram o desenvolvimento das ciências, às descobertas sobre o corpo humano, o pensamento e os métodos científicos. Dallari e Ventura (2003, p.29) evidenciam que o atual conceito de saúde pública teria raízes nesse período do Renascimento, quando também tem-se firmadas as primeiras políticas concretas do que se conhece atualmente por Direito Internacional Sanitário.

A Revolução Industrial propiciou um grande movimento da população para a urbanização, devido a migração das pessoas para as cidades em busca de melhores condições de vida, quando estas formaram cinturões de “favelas” ao redor das fábricas, devido a inexistência de esgotos, de saneamento básica e a proximidade com os resíduos das indústrias e pela absoluta falta de higiene, proliferaram-se doenças entre os operários, patrões e familiares. Estes fatos foram decisivos para que a sociedade reivindicasse melhorias das condições sanitárias e nas prestações de serviços de saúde, pois com um grande contingente de trabalhadores enfermos a produção das fábricas caiu, e também os próprios patrões exigiam a proteção da saúde dos operários.

Com a classe operária reivindicando melhores condições sanitárias, para a classe burguesa, foi fácil transferir tais exigências para o Estado, visto que este era nada mais do que simples instrumento do empresariado, assumindo pois o encargo de garantir a saúde pública. Neste sentido, Schwartz (2001, p. 113) salienta que “o capitalismo, por mais paradoxal que pareça, fez nascer uma visão social da saúde” e a melhoria das condições de vida para parcela da população.

Mas foi a partir do século XX, que a saúde seria tratada como direito social e política de governo. Com os acontecimentos da II Guerra Mundial, estabeleceu-se que o Estado seria o responsável pela proteção e responsabilização da saúde da população, vigorando a lógica econômica, relacionando-a as condições de vida digna do trabalhador e a sua atividade produtiva.

Assim, foram instituídos os sistemas de ‘previdência social’ e depois, os de seguridade social, englobando os subsistemas de assistência, prevenção e saúde pública, tal qual se encontra atualmente na Constituição Federal brasileira de 1988. A instituição do seguro social ofereceu a população assistência médica, enquanto direito adquirido por meio

do trabalho, disponibilizando assim uma mão-de-obra mais sadia e saudável, ou seja, menos doente.

A criação da Organização das Nações Unidas – ONU – e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH – impulsionaram o aparecimento de órgãos especiais objetivando garantir alguns direitos essenciais ao homem.

Ainda, nesse sentido, foi criada a Organização Mundial da Saúde – OMS – (em 7 de abril de 1948) que segundo sua constituição, tal entidade tem por objetivo melhorar e desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos. A saúde é definida nesse mesmo documento como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não se consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade”. O Brasil possui participação fundamental na história da criação e funcionamento da Organização Mundial da Saúde. Vale salientar que a proposta de criação da OMS foi de autoria dos delegados do Brasil na ONU, que sugeriram a existência de um organismo internacional que estabelecesse diretrizes e cuidasse da saúde pública de alcance mundial.

Registra-se que, no mundo, o final do século XX representou um recuo da atuação estatal em favor da saúde pública, transferindo tal responsabilidade para os indivíduos, e para a atuação em grupos e associações. O Estado passou a atuar em segundo plano na prestação de cuidados à saúde das pessoas, obliterando-se, com isso, o questionamento das estruturas sociais e econômicas subjacentes ao problema sanitário. Já as políticas públicas não seriam mais estabelecidas em função de dados epidemiológicos, mas de conforme com a análises econômicas de custo-benefício – o que segundo Dallari e Ventura (2003, p.35) “por vezes, acaba implicando a ausência de prevenção, elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública”, e sabidamente menos custoso.

As ações humanas para controle das adversidades foram se ampliando com o surgimento de desequilíbrios sociais, mentais e psicológicos. Todavia, o grande avanço da medicina e dos serviços de saúde não trouxe o bem-estar desejado e o homem ainda se vê acuado por diversos desequilíbrios nas esferas citadas e repercussões na esfera da medicina, decorrentes de seu próprio comportamento em relação ao meio ambiente, à desconsideração das leis que regem o aparelho mental e, sobretudo, pela ambição desmedida de grande parte dos agentes econômicos capitalistas.

A equipe técnica da Coordenação de Promoção da Saúde da Secretaria de Políticas de Saúde do Ministério da Saúde no Brasil, alerta que a ‘saúde não é construção de um indivíduo sozinho’, é também estabelecer relações afetivas, solidárias e cidadãs, estar no mundo para viver bem.

Nesse panorama é que o direito à saúde passará a ser examinado. O próximo tópico será dedicado à delimitação do conteúdo do direito fundamental à saúde, seja pela abordagem das dimensões de que se pode revestir esse direito, seja no que se refere às denominadas “ações de saúde”.

3.1 O DIREITO À SAÚDE

Após ter sido feito um resumo da evolução do conceito de saúde e de como foi tratado pela sociedade ao longo dos anos, passa-se agora ao conhecimento dos elementos que são comumente incluídos no conteúdo do direito à saúde. Pretende-se, com isso, detalhar o objeto desse direito fundamental para posteriormente, fazer referência as ações ou prestações materiais que podem ser inferidas do dever de proteção a saúde.

3.2 O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE

Para qualquer pesquisa feita sobre o que se refere ao direito à saúde é importante para destacar o tamanho e o seu grau de complexidade bem como a diversidade de ações que compõem o conteúdo desse direito fundamental. Nesse sentido, a doutrina converge diante dos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, interpretando os textos jurídicos dentro desse enquadramento.

Schwartz (2001, p. 98-99), ao esclarecer os termos da Carta Constitucional brasileira, por exemplo, entende que:

A Constituição de 1988, ao aduzir à “recuperação”, estaria conectada ao que se convencionou chamar de saúde curativa; as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”, por seu turno, teriam relação com a saúde preventiva; enquanto finalmente, o termo “promoção” estaria ligado à busca da qualidade de vida.

Entretanto, existem doutrinadores que afirmam que o objeto principal do conceito de saúde estaria contido na ideia de qualidade de vida, constituindo, pois a saúde como um

dos elementos da cidadania, como um direito à promoção da existência digna e saudável das pessoas.

Para Morais (2003, p.23-24), o direito à saúde:

Seria, então, um direito de cidadania, que projeta a pretensão difusa e legítima de não apenas curar e evitar a doença, mas de ter uma vida saudável, expressando uma aspiração de toda(s) a(s) sociedade(s) como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da vida urbana.

Isto porque o conceito dado pela Organização Mundial de Saúde teria ampliado a aceção de saúde, por superar o enfoque estritamente negativo da “ausência de enfermidades” e procurando promover a ideia de bem-estar físico, mental e social dos indivíduos e sua repercussão na sociedade. Segundo Scwhartz (2001, p.39) “uma saúde efetivamente palpável, e não mais tão-somente preventiva”, retoma o conceito de qualidade de vida.

Sarlet (2003, p. 2), por sua vez, também iguala vida digna à vida saudável ao mencionar:

O completo bem estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade. Esse entendimento respalda a afirmação da justiciabilidade do direito à saúde, inclusive quanto a prestações materiais originárias e ao mesmo tempo naquilo que pertine à proteção da dimensão de dignidade humana que integre o conteúdo do direito à saúde.

Dessa forma, o direito fundamental à saúde está inteiramente incluído dentro dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais como o direito à vida, à alimentação e a dignidade da pessoa humana.

Tais posicionamentos levam a questionar-se sobre o que seria qualidade de vida e como medi-la, como saber em que estágio o ser humano não está tendo condições de sobreviver de modo digno.

Sob esta ótica, Fagot-Largeault (2001, p. 87-88) acentua que:

[a] a noção de qualidade de vida é certamente pluridimensional, por envolver um aspecto individual, qual seja, o desejo não apenas de simples sobrevivência, mas daquilo que tora a vida boa – saúde, amor, sucesso, conforto, alegrias, enfim, felicidade; bem como, já sob um viés coletivo, por não se reduzir à prosperidade econômica (nível de vida e desenvolvimento), comportando bens políticos (liberdade, igualdade, segurança), bens culturais (educação, informação, liberdade de criação), recursos demográficos (taxas de natalidade convenientes, saúde da população globalmente considerada, pouca mortalidade). Mesmo limitando-se àquilo que na qualidade de vida, tange à saúde [...], tem-se ainda um conceito pluridimensional.

Além do mencionado por Fagot-Largeault, deve-se incluir a implantação do direito à alimentação, à moradia, ao trabalho que interferem na saúde do indivíduo. Portanto, esse conceito de qualidade de vida deve motivar importantes consequências no plano sanitário, em termos de decisões individuais e de políticas públicas, demandando a opção entre diferentes critérios e teorias da justiça. Fagot-Largeault compartilha do mesmo pensamento de John Rawls, resumindo-se na ideia de que o justo deve predominar sobre o bem, dando preferência às organizações sociais que tendem a corrigir permanentemente as disparidades naturais, para restituir a igualdade de oportunidades e a liberdade de cada um.

Se as doenças são tipicamente consequências de injustiças naturais, então injusto seria recusar tratamento médico a quem foi acometido pela falta de oportunidade ou pela negação de direitos. Sem chegar aos extremismos da aplicação dessa idéia – que redundariam na utilização indiscriminada de recursos de saúde- em termos gerais, o princípio da igualdade deve suplantar o princípio da eficácia, quer dizer, o justo prevalecer sobre o “bem maior”.

Tais idéias, nada obstante não cessam de forma completa o problema de negação de direitos, apenas sugerem alguns critérios para a definição de qualidade de vida. Assim, primeiro, deve-se redirecionar a questão do direito à saúde ao desejo de busca de justiça e igualdade material, pela compensação das deficiências naturais, entre as quais se insere a falta de alimentação que levam a própria doença.

Não se pode descuidar, entretanto, da tomada de decisões afirmativas, considerando a multidimensionalidade do conceito de qualidade de vida, individual e coletivo, e, em função disso, de uma eventual limitação das prestações materiais a serem providas.

Dentro dessa perspectiva, Nunes (2008, p. 67) enumera alguns elementos que devem materializar o conteúdo do direito à saúde.

O primeiro deles é a disponibilidade atinente à suficiência dos estabelecimentos, bens e serviços de saúde, centros de atenção e programas prestados pelo Estado. O segundo é o direito de acesso à estes instrumentos, no sentido de não-discriminação, a ser assegurada em termos de acessibilidade física (localização geográfica), acessibilidade econômica (universalidade de atendimento) e acessibilidade à informação (direitos à informação e ao sigilo dos dados pessoais em matéria de saúde). O terceiro elemento, refere-se a aceitabilidade que impõe o respeito à ética médica e às condições culturais e particularidades de cada indivíduo; ao passo que o quarto trata de, a qualidade de serviço, compreendo o direito de toda pessoa a gozar dos benefícios do progresso científico.

Em suma, o direito à saúde deve abarcar a fruição de toda uma gama de facilidades, bens, serviços e condições, necessários para que a pessoa alcance e mantenha o

mais alto nível possível de saúde e de qualidade de vida, compreendendo dois elementos: o direito à conservação do capital de saúde herdado por um lado, e o direito de acesso aos serviços de saúde adequados e os mais avançados possíveis, em caso de dano a esse capital, por outro.

A concretização dessas diferentes e importantes ações, entretanto, conduz-se diretamente à forma pela qual o direito à saúde é assegurado, em cada Estado. Por isso, a análise pormenorizada do conteúdo inferido da norma constitucional que consagra o direito à saúde introduz a temática concernente ao regime jurídico do direito fundamental à saúde, nos lindes do ordenamento constitucional brasileiro vigente. As diferentes posições subjetivas que têm origem nesse direito social, assim como a forma por meio da qual é disciplinado e efetivado, incluem-se nessa reflexão - a ser feita no próximo item.

3.3 REGIME JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE

Pode-se afirmar que a saúde é um dos direitos humanos insculpidos expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – DUDH/ONU (de 1948), e explicitado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC -, (de 1996).

Mesmo que não estivesse positivado, entretanto, o direito à saúde certamente poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida, à alimentação e à integridade física e corporal, constituindo um direito fundamental implícito. Gialdino (2001, p.498) traz a interpretação do art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP -, em que está assegurado o direito à vida; para ele, o direito à vida “se decompõe em quatro elementos essenciais, a saber: a) o direito à alimentação adequada, b) o direito a contar com água potável, c) o direito à moradia, e d) o direito à saúde”.

Diretamente relacionado com o direito à saúde está o direito fundamental à alimentação, visto que possuir hábitos alimentares saudáveis é essencial para a garantia de uma boa qualidade de vida e conseqüentemente a garantia de um bem estar físico e mental.

O art. 2º da Lei nº 11.346/2006, ao instituir o Sistema Nacional de Segurança Alimentar aduz que:

Art. 2º. A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável a realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Nota-se, pois, que é dotado ao direito à alimentação o caráter de justiciabilidade e exigibilidade perante à Administração Pública ou qualquer outro ente que, porventura, venha a lhe causar danos, preconizando uma nova ordem para as políticas públicas de promoção e controle à alimentação adequada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 25, claramente ratifica o direito à alimentação ao dizer que ‘Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação (...)’, de tal forma que bem como a saúde, à alimentação é inerente para a garantia do direito à vida, tornando-se indispensável à realização dos já consagrados e protegidos direitos da Constituição Federal, sendo assim inalienável e indissociável ao ser humano, consistindo-se como fundamento para a eficácia de outros direitos.

Tanto é assim que a Lei nº 8.080/90, dispendo sobre as condições, organização e funcionamento dos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, no art. 3º menciona, num rol exemplificativo, os fatores determinantes: alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a bens e serviços essenciais.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, o direito social à saúde está inserido no artigo 6º, *caput*, e mais detalhadamente no art. 196 e seguintes, como direito fundamental material e formalmente.

Assevera Sarlet (2003, p. 02):

Que a fundamentalidade formal do direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológico-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no artigo 5º, § 1º, do texto constitucional.

Conclui-se, pois, que se trata de direito subjetivo a relação jurídica que se forma entre o Estado e o indivíduo e entre o Estado e a comunidade independentemente de contribuição, sendo dever do Estado criar as condições por meio de políticas econômicas e sociais para que cada um alcance seu bem-estar.

O *caput* do artigo 196 da Constituição Federal prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, abarcando não apenas o direito, mas também um dever fundamental. O indivíduo enquanto pessoa, não pode deixar de ser considerado livre nem responsável, havendo um liame entre seus direitos e seus deveres essenciais e a liberdade em sentido amplo. Para Figueiredo (2007, p. 78), em relação a este assunto, “temos, enfim, os deveres que constituem o *apport* do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar ensino básico”, isto é, à medida que se formam os direitos, também são formados deveres para o ente estatal e para o indivíduo.

Assim, os deveres fundamentais teriam duas justificativas precípuas. Em primeiro lugar, tais deveres seriam consequência de declaração da soberania estatal, quando o “estado assente na primazia da pessoa humana”; com isso, ente estatal e soberania têm exatamente por base a dignidade da pessoa humana. Em segundo, o fundamento jurídico dos deveres essenciais estaria na própria Constituição do Estado brasileiro, a fim de evitar que sejam reconhecidos, pelo menos com a força normativa própria da fundamentalidade material e formal, quando não estejam expressamente estabelecidos pelo texto constitucional. Tais fundamentos, no entanto, não excluem a possibilidade de o legislador ordinário impor outros deveres, visto que serão tidos como deveres legais, e, portanto, não-fundamentais, na medida em que prevalece a ideia de tipicidade ou “lista fechada” dos encargos fundamentais.

A análise dos deveres relacionados ao direito à saúde aponta para a dificuldade quando se trata de delimitar as diferentes dimensões que esse direito social abarca, pois é dele que corresponderão as obrigações. Aqui, faz-se retomar a classificação funcional, com base na qual se distinguem as diferentes dimensões dos direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações; estes são divididos entre direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento - e direitos à prestação em sentido estrito, ou direitos a prestação material. A dimensão defensiva visa proteger a ameaça ou dano no exercício do direito, seja do Estado ou de particulares. A dimensão prestacional, trata da fruição do exercício do direito de quem o possui por meio através da realização de uma atividade pelo destinatário, que geralmente é o Estado. Em sentido estrito, a dimensão prestacional trata-se do fornecimento direto de serviços e bens materiais ao titular do direito fundamental como é o caso do direito social à saúde.

Sarlet(2003, p. 5) argumenta que:

O direito à saúde é direito social que apresenta, simultaneamente, uma dupla dimensão defensiva e prestacional. Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.

Tais argumentos vêm afirmar que o direito à saúde visa assegurar ao indivíduo o usufruto, o respeito e a garantia de tal direito ao mesmo tempo em que cria para o Estado a obrigação de implementá-lo, de realizar medidas para que o mesmo seja efetivado para todos.

As dimensões, defensiva e prestacional, ademais, guardam relação com os aspectos individual e coletivo da saúde, que conecta o primeiro a ideia de preservação da liberdade individual, enquanto o aspecto coletivo estaria ligado à promoção da igualdade real. Como direito individual, o direito à saúde privilegiaria o valor liberdade, dando ao indivíduo a garantia de escolha do tipo de relação que terá com o meio ambiente, a cidade onde vive, as próprias condições de trabalho, o tipo de vida que pretende para si. Também compreenderia a liberdade de opção de que tipo de recurso médico-sanitário seria procurado e qual tipo de tratamento a se submeter; e, em sentido oposto, significaria que o médico tem liberdade de escolha da terapêutica que considere ser mais apropriada e eficaz ao tratamento do paciente.

Em respeito ao aspecto coletivo ou social do direito à saúde, o valor igualdade tem prevalência, impondo limites a comportamentos humanos que tenham o intuito de provocar a enfermidade ou contaminação de outrem, tampouco impedir que atinja e prejudique o bem-estar da sociedade. Existem ações e políticas interventivas do Estado, com o objetivo de preservar a saúde da comunidade, tais como, visita domiciliar obrigatória dos agentes e de vigilância sanitária e campanhas contra o mosquito transmissor da dengue e as de aplicação de vacinas para crianças e idosos, dentre outros.

As possíveis dimensões do direito à saúde e a sua relação com as obrigações que acarretam ao Estado, constitui objeto de análise por Milanez (2004, p. 198-199), ao sustentar que “o direito a saúde compreenderia as obrigações de respeitar, proteger e implementar”. Na obrigação de respeito, ao Estado cabe o dever de não interferir na vida do indivíduo de nenhuma maneira que possa reduzir a saúde da pessoa; a obrigação de proteção encarrega ao Estado o dever de preservar a saúde do “ser” contra violações causadas por terceiros, e por fim, a obrigação de implementação dá competência ao Estado para facilitar ou fornecer diretamente bens e serviços a fim de suprir as necessidades básicas da sociedade na área da saúde, como também implantar uma política de saúde eficaz. Acrescenta ainda Milanez

(2004, p.199) que “há as obrigações de respeitar e proteger, obrigações que contribuem para a melhoria do direito à saúde e, ao mesmo tempo, não dependem de quantidades significativas de recursos públicos”, como no caso em que o Estado é solicitado para regular um setor econômico “medida esta que não é exatamente cara”. Conclui-se, pois, que a obrigação de implementar torna-se na mais onerosa, por demandar ações concretas que elevam o nível de proteção à saúde, portanto, o direito à saúde não deveria apenas basear-se no dever de implementação, mas sim possuir um âmbito de proteção bem mais abrangente.

O artigo 6º da Constituição Federal no que diz respeito à dimensão prestacional do direito à saúde estabelece direitos prestacionais originários e derivados, onde a diferença apenas reside na necessidade de regulamentação infraconstitucional. Nesse sentido, Clève (2003, p. 156-157) assegura que nada obsta atribuir caráter de direitos prestacionais aos direitos sociais, visto que a própria Constituição garante eficácia originária nos casos como o do direito à saúde, pelo menos nas extensões mais evidentes desse direito, o que não significa que tais direitos originários não encontrem limites.

Schwartz (2001, p. 73), com claro escopo de buscar a maior efetividade possível ao do direito à saúde, chega a afirmar que o seu objeto do direito à saúde seria a denominada:

Prestação sanitária, e não qualquer prestação pecuniária, o que afastaria os argumentos quanto à necessidade de prévia dotação orçamentária para satisfazê-la. Apesar disso, acaba por admitir que o reconhecimento de um direito originário a prestações materiais em saúde estaria sujeito a certos limites, visto que “a busca é pela maximização do direito à saúde e, para tanto, é necessário estabelecer critérios.

Portanto, afirma que a idéia central do direito à saúde é assegurar a melhor qualidade de vida possível ao indivíduo.

Assim, o direito à saúde, em grande parte dos casos, depende da organização prévia de procedimentos e estruturas, na maioria públicos, para que possa ser efetivado. O grande número de ações judiciais em busca de cobrar do ente estatal as prestações materiais em saúde provavelmente se justifica pelo déficit do atendimento do sistema em voga atualmente, da não aplicação dos recursos previstos na CF, dentre outros problemas, pois a sociedade interessa a proteção e manutenção da própria saúde dos indivíduos e não o fundamento legal ou constitucional da ação proposta.

Em relação a concretização dos direitos sociais fundamentais, Canotilho (2000, p. 57) assinala que:

Os direitos fundamentais, para poderem concretizar-se na realidade – e, portanto, não somente direitos sociais – necessitam, ademais de uma normação intrinsecamente densificadora, de formas de organização e de regulamentação procedimentais apropriada, havendo mútua inter-relação entre os direitos e a organização e o procedimento.

Em apoio à tese, distingue entre os direitos à proteção jurídica, por mediação do Estado, e os direitos de defesa, contra o Estado, ratificando que em ambas as proposições há uma dimensão prestacional a ser fundamentalmente realizada pelo ente estatal. Os direitos à proteção jurídica asseveram ao titular a possibilidade de exigir do Estado que resguarde o seu titular diante de agressões de outrem, ou seja, a fim de evitar a violação do direito fundamental de um indivíduo por outro particular. Já os direitos de defesa manifestam exigências a que o próprio ente estatal se abstenha de intervenções coercitivas na esfera jurídica dos particulares, de modo que a pretensão do titular do direito seja referente a uma omissão por parte dos Poderes Públicos. Nas duas situações, há a imposição de deveres ao Estado: nos direitos à proteção jurídica, o dever de criar mecanismos de proteção dos indivíduos; nos direitos de defesa, o dever de não agredir a esfera jurídica dos particulares.

Dessa forma, os direitos à proteção social assemelham-se, em termos estruturais, ao direito de exigir uma prestação material do ente estatal, não podendo ser desempenhado eficazmente sem a intervenção do mesmo. A característica peculiar é que tais prestações fáticas, necessárias à concretização da dimensão protetiva dos direitos fundamentais, podem ser fornecidas apenas e tão-somente pelo ente estatal, pois é o Estado que pode criar tribunais, nomear juízes, definir processos e fazer executar decisões. Do mesmo modo, tal dimensão prestacional também não está ausente nos direitos de defesa, porquanto o dever de abstenção do Estado não o dispensa de criar órgãos, contratar agentes, elaborar procedimentos e processos para o cidadão, a fim de assegurar um espaço de autodeterminação individual, perante os próprios Poderes Públicos.

Trazidas para o ordenamento nacional, tais distinções auxiliam na compreensão dos deveres impostos ao Estado com o objetivo de efetivação do direito à saúde, assim como no que tange à instituição do Sistema Único de Saúde – SUS -, cujas normas concretizam a idéia de organização e procedimento enquanto dimensão prestacional em sentido amplo.

Com efeito, o SUS é organizado a partir de todo um aparato de leis, regulamentos e portarias que, muito embora contem com a participação de técnicos e profissionais da iniciativa privada, dependem necessariamente da atuação estatal para serem implementados nos diferentes níveis e locais da federação brasileira. Nesse conjunto normativo é prevista a estrutura do Sistema, bem como o funcionamento e a relação entre os diversos órgãos que o

integram, a atribuição de competências respectivas. São, ainda, fixados os procedimentos a serem observados por instituições de saúde.

A título exemplificativo podem ser citadas a Lei nº 8.080/90, que prevê as normas gerais do SUS, e a Norma Operacional Básica – NOB/96 -, que a regulamenta, com base na qual é feito o controle das atividades atribuídas a cada esfera de governo.

Figueiredo (2007, p. 93) assinala:

Ainda no que tange à eficácia, cumpre salientar que o direito à saúde se dirige também aos particulares, de modo que o dever de efetivá-lo não compete exclusivamente ao Estado. Sem adentrar no exame mais aprofundado dessa temática, refira-se, entretanto que a doutrina vem convergindo para a afirmação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora ainda ausente uniformidade quanto à forma de incidência dessas normas constitucionais, se diretamente e de modo originário, ou se apenas mediante interposição legislativa conformadora.

Sob esta ótica, pode-se admitir desde então, o reconhecimento de uma dimensão defensiva, restringindo que um indivíduo intervenha ou inflija danos a saúde, a quem se titula posições subjetivas originárias para, até o mesmo judicialmente, impedir ou pretender o ressarcimento pela ocorrência de dano.

Sendo assim, ao particular que se encontre na posição de destinatário do direito à saúde, admite-se a imposição de um dever geral de respeito, muito embora, dada a incidência do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pareça improvável a possibilidade de reconhecimento de posições jurídico-subjetivas, que outorguem ao titular do direito fundamental à saúde a pretensão de exigir de outro indivíduo o fornecimento de prestações materiais, ante a ausência de legislação conformadora.

Ainda no campo das relações privadas, se bem que centrado no direito à saúde enquanto objeto das relações de consumo, Maranhão (2003, p. 227-239) compara exemplos de condutas disciplinadas e de comportamentos proibidos pelo ordenamento jurídico, inequivocamente referentes aos proibidos pelo ordenamento jurídico, e referentes aos deveres de proteção decorrentes dos direitos fundamentais prestacionais em sentido amplo.

Nesse sentido, a regulação dos Planos Privados de Saúde, identificam-se deveres tais como: a oferta difusa do chamado plano-referência, tida como condição básica à concessão de registro da seguradora e cuja contratação é obrigatória, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.656/98; e a obrigatoriedade de oferta de todas as modalidades de planos de saúde, sem discriminação a idosos e portadores de deficiência. Relativamente à vedação de condutas, podem ser elencadas várias cláusulas abusivas, defesas nos contratos de consumo

concernentes à saúde, como aquelas que disponham sobre a limitação de risco, ou determinem prazos de carência ilegais, ou ainda estabeleçam reajustes excessivos das mensalidades.

No âmbito dos medicamentos, ainda tem-se o dever de observância da “fórmula paramétrica” – que é a fórmula legal de reajuste de preços de medicamentos, instituída pela Lei nº 10.213/2000.

Também, há os novos mecanismos utilizados pelo governo brasileiro no desiderato de facilitar e ampliar o acesso da população aos remédios, a quebra de patentes para o tratamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS – pandêmica e a política de incentivo à vedação de propaganda enganosa na área da saúde, como a divulgação de falsas propriedades terapêuticas de substâncias medicinais – citando o caso dos produtos fitoterápicos, cuja publicidade é considerada ilícita desde 2001, sempre que não apresentem efeitos terapêuticos cientificamente comprovados.

Em vista disso, é possível reconhecer os efeitos do direito à saúde tanto nas relações de direito público, como naquelas de direito privado conforme Gialdino (2001, p. 503) “Isso levou a pensar que direito à saúde se encontra num cruzamento de direitos, ou que constitui um ‘caleidoscópio de direitos’”. Desse modo, o direito fundamental à saúde alcança a proteção do indivíduo, pela garantia de condições de vida, de meio ambiente saudável e preservado e de trabalho que não comprometam esse bem essencial, bem como pela existência de estruturas públicas voltadas à prestação de cuidados adequados à manutenção e à recuperação do estado de bem-estar pessoal dos cidadãos.

O reconhecimento do direito à alimentação, os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros, conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos na efetivação do direito à saúde.

Com efeito, impõem-se a abstenção de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido, assim como a promoção e a consecução de medidas tendentes a efetivar esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas.

3.4 O SISTEMA DE SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

A descentralização, com direção única em cada esfera de governo; o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; a participação da comunidade constituem os princípios norteadores de formação e funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), previstos no art. 198 da Constituição Federal, atendendo a importantes reivindicações de vários segmentos da sociedade, a descentralização da gestão dos serviços, a integralização das ações, com a superação da dicotomia preventivo/curativo, a unidade de coordenação das políticas setoriais, a regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviços, a participação popular, por meio de suas entidades representativas, na formulação da política e no planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde e o respeito à dignidade dos usuários pelos prestadores dos serviços, como dever inerente à função pública.

O Sistema Único de Saúde – SUS – é fruto das propostas de “Reforma Sanitária” auxiliadas por movimentos sociais e apresentadas durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987 em demonstração da “inadequação do sistema de saúde então vigente”, inapto para lidar com problemas sanitários diversos.

O SUS, criado pela Lei nº 6.229/75, apesar do êxito que representou para a época, já mostrava sinais de inoperância e ineficiência, determinando a busca por serviços de saúde de melhor qualidade e gerenciamento organizado.

As ações de promoção da saúde e prevenção de doenças eram desenvolvidas quase que unicamente pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS -, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

Entretanto, o sistema não era universal, pois alcançava somente os trabalhadores da economia formal, segurados do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS – e dependentes, enquanto o restante da população tinha um “acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais.

Figueiredo (2007, p. 96) assegura:

Diante dessa realidade, pode-se compreender a grande evolução representada pela criação do Sistema Único de Saúde – SUS – entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988, cuja regulação, em nível infraconstitucional,

encontra-se precipuamente a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e na Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. A conformação em sistema impõe que o SUS subsista como um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum, em que o adjetivo único determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devam ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação.

O SUS é um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, indicando que a assistência à saúde deve atender a toda população. Tem como diretrizes organizadoras a descentralização, com atendimento e a participação da comunidade.

A Lei nº 8.080/90 dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes a realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sem exclusão de outras fontes (como os serviços prestados sem prejuízo da assistência à saúde, ajuda e doações, alienações patrimoniais, rendimentos de capital, taxas, multas e preços públicos arrecadados pelo SUS, rendas eventuais), financiam o sistema de saúde, cabendo à legislação ordinária e a um consenso no interior do orçamento integrado, proposta no § 2º do art. 195, definirem o quanto a saúde, previdência ou assistência social terão de recursos para os seus programas.

O art. 23 da Constituição Federal assevera que constitui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde (inciso II), competindo aos mesmos entes legislar concorrentemente sobre a defesa da saúde (art. 24, inciso XII).

Vale mencionar que o art. 198, § 3º da CF, determina que os percentuais destinados à Saúde sejam definidos em Lei Complementar, reavaliada a cada cinco anos. Porém, nesse caso, ainda não há Lei Complementar, sendo aplicado o art. 77 do Ato das Disposições Transitórias: 5% para a União, 12% para os Estados e 15% para os Municípios e Distrito Federal.

Não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Ambas formam uma rede regional, para adequação às particularidades

locais e hierárquicas, ou seja, que deve estrita observância ao conjunto de princípios que regem o sistema (integralidade, igualdade e participação da comunidade).

Salienta Schwartz (2001, p.102):

Que a organização sanitária regionalizada refletiria uma idéia sistêmica de saúde, voltando-se à redução da complexidade do tema “saúde”, abordado a partir das peculiaridades de cada região, o que também permitiria a busca de uma justiça social efetiva, no quadro do Estado Democrático de Direito.

A municipalização do SUS corresponderia, portanto, à necessidade de atuação regionalizada – ou descentralizada, nos termos do artigo 198, inciso I, da Lei Fundamental brasileira.

Característica importante do SUS a salientar, é a gestão democrática das questões de saúde. A Lei nº 8.142/90 impõe, entre outros, normas sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, com base nas quais podem ser criados a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, instâncias colegiadas existentes em cada um dos níveis federal, estadual e municipal, atuando como catalisadores da participação e gestão democrática do sistema.

As Conferências de Saúde são órgãos colegiados, de caráter consultivo, por meio dos quais se realiza o controle social do SUS, com avaliação da situação da saúde e proposição de diretrizes para a política de saúde no correlato nível federativo, constituindo-se no mais importante fórum de participação ampla da população.

No que se refere aos princípios do SUS, a hierarquia, termo técnico do setor sanitário que significa a divisão em níveis de complexidade crescente, implica que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos níveis mais simples até aos mais complexos, mediante análise do caso concreto e excetuadas as situações de urgência.

Importante é tratar da articulação/integração/simultaneidade das ações e dos serviços, preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do Sistema de Saúde, sintetizando que o atendimento integral determina que as ações e serviços de saúde devem ser considerados como um todo, a atuar de modo harmônico e contínuo.

Figueiredo (2007, p. 103-104) classifica que:

As instituições ou órgãos que atuam em estabelecimentos em contato direto com a população, na área da assistência médica curativa e preventiva, são, usualmente classificados em: postos de saúde – utilizam-se de procedimentos simples, sem incorporação de equipamentos para prestar assistência a determinada população; centros de saúde – dispõem de profissionais de nível universitário, que podem contar

com alguma tecnologia, presentes em cidades de pequeno, médio e grande porte; unidades mistas – desenvolvem todas as atividades de um centro de saúde, acrescentando-se leitos para internações nas áreas de pediatria, obstetrícia, clínica médica, cirurgia, emergências; pronto-socorro – o atendimento é contínuo para situações de emergência médica ou odontológica, geralmente com leitos para observação e remoção hospitalar; hospital – presta assistência médica em regime de internação, com funcionamento durante as vinte e quatro horas do dia, com incorporação de tecnologia em diversos graus.

A constituição ainda admite a participação do setor privado no SUS, dentro dos limites do que seja indispensável, preferindo as entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos – como também consta do artigo 25 da Lei nº 8.080/90.

O sistema privado de saúde possui caráter complementar ao público, de forma que ninguém pode ser compelido a contratar nem a filiar-se a sistema autônomo de saúde, sob pena de flagrante inconstitucionalidade do ato que assim o determine.

Numa avaliação do que seriam os principais progressos obtidos a partir da implantação dos SUS, o documento elaborado pelo Conselho Nacional de Saúde – CONASS – menciona a descentralização de ações e serviços de saúde em níveis estadual e municipal; a estruturação dos Conselhos de Saúde nas três esferas federativas, com isso viabilizando a interlocução com a sociedade, inclusive em termos de controle sobre o sistema; o fortalecimento da rede pública de saúde, com extensão na cobertura dos serviços; ênfase na atenção básica e familiar, como acesso preferencial ao sistema; e definição de fontes estáveis de financiamento público, sobretudo a partir dos patamares mínimos definidos pela Emenda Constitucional nº29/2002. A Lei nº 8.080/90, em seu art. 16, estabelece, que o SUS possui competência para definir e coordenar o sistema de vigilâncias sanitária e epidemiológica, acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais.

O reconhecimento desses avanços, entretanto, não elide as críticas formuladas ao SUS, pela doutrina e pela opinião pública, sendo notórias as dificuldades de prestação eficiente e adequada dos serviços de saúde.

Canotilho (2000, p. 112-114) entende que:

Uma das causas dessas deficiências estaria na consagração constitucional acoplada, isto é, na positivação constitucional simultânea de direitos sociais atrelados a políticas sociais, como no direito à saúde, que acaba engessando o espaço de discricionariedade legislativa, dificultando a concretização prática dos direitos sociais e, a longo prazo, até mesmo inviabilizando-os.

O caminho para superar o problema da efetividade desses direitos sociais, resguardada a fundamentalidade formal de que se revestem, passaria pela atuação da sociedade, subsidiariamente ao Estado, que se comprometeria com a oferta de auto-ajudas dentre as políticas de efetivação dos direitos sociais – no domínio da política de saúde, por hipótese.

Nesse caso, “as propostas de auto-ajuda indiciam, em sectores obviamente limitados, um caminho fértil para a recuperação no ‘sentido de justiça’ ínsito nos direitos sociais”, conclui.

O sistema de serviços de saúde propriamente dito está previsto no art. 196 e seguintes da Carta Magna, mas a sua implementação está vinculada a outras ações, pois prevenção e remoção de doenças só são eficazes se houver a sua interação com políticas desenvolvidas em outras áreas, como saneamento básico, meio ambiente, previdência, criação de empregos.

A partir das premissas analisadas ao longo deste capítulo, pode-se passar adiante a última parte deste estudo, que irá se centrar na possibilidade de cobrança pelos serviços de saúde.

4 A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA PELOS SERVIÇOS DE SAÚDE

O Sistema Único de Saúde consiste, por deliberação do constituinte originário, um subsistema de regras e princípios, por meio do qual se organiza a prestação dos serviços de saúde.

Como tal, guarda unidade e coerência não apenas interna, mas também externamente, estabelecendo critérios e meios pelos quais ocorre a ponderação do interesse de efetivação do direito à saúde com o resguardo de outros valores, bens, interesses e direitos constitucionais, como o princípio federativo e a autonomia municipal, por exemplo.

Nesse contexto de explicitação constitucional das políticas públicas de concretização do direito à saúde, há previsão de universalidade no atendimento, não, porém, de gratuidade. Assim, tem-se como um primeiro argumento em favor da possibilidade de cobrança pelos serviços de saúde, a ausência de previsão constitucional expressa num tal sentido. Com isso se excluem, ademais, as considerações relacionadas à previsão legal da gratuidade, seja porque o artigo 43 da Lei nº 8.080/90 resguarda apenas a gratuidade das ações e serviços públicos e privados já contratados, a indicar que não se cuida de uma garantia genérica; seja porque, dada a evidente escassez dos recursos em saúde, não apenas financeiros, a dinâmica deve substituir o engessamento das soluções inicialmente engendradas de modo que, afinal, obtenha-se uma efetividade mais plena do direito à saúde.

Outras razões, entretanto, merecem ser examinadas. Estudo elaborado pelo Banco Mundial já sugeria, em 1987, a cobrança pelos remédios e serviços médicos prestados a usuários que possuíssem condições para tanto, como mecanismo para viabilizar a realocação dos recursos em programas de saúde preventiva e primária, dedicados à proteção da camada mais pobre da população.

Esta era uma, entre várias providências políticas, cuja adoção tinha por escopo otimizar o financiamento da saúde.

Como aduz Cury (2005, p. 61-62) que:

Além dela, indicava-se a criação de incentivos à iniciativa privada, a fim de que fornecesse serviços de saúde em custos condizentes às possibilidades de pagamento do público em geral, bem como a descentralização dos serviços estatais de saúde – medida acolhida pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 8.080/90, na criação do Sistema Único de Saúde.

Necessita-se mencionar, que a cobrança pelos serviços de saúde é prevista em outros ordenamentos jurídicos, e como referência, porque neles inspirou-se o constituinte brasileiro, aos sistemas constitucionais germânico e português.

O fornecimento de medicamentos na Alemanha não é gratuito, indo em conformidade com a situação financeira do segurado. Para os beneficiários do “seguro-saúde legal”, os medicamentos são em grande margem custeados pelas caixas de assistência de saúde, restando somente o pagamento de pequena soma pelos beneficiários, diferente conforme o volume de medicamentos contido na embalagem fornecida. Ao mesmo tempo, “cláusulas sociais cuidam para que ninguém seja sobrecarregado pelo pagamento. Pessoas de baixa renda, assim como crianças e jovens, estão por princípio excluídas da exigência de pagamento”, explica Cury (2005, p.64).

Já em Portugal, a jurisprudência do Tribunal Constitucional antecipou-se ao que posteriormente se consolidaria como alteração no texto da Constituição de 1976 e admitiu, no Acórdão nº 330/89, o estabelecimento de “taxas moderadoras” para acesso aos cuidados públicos de saúde.

Nessa decisão, o Tribunal distinguiu entre os sentidos corrente e constitucional-normativo o termo “gratuito” – visto que, àquela altura, o texto constitucional lusitano ainda previa a gratuidade dos serviços de saúde – para entendê-lo compatível com o pagamento de taxas racionalizadoras da utilização dos serviços, sendo que atualmente “o Estado já não está obrigado a criar um Serviço Nacional de Saúde gratuito, mas antes ‘um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito” explica Figueiredo (2007, p. 147-148).

O acesso aos serviços de saúde, mediante cobrança de quem possua e na justa medida dessas condições econômicas, delinea-se como uma possível alternativa à evidente escassez dos recursos financeiros e médicos disponíveis à efetivação do direito à saúde também no Brasil.

Como exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte é comumente procurado para acatar demandas em busca de atendimento médico-hospitalar ou fornecimento de medicamentos, como se mostra a seguir:

*"EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO SINGULAR QUE GARANTIU O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO, DE QUE NECESSITA A AGRAVADA. PRELIMINAR: FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. DESNECESSIDADE DA CITAÇÃO DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. REJEIÇÃO.** MÉRITO: DIREITO À SAÚDE E À*

VIDA. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DO PACIENTE. OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO PELO ENTE ESTATAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJ/RN, Processo nº 2008.008086-8, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Aderson Silvino, publicado em 06.11.2008.

Cumpra salientar que o próprio tribunal pleno, ao julgar o Mandado de Segurança nº 2010.000544-1, deferiu:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA MÉDICA DOMICILIAR DO TIPO HOME CARE. IMPETRANTE PORTADORA DA SÍNDROME LENNOX GAUSTAUT. GRAVÍSSIMO ESTADO DE SAÚDE. RECOMENDAÇÃO DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR SOB PENA DE AGRAVAMENTO DA ENFERMIDADE. RISCO DE MORTE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO UNIVERSAL AOS SERVIÇOS DE SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. À assistência à saúde, direito constitucional do cidadão, é dever do Estado, devendo sua execução ser efetivada de forma universal e integral, abrangendo os tratamentos terapêuticos e farmacêuticos, em todos os seu níveis de complexidade, inclusive o atendimento do tipo home care.

2. A internação domiciliar tem a finalidade de oferecer tratamento mais eficiente, com menos riscos de infecções, além de proporcionar ao paciente em estado grave de saúde a proximidade com a familiar, privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Não se pode negar o direito líquido e certo da impetrante à assistência médica domiciliar, conforme recomendação médica, máxime quando portadora da Síndrome de Lennox Gastaut, com comprometimento cognitivo e motor severo, atrofia muscular e hipertônica generalizada.

4. Segurança concedida.

Atendendo à concepção de igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada – de todo adequadas ao contexto constitucional e social de um país que, como o Brasil, luta por uma distribuição mais justa da riqueza – a restrição à gratuidade das prestações em saúde figura como dimensão da reserva do possível, que admite discriminações positivas no acesso às ações e aos serviços de saúde públicos.

De outro lado, viabiliza uma distribuição social o que parece mais adequado e igualitário se comparado às díspares condições sociais, econômicas, culturais e políticas da população brasileira.

A adoção de um sistema “tendencialmente gratuito”, à semelhança daquele instituído no direito português, proporcionaria a flexibilidade necessária à conformação entre escassez de meios e atendimento prioritário da população mais carente, sem cair no discurso subjetivo nem ideológico da disponibilização simultânea das mesmas prestações a todo o conjunto da população.

O princípio da igualdade não assegura idêntico tratamento jurídico aos indivíduos, mas, diversamente, que sejam tratados como iguais na medida da respectiva desigualdade. A reavaliação do sistema de saúde brasileiro e, principalmente, das políticas públicas na área não pode esquivar-se do debate sobre a possibilidade e os limites da cobrança, mesmo parcial, das prestações em saúde.

Nessa linha de raciocínio, cumpre afastar, de imediato, eventuais interpretações “absolutistas” do direito à saúde que, acabam levando a resultados contrários à efetivação mais plena do direito.

De forma semelhante, o otimismo normativo deve ceder lugar a uma posição de maior prudência que, sem propalar a garantia irrestrita de todas as possíveis dimensões de todos os direitos simultaneamente, intenta de fato maximizá-los num contexto constitucionalmente sistemático e socialmente adequado à realidade fática brasileira.

A teoria de John Rawls, que asseverou a prevalência do justo sobre o bem, justificando a opção por organizações sociais direcionadas à permanente correção das desigualdades naturais, entre as quais a doença, com o fim de restabelecer a igualdade de oportunidades e a liberdade de cada pessoa.

Em termos individuais, a concepção de justiça como equidade determina que todo o doente seja tratado como ser autônomo e capaz de decidir sobre si mesmo, a menos que a própria doença o impeça de assim proceder.

Em termos de políticas públicas de saúde, a preponderância do justo impõe “que não se fará o bem” das pessoas apesar delas, e que as grandes decisões serão submetidas ao “controle democrático”.

Seguindo o raciocínio de Rawls, Fagot-Largeault (2001, p.100-101) argumenta que:

Numa sociedade democrática, dentro da qual convivem pessoas com filosofias e sensibilidades diferentes, “as soluções procedimentais são aquelas que prevalecem se for necessário definir uma regra que se imponha a todos”, num contexto em que a comunicação representa o menor denominador ético comum entre os indivíduos. A publicização das decisões em saúde deve passar por essa “discussão”, compreendida menos no sentido de busca de um consenso, nem sempre viável em termos coletivos, e mais propriamente como abertura suficiente para aceitar a validade de posições não coincidentes.

A própria ética médica estaria impregnada de noções oriundas de ambos os referenciais filosóficos; a vigência concomitante de preceitos teleológicos (“primeiro não prejudicar, depois fazer de tudo para que a saúde do doente melhore, enfim contribuir para a

melhoria da saúde pública) e preceitos deontológicos (“respeito da vida privada, não discriminação”) revelam esse fato.

Por outro lado, ao tratar de princípios como autonomia individual e justiça, esta num sentido de equidade na distribuição dos recursos de saúde, a Bioética aproxima-se do sistema jurídico e com este dialoga e com garantia de autonomia individual e da justa distribuição de recursos financeiros e sanitários.

Figueiredo (2007, p. 176) assinala que:

Além disso, tal abertura material, também se faz no campo das decisões alocativas, chamando a atenção para a necessidade de se construírem critérios diferentes e apropriados quer se esteja frente a uma decisão individual, ligada a “microética” quer se esteja diante de uma decisão coletiva, então atrelada à “macroética”.

Em termos de justiciabilidade do direito a saúde, esse referencial teórico comum amplia o espectro de instrumentos postos à disposição do crivo judicial, na busca por decisões mais justas.

Com isso, recuperam-se as considerações antes formuladas acerca das objeções impostas pela reserva do possível ao acesso das ações e aos serviços de saúde, inclusive no que concerne a integralidade do atendimento.

Num contexto em que a disparidade social se reflete também pela pretensão a prestações materiais em saúde, os questionamentos provindos da bioética abrem o leque à disposição do julgador, autorizando que justifique a exclusão da certa prestação material requerida e, assim, relativize a integralidade de atendimento sempre que outros valores, bens e princípios tenham prevalência na hipótese concreta, mormente se constitucionais. Asseguram que o magistrado, pela preponderância dos valores da macroética, possa priorizar in concreto situações que consolidem políticas públicas de justiça social, em detrimento daquelas que, na realidade dos fatos, possam significar privilégio – e a gratuidade de serviços de saúde serve de exemplo disso.

Corroboram-se a existência de uma presunção *juris tantum* em favor da integralidade do atendimento em saúde, a indicar que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, que abrangem tanto o responsável pelo fornecimento das prestações em saúde quanto o indivíduo postulante, possa o magistrado indeferir o tratamento, parcial ou totalmente, em favor da prevalência de outros direitos, bens, valores e princípios que se mostrarem, no juízo de ponderação, carentes de tutela judicial protetiva.

A justiça do sistema de saúde depende do cotejo das políticas públicas e das ações sanitárias à macroética que, como tal, conforma a atuação de todos os operadores, em termos de consecução de medidas, bem como pela decisão dos casos levados ao acerto via judicial.

A desconsideração dessas circunstâncias acarreta não apenas a quebra de unidade e a coerência do sistema, mais tinge de parcialidade as decisões (administrativas, legislativas e judiciais) assim tomadas.

4.1 MICRO-JUSTIÇA X MACRO-JUSTIÇA

Um dos pontos que são imputados a problemática do Direito à Saúde, versam no fato de que o Judiciário está incumbido para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata-se, portanto, da micro-justiça do caso concreto, que lida com a compreensão de que a verdade é o que está contido no processo.

Caso não houvesse o custo destes direitos, ou melhor, sua escassez não haveria problema uma vez que desta forma poderia ser assegurado a todos que estão ou possam vir a estar em situação semelhante, a possibilidade de recorrer ao Judiciário para que tutele seu direito, não surgindo estes questionamentos ressaltados por Gustavo Amaral (2005, p. 37):

(...) os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais são os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, por exemplo)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de *motivação* e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não outra.

Cabe assinalar outros empecilhos recorrentes quando da análise dos requerimentos judiciais para a proteção à saúde, como a ausência de uniformização no conceito e no grau de proteção que deve ser despendida a estes.

Além do fato de que, conforme examina-se ao se analisar particularmente (micro), inexistem escassez pois perante o pedido de um cidadão e os cofres públicos não há que se falar em carência de recursos suficientes.

Contudo, em razão da crescente demanda de tais ações basicamente o Judiciário deve ater-se ao futuro e com as conseqüências que estas escolhas de caráter disjuntivo trazem,

que, dentro de uma ótica de micro-justiça não podem ser constatadas. Como por exemplo, em consequência de determinado mandado judicial a quantos indivíduos o prolator estariam preterindo posto se a ordem não fosse obedecida causaria, como tem acontecido, em prisão do responsável pela desobediência.

O problema da individualização da concessão de um direito coletivo consiste, fundamentalmente, em uma disputa entre interesse social e o interesse individual, pois idealizada da forma como se encontra a tutela à saúde são poucas as pessoas que deixaram de “abdicar de direito seu” em prol de beneficiar um maior número de indivíduos.

4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL – PRESTAÇÕES MÍNIMAS EM SAÚDE

Acolhendo o entendimento de Sarlet (2005, p. 323-324), pode-se partir da premissa de que “as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípua da prestação assistencial”, e o direito ao mínimo existencial traduz-se numa ajuda a auto-ajuda, ou seja, no estabelecimento de condições que tornem viável e acessível o desenvolvimento individual da personalidade.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada, quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade.

Há de se consignar que ao legislador cabe a liberdade de escolha dos instrumentos e do montante de auxílio em que consistirá a prestação estatal relacionada ao mínimo de existência. Tal fato está ligado ao princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que deem significado ao pluralismo de ideias e alternância no poder.

Ao mesmo tempo, deve o legislador observar o pressuposto de igualdade, a significar que as escolhas feitas devem assegurar eficácia jurídica suficiente à salvaguarda do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos.

Com essas ressalvas e nada obstante se consinta com a ideia da impossibilidade de fixação prévia e abstrata das prestações que configurariam o mínimo existencial, mormente numa acepção absoluta e imutável, cumpre indicar alguns exemplos que, na área da saúde, certamente representam um patamar mínimo de garantia.

Em estudo comparativo da jurisprudência sobre o assunto, Milanez (2004, p.213) informa que o direito a prestações mínimas em saúde, como decorrência da proteção à vida e

à dignidade humana, foi objeto de construção jurisprudencial do direito indiano. Não obstante a ocorrência de uma certa contradição no posicionamento da Suprema Corte desse país, que ora sustentou a impossibilidade de obrigar-se o Estado a alcançar meios de subsistência adequados, ora proferiu decisões determinando exatamente o fornecimento de prestações materiais sociais pelo Estado; o fato é que se fixou “que o direito à vida não significa simplesmente ‘uma existência animal’, mas implica num direito à alimentação básica, água, ambiente decente, educação, assistência médica e abrigo”, a partir dessa orientação, deflagrou-se a proteção do direito à saúde naquele contexto.

Corroborando a afirmação de um direito ao mínimo existencial, e a despeito da natureza de valor constitucional de se que revestem os direitos sociais, Figueiredo (2007, p.206) ao citar Mathieu registra que:

O Conselho Constitucional francês admite a tutela de prestações mínimas em saúde, dando prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana na solução de hipóteses concretas. Ilustra-se a assertiva com o exemplo da assistência médica em casos vitais e de urgência, mesmo para pacientes estrangeiros: os cuidados de urgência e vitais estão ligados à dignidade da pessoa. Ora, não se pode renunciar à própria dignidade.

Havendo então, uma coerência própria ao conjunto da jurisprudência do Conselho Constitucional francês, quando o direito à saúde se identifica com a proteção da dignidade da pessoa humana, o paciente está no direito de obter as medidas positivas que permitam a proteção dessa exigência.

Voltando o foco para o direito brasileiro vigente, Dallari (1998, p. 12) enumera o que pode ser consideradas atividades sanitárias mínimas, indicando um padrão essencial a orientar as políticas sanitárias e relacionando-o à gestão democrática dos serviços de saúde: “Quando o Estado garantir a participação da comunidade e dos indivíduos na organização dos serviços de saúde, para a prestação de determinadas atividades, consideradas mínimas, ele estará elevando o nível de saúde do povo”.

As atividades mínimas seriam a educação sanitária, a assistência nutricional, o saneamento básico, a assistência materno-infantil, as imunizações e a assistência curativa para os problemas comuns, em que incluído o fornecimento de medicamentos essenciais aos tratamentos médicos.

Gelis Filho (2001, p. 65), classifica oito elementos principais sobre as ações de efetivação do direito à saúde:

Educação sobre os problemas prevalentes de saúde e sobre os métodos de preveni-los e controlá-los; provisão adequados suprimentos de alimentos e nutrição adequada; suprimento de água e saneamento básico; cuidados com as crianças e com as mães, incluindo-se o planejamento familiar; imunização contra as principais doenças infecciosas; prevenção e controle de doenças endêmicas; tratamento adequado de doenças e lesões comuns; e fornecimento de medicamentos essenciais.

Na verdade, tais atividades mínimas podem ser reconduzidas à idéia de Cuidados Primários de Saúde, tal como proposto pela OMS, ainda em 1978. Trata-se dos cuidados essenciais de saúde, baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas em socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que o país e a sociedade podem manter.

Em direção semelhante, mas de modo mais específico, Sarlet aduz que “negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada”, ainda que possam ser contrapostos outros interesses legítimos.

Outrossim registra que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações materiais não deve restringir-e somente às hipóteses de iminente risco da vida humana, sob pena de que acabe sendo esta sacrificada.

Na definição das prestações sanitárias que consubstanciarium esse mínimo, pode-se tomar como critério de aferição a dignidade da pessoa humana, com base na qual, mediante um juízo concreto de ponderação, admite o jurista o reconhecimento da existência de um direito subjetivo originário.

Os exemplos indicados, como referido, servem para enumerar concretamente algumas prestações materiais e ações, ou políticas públicas, que têm sido compreendidas como abarcadas na noção de mínimo existencial, pertinentemente ao direito à saúde.

Nesse sentido, parece ter razão Milanez (2004, p. 202-203) que, ao aduzir à “garantia de um núcleo central, encara-o como o nível mínimo essencial de saúde que deve ser fornecido pelo Estado aos indivíduos”. Ressalva-se que se for possível um fornecimento mais completo, naturalmente pode o Estado fazê-lo, mas nunca deve o mesmo fornecer menos do que este limite mínimo.

Há de se ter presente que o reconhecimento de prestações materiais originárias mínimas em saúde não dispensa o sujeito passivo, Estado ou particular, do dever de direcionar esforços para a consolidação da máxima efetividade possível do direito – o que, em termos

práticos, importa no oferecimento de prestações que excedam o mínimo, sempre que for viável.

5 CONCLUSÃO

O 'direito à vida' está consagrado na Constituição Federal e é o direito 'mais sagrado' e importante para o ser humano, pois dele derivam todos os demais direitos. Para a sua plena realização, tem-se que assegurar, entretanto, vários outros direitos também fundamentais, tais como o *direito à saúde*, à alimentação, à liberdade do indivíduo, além dos que tratam sobre os cuidados necessários a moradia, a igualdade de condições e tratamento, ao bem-estar, dentre tantos previstos pela Carta Magna brasileira.

Desse modo, o artigo 196 da citada Constituição Federal determina expressamente que: "A saúde é um direito de todos e um dever do Estado", devendo ser efetivado por meio de políticas governamentais – nas três esferas da federação - que visem: 1) a prevenção e redução dos riscos de doença; 2) o livre, universal e igualitário acesso a todas as ações e serviços estatais voltados a promoção, proteção e recuperação da saúde; 3) a instalação de uma rede de serviços médico, ambulatorial e medicamentoso a disposição dos cidadãos; 4) ações relativas as condições sanitárias e higiênicas das populações, dentre outras.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação e no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde. Ele é responsável pela efetivação do direito à saúde e pela consolidação máxima dos direitos fundamentais.

É tarefa do Estado brasileiro realizar ações e participar com seus vários agentes e instituições, em todo território nacional, para atua na realização de procedimentos relativos a atender à população nas questões sobre alimentação, saúde física e mental, saneamento e esgoto. Ainda, ao Estado cabe a função de garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário a todo o sistema de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e ao trabalho preventivo de doenças e epidemias.

Além de todos estes serviços, a Carta Magna brasileira estabelece, também, o encargo ao ente estatal para a adoção de ações pontuais, voltadas para a prevenção e remoção de doenças e para a interação com políticas desenvolvidas em outras áreas, como saneamento básico, meio ambiente, previdência, criação de empregos – que favoreçam a saúde de sua população.

Dessa forma, os agentes públicos devem estar cientes de seu 'dever-poder' de proteção e promoção da dignidade humana, aqui exemplificada pela tutela do direito à saúde, já que, sem os bens de saúde, torna-se inviável a conservação da

vida, quanto mais de uma vida digna, saudável. Quando o ente estatal não fornece de maneira adequada meios suficientes para a manutenção de uma vida digna, cabe a ele o dever de reparar tal omissão, agravando-lhe uma garantia prestacional para com a comunidade ou o indivíduo.

As demandas por direitos originários ao fornecimento de medicamentos exigem dos juristas e dos operadores do direito, de modo ímpar, equilíbrio e amplitude de perspectivas, dadas as dimensões, titularidade e concorrência de princípios e de bens constitucionais envolvidos.

O que a Constituição exige é o compromisso com a sua força normativa, mormente diante de direitos fundamentais sociais, tão questionados quanto indispensáveis na realidade. Considerar tudo isto é indispensável para que os direitos fundamentais sejam levados a sério em circunstâncias tão desafiadoras quanto dramáticas, onde estão em jogo a vida, a saúde e a dignidade humana.

É necessariamente urgente que os responsáveis pela implementação do SUS tomem alguma atitude em relação ao seu pleno funcionamento, ao invés de se omitir ou de ficar justificando a ausência de políticas públicas apropriadas na área da saúde, em face de uma suposta "escassez" de recursos. Cumpre que a Constituição seja vista como um compromisso democrático a ser respeitado. É fundamental o surgimento de uma ação, que oriente a implementação de políticas públicas que facilitem o usufruto deste direito e, assim, impeça que cidadãos sofram pela inação estatal ou que tenham interrompido o seu ciclo vital, pela falta de serviços mínimos de saúde.

Tudo objetivando a implementação ao 'direito social à saúde', visto ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade humana e a conseqüente promoção do bem estar de todos seus cidadãos, garantindo-se uma vida sem discriminação, de raça, sexo, cor ou situação econômico-financeira, conforme está previsto no art. 3º, IV, da Constituição Federal vigente.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Org. Nelson Manrich. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, 2003.
- CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DALLARI, Suelli Gandolfi. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 1988. Disponível em: <http://www.scielosp.org>. Acesso em: 15 set. 2010.
- _____ ; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio**. Passo Fundo: UPF, 2003.
- FAGOT-LARGEAULT, Anne. **Reflexões sobre a noção de qualidade de vida**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário, 2001.
- FARIA, José Eduardo (Org). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GELIS FILHO, Antonio. **Globalização, serviços de saúde e direito internacional**. Revista de Direito Sanitário, 2001.

HOBBSAWN, Eric J. **Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KIST, Dario José. **O estado social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração**. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 2000.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 2007.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do direito à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILANEZ, Daniela. **O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **O direito à saúde**. Passo Fundo: UFP, 2003.

NUNES, Mérces da Silva. **O Direito Fundamental à Alimentação: e o princípio da segurança**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 set. 2010.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: A trajetória da saúde pública**. São Paulo: Senac, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

Site Oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:
<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J> Acesso em: 29/10/2010