

POR UM ESTADO MÍNIMO DE SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: ENTRE A UTOPIA HUMANÍSTICA E A REALIDADE CAÓTICA

Cassiano Silva Araujo¹
Tauã Lima Verdán Rangel²

RESUMO

O presente trabalho científico cuida a respeito do tema “Por um estado mínimo de saúde enquanto direito fundamental: entre a utopia humanística e a realidade caótica”, enseja que esta pesquisa objetivou de maneira simples e coerente enaltecer uma discursão sobre o estado mínimo de saúde, devido à crise financeira que tem assolado o país.. No entanto, este desequilíbrio financeiro está prejudicando de maneira direta a efetivação da parcela obrigacional que fica a cargo do Poder Público. Dessa forma, o primeiro ponto a ser examinado nesta pesquisa científica foi acerca das normas programáticas, demonstrando a sua gênese, isto é, sua criação na Itália até a sua inserção dentro do sistema jurídico brasileiro, abordando os seus reflexos positivos para manutenção de um Estado Democrático Brasileiro. Destaca-se, ainda, que as normas programáticas objetivam a aplicação dos regramentos e garantias fundamentais, ou seja, a Magna Carta de 1988 revelou um compromisso crucial com o povo brasileiro, por ter agregado, dentro de seu corpo normativo, o elemento sócio ideológicos é consolidação das normas que revelam o caráter de compromisso das Constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado Social. Destarte, o segundo ponto a ser esmiuçado é referente ao direito à saúde e o comentário geral da ONU nº 14, o qual plasmou um tema inerente à manutenção e estabilidade dos direitos sociais, tendo como título “por um estado mínimo de saúde”, isto é, o mínimo de saúde estar intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade humana e oxigenado pelo direito à vida garantido pela Magna Carta de 1988. Dessa forma, o Comentário Geral da ONU nº 14, busca demonstrar, de maneira concisa, que a sociedade necessita de um elevado patamar de saúde mental e física. Conclui-se se o último ponto a ser examinado é em relação aos obstáculos para a efetivação do direito à saúde: apontamentos à teoria das escolhas drásticas, sendo que a definição da escolha drástica se resume em uma escolha que beneficia só uma determinada demanda, logo exprimem o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretos direitos

¹ Discente do Décimo Período do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo (IESES) – Unidade Cachoeiro de Itapemirim. E-mail: kaka_c_cb@hotmail.com

² Professor Orientador. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). Professor do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior do Espírito Santo – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES e dos Cursos de Direito e Medicina da Faculdade Metropolitana São Carlos, *campus* Bom Jesus do Itabapoana-RJ. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

prestacionais fundamentais e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, tão drasticamente escassos.

Palavras-chave: Normas Programáticas; Teoria da Escolha Drástica e Direito à Saúde;

ABSTRACT

The present scientific work deals with the theme "For a minimal state of health as a fundamental right: between humanistic utopia and chaotic reality", this research proves that in a simple and coherent way, a discursion about the minimal state of health , due to the financial crisis that has devastated the country. However, this financial imbalance is directly damaging the effectiveness of the obligatory portion that is in charge of the Public Power. Thus, the first point to be examined in this scientific research was about the programmatic norms, demonstrating its genesis, that is, its creation in Italy until its insertion within the Brazilian legal system, addressing its positive effects for the maintenance of a State Brazilian Democracy. It should also be pointed out that the program norms aim at the application of fundamental regulations and guarantees, that is, the Magna Carta of 1988 revealed a crucial commitment with the Brazilian people, for having added, within its normative body, the socio-ideological element is the consolidation of norms that reveal the commitment character of the modern Constitutions between the individualist State and the Social State. The second point to consider is the right to health and the UN General Comment No. 14, which has shaped a theme inherent in the maintenance and stability of social rights, entitled "for a minimum state of health", this minimum health is intrinsically linked to the principle of human dignity and oxygenated by the right to life guaranteed by the Magna Carta of 1988. Thus, UN General Comment No. 14 seeks to demonstrate in a concise way that society needs a high level of mental and physical health. It is concluded that the last point to be examined is in relation to obstacles to the realization of the right to health: notes to the theory of drastic choices, and the definition of drastic choice is summarized in a choice that benefits only a certain demand, express the state of dialectical tension between the State's need to make concrete fundamental benefits rights and the government's difficulties in making the allocation of financial resources so drastically scarce.

Keywords: Programmatic Standards; Theory of Drastic Choice and Right to Health;

1 INTRODUÇÃO

O hodierno artigo científico fundamentou-se em pesquisa bibliográfica, tendo como esteio crucial registro de doutrinas, de jurisprudência e do Comentário Geral da ONU de nº 14. Dessa maneira é patente vislumbrar que o objetivo do presente trabalho acadêmico é analisar o desenvolvimento histórico da norma programática dentro das Magnas Cartas positivada pelo mundo até na concretização do direito à saúde, fazendo ensejo ao final sobre a teoria da escolha drástica.

Desta forma, desdobrará, de maneira concisa, sobre as normas programáticas, desde o seu limiar até o seu ápice. O limiar das normas supramencionadas iniciou por meio da Constituição Italiana, no ano de 1947, que tratou de assuntos

pertinentes a normas programáticas, a partir desse momento histórico algumas constituições começaram a inserirem em seus textos legais normas que buscavam viabilizavam e garantiam os Direitos Sociais dentro de sua Carta Magna.

Imperioso destacar que se iniciou uma grande conquista no mundo ao se criar leis constitucionais que obrigassem os Estados a ser responsabilizar e também ter que proporcionar a manutenção do bem-estar social. Tal fato era algo novo, porque os Estados sempre foram detidos de soberania, isto é, nada poderia abalar a sua estrutura econômica, assim, por força desta soberania jamais se responsabilizavam os Estados.

De fato, os Estados não estavam preparados para enfrentar este novo enredo, mas com diversos movimentos ocorrendo no mundo, a Carta Magna de 1988 trouxe nos seus maldes as normas programáticas. Cabe narrar o entendimento do professor José Afonso da Silva: “tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados” (SILVA, 2012, p. 122).

Não saindo da ótica desta pesquisa, cabe ressaltar um segundo ponto a ser abordado em relação ao direito à saúde e o Comentário Geral da ONU nº 14: por um estado mínimo de saúde. É oportuno mencionar que o direito à saúde estar positivado dentro da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 6º, que trata dos direitos sociais e, com mais clareza, no artigo 196 até 200 daquela, em que se institui o Sistema Único de Saúde para atender toda a sociedade brasileira.

Incumbe, ainda, enaltecer a Constituição de 1988 devido ao contexto do artigo 196, que diz “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Por isto, observa-se que o constituinte originário preocupou-se com o povo brasileiro. Em outro giro, sobre a luz do Comentário Geral da ONU nº 14, que teve como fundamento os direitos humanos, em que se buscou

discutir a respeito de uma saúde mental e física de alta qualidade, a qual deve ser dada a partir de uma série de abordagens complementares, como a implantação de políticas de saúde nos moldes da OMS, e a adoção de um arcabouço legal específico em nível nacional.

Por fim, irá abordar os obstáculos para a efetivação do direito à saúde: apontamentos à teoria das escolhas drásticas. Ora, a teoria das escolhas drástica tem tomado palco de uma grande discussão entre a doutrina e até mesmo nos posicionamento da jurisprudência. Assim, a escolha drástica está estritamente ligada aos fatores subjetivos, ou seja, a falta dos recursos públicos interfere na dogmática em relação ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, leva aos agentes público a certa escolha que seria até desumano em fazê-la, ou seja, escolha drástica.

2 METODOLOGIA

O presente foi construído com fundamento nas disposições do método dedutivo e do método historiográfico. Como técnicas de pesquisa, foi desenvolvida revisão de literatura, sob a modalidade de revisão sistemática, previamente selecionada em sites-padrão de busca temática, bem como pesquisa bibliográfica.

3 DA DELIMITAÇÃO DA LOCUÇÃO "DIREITOS FUNDAMENTAIS PROGRAMÁTICOS".

Logo após a Primeira Guerra Mundial, especificamente no momento do desequilíbrio econômico que ocorreu em 1920, originou-se o Estado Social, ou seja, a partir desse período iniciou-se uma preocupação por parte de alguns Estados influentes no mundo a respeito do bem-estar e do estado de providência, de modo que existia uma cultura que moldava os Estados da época de não ser responsáveis pelas políticas públicas e muito menos da promoção dos direitos sociais. Dessa forma, a gênese do Estado Social advém de uma grande batalha social, ou seja, esta luta se dá devido ao descaso que os Estados faziam com o seu povo. Assim, naquele período houve uma mutação sistêmica por parte dos Estados, pelo fato que os países de forma contínua predominaram sobre a economia de seu povo, tomando o

crucial papel de protagonista em relação ao enredo econômico e social. De acordo com Brito “em lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria” (BRITO, 1982, p. 19).

Dessarte, as Cartas Magnas passaram a crescer em seus diplomas legais direitos sociais e econômicos, ao invés de limitar-se à legitimação das liberdades políticas e de direitos civis. Essa metamorfose de posicionamento das Leis Maiores implicou na eflorescência das normas programáticas, na proporção de resultar de fórmula conveniente de aceitação em âmbito constitucional como novos direitos, contudo, com ausência de eficácia técnica satisfatória. Esse déficit técnico das normas programáticas levou a doutrina a uma intrigante discordância em derredor da sua validade. Salienta-se, ainda, que acreditavam que os elementos sócio ideológicos não sucediam de estímulos morais, manifestações desacomodadas de qualquer válida. Ulteriormente, contudo, com grande apoio e influxo do direito italiano, com a presença de um vasto número de regulamentos de normas programáticas na Carta Magna italiana de 22 de dezembro de 1947, um hodierno posicionamento surgiu. Dessa forma, de acordo com o professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p. 214), está seria a corrente moderna.

Um ponto interessante que vale apenas analisar é que os elementos sócio ideológicos em análise são eficazes, no entanto, a forma como sua eficácia se exterioriza é desigual, em referência às demais normas constitucionais. Deveras, como as searas dos elementos normativos padecem de déficit, por serem automaticamente definidas, há um obstáculo em sua aplicabilidade imediata e direta das normas programáticas. Apesar disso, as normas programáticas geram relutâncias forenses, que se ampliam por todo ordenamento constitucional, pelas seguintes razões: a) constituem um encadeamento compulsório para a Administração Pública; b) regulam os atos dos órgãos do Poder Legislativo; c) definem as normas abaixo da Magna Carta que contraria o seu poder originário; d) veda a criação de leis que fere o esteio constitucional; e) assentam como componente de inserção dos demais mandamentos constitucionais; f) estabelecem diretrizes para o Poder Derivado; g) dispõem regramento para a apreciação dos fatores infraconstitucionais (TEIXEIRA, 1991, p. 244).

Sob a ótica brasileira, o delineamento dos Direitos Fundamentais Programáticos se rotula dentro do Estado Democrático por meio das normas originadas pela Magna Carta de 1988, assim, cabe destacar o artigo 186, diz que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei” (BRASIL, 1988).

Além do artigo 174, § 1º, que afirma: “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (BRASIL, 1988). Seria possível, ainda, poderia apontar mais artigos da Constituição Federal Brasileira com, por exemplos, artigo 173, §4º e artigo 144. Com isso, nota-se que a Lei Maior de 1988, não só introduziu, em seu artigo 6º, o direito à saúde como um direito social, mas, conforme supramencionado, preocupou-se com a sua efetivação, embora tais normas possuísem um caráter programático, isto é, normas voltadas a atender as necessidades sociais. Igualmente, estabeleceu também parâmetros mínimos para garantir a sua efetivação e administração dentro do país.

Mister se faz salientar que as normas programáticas consistem em normas com elevado grau de imprescindibilidade para o ordenamento forense, pelo fato que as normas programáticas abarcam uma vasta quantidade de delineamentos constitucionais (CADEMARTORI, 2001, p.87). Do ponto de vista de Maria Helena Diniz, as normas programáticas se definem como:

[...] aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado (DINIZ, 1988, p. 371).

Some-se a isto, outro ensinamento de José Afonso da Silva que:

Denominar normas constitucionais de princípio aquelas em que se subdividem as normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possa surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte (SILVA, 2007, p. 118).

Sobreleva-se a visão de Bonavides, ao afirmar:

Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção já referida, sendo, portanto dotada de eficácia jurídica. Em consequência, o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-se-lhe também eficácia interpretativa sobre a norma cívica, que não deve contradizer o princípio donde emana (BONAVIDES, 2000, p. 231).

Conforme as três últimas citações supramencionadas, compreende-se que as normas programáticas são compostas por delineamentos gerais e, ao mesmo tempo, se adjetiva como princípio, de modo que se atribui, ainda, a sua característica forense. Assim, a conexão programática do delineamento geral concernente à Constituição de 1988, não exclusivamente solicita como prevalece acima de leis ordinárias, depende-se os seus impactos interpretativos sobre as normas infraconstitucionais, sendo que jamais podem contrariar o delineamento de onde deriva.

Diante do exposto acima, as normas programáticas têm sua composição híbrida, ao passo que, quando atua como delineamentos constitucionais, alcança sua própria finalidade na órbita forense, pelo fato de se lhes concedidas essência normativo-jurídica (DINIZ, 2001). Destaca-se a classificação ventilada pela Magna Carta de 1988 a respeito das normas programáticas, conforme se vislumbra na jurisprudência inframencionada do Egrégio Tribunal de Justiça de SC:

APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – VAGAS EM PROJETO SOCIAL MUNICIPAL (PROGRAM SENTINELA-ACORDE) – AUSÊNCIA DE PESSOA ESPECIALIZADO – POLÍTICA SOCIAL DERIVADA DE NORMA PROGRAMÁTICA E NÃO IMPERATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – RECURSO PROVIDO.

As normas programáticas caracterizam-se por terem sua aplicação procrastinada, isto é, pressupõem a existência de uma legislação posterior para sua efetiva aplicação no âmbito jurídico, sendo destinadas, pois, ao legislador infraconstitucional, não conferindo aos seus beneficiários o poder de exigir a sua satisfação imediata, haja vista a ausência de qualquer delimitação de seu objeto e da sua extensão.

Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é

derivada de norma programática e não imperativa (AC n. 2002.006812-3, da Capital, Des. Luiz César Medeiros).

Denota-se, à luz do entendimento extraído da decisão epígrafe proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo como Desembargador-Relator Luiz César Medeiro, o qual proferiu decisão a respeito de vagas em projeto social, nota-se que já era para ter sido feito anteriormente um estudo quantitativo para atender o número exato de pessoas que necessitavam em aderir ao projeto social, contudo, houve uma deficiência por parte do Poder Legislativo em realizar o estudo quantitativo para atender melhor a população, assim, o único mecanismo que pode ser utilizado para viabilizar tal acesso, seriam as normas programáticas, sendo tão essencial para manutenção da estabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a luz dos direitos e garantias.

Dessa forma, deve-se examinar as situações jurídicas geradas pelas normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado. Tais normas prevêm as finalidades pelas quais o Estado se organiza. Assim, estabelecem os objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. Logo, são normas que estabelecem um direito a uma prestação estatal, ou seja, direito a algo. Tais direitos são formados três elementos fundamentais, sendo eles um titular de um direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Para o alcance da finalidade prevista em tais normas programáticas, o Estado deve adotar uma série de condutas, tanto de ordem material quanto normativa. Assim, por exemplo, para realizar o direito subjetivo veiculado pelo art. 170, V, da CF, promulgou-se o Código de Defesa do Consumidor e uma série grande de normas legislativas. De outro lado, para satisfazer o direito previsto no art. 170, VI (defesa do meio ambiente), exige-se do Estado condutas normativas e prestações materiais. Disso se infere que as normas em estudo poderão veicular tanto direitos a prestações fáticas quanto direitos a ações normativas.

4 O DIREITO À SAÚDE E O COMENTÁRIO GERAL DA ONU Nº 14: POR UM ESTADO MÍNIMO DE SAÚDE

A precaução com a saúde na seara internacional conquistou força no início da formação da Cruz Vermelha, desenvolvida pelo empresário Henri Dunant no ano de 1859, devido ao pouco recurso assistencial que os feridos recebiam das guerras. E no Brasil o direito a saúde ganhou força devido os movimentos sanitaristas (CURY, 2005, p. 44).

Desta maneira, o direito à saúde está elencado na Lei Maior de 1988, dentro do rol de direito sociais, conforme previsto no artigo 6º, que busca o bem-estar social. Dessa forma, o artigo 6º da CRFB/88, cristalizou este entendimento inerente aos direitos sociais, pelo fato de representar desenvolvimento social para fins de garantir condições mínimas de convívio harmônico e de justificativa para a existência de um Estado jurídico.

Sendo assim, o artigo 2º da Lei nº 8.080/90, diz que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990). Outro ponto que é crucial, o constituinte ordinário disse que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988). Na visão de Barroso, ao dizer que:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos (BARROSO, 2009, p. 10).

Diante do exposto, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana oxigena o direito à saúde. Logo, há uma relação intrínseca entre tais elementos de cunho jurídico-filosófico, pois, ao se pensar em dignidade da pessoa humana, é impositivo reconhecer o acesso ao direito à vida e, por extensão, ao direito à saúde como condicionante a uma vida de qualidade. Portanto, tem-se a formação de uma tríade de cunho jurídico indissociável e que encontra materialização clara dentro do Texto Constitucional de 1988.

Imperioso destacar que a saúde a partir da CRFB/88 foi oferecida para todos, independentes de sua contribuição ou situação financeira, assim, obrigou o Estado a ter que custear e a implementar mecanismos para a materialização de tal direito.

Logo, o Estado também passou a ter que se responsabilizar também sobre a promoção da saúde, por meio de políticas públicas e sociais na busca de reduzir as moléstias.

Seguindo o exposto até o momento, é necessário mais uma aplicação dentro do tripé de direitos (dignidade da pessoa humana, vida e saúde) que relação aos princípios da igualdade e universalidade, sendo que ambos direitos têm que ser ofertados para todos de maneira igual e estes direitos tem que atender todos que estão dentro da órbita federal, portanto, caberá ao Poder Público em fiscalizar, controlar e regular (SILVA, 2010, p. 145).

Insta salientar, que é garantido pela Constituição Federal o direito à vida, à saúde e à dignidade humana, e não deve a Administração Pública afasta-se destes preceitos, sob pena de não cumprir o seu dever constitucional e por consequência ofender direitos tão valiosos e irrepetíveis do cidadão. Diante disso, não raro, o cidadão depara-se com negativas de fornecimento destituídas de fundamento, não havendo outra alternativa senão a busca pelo Poder Judiciário, que em suas decisões dificilmente afasta-se destes preceitos, mormente porque quem busca a proteção judicial, no mais das vezes, são pessoas que, já desgastadas pela enfermidade, vêm no amparo da lei a última alternativa para sua vida, conforme abaixo:

Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas. [RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013.] Vide RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.

Em outro giro, o Comentário Geral da ONU nº 14 abordou a temática sobre ao direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, o qual está estritamente ligado ao entendimento cristalizado na Lei Maior de 1988. Assim, o comentário trouxe em sua

22º (vigésima segunda) sessão a necessidade de aplicar o direito à saúde com qualidade. Dessa forma, tal comentário entendeu que o direito à saúde é o vetor fundamental para a garantia de outros direitos fundamentais, de modo que não há como ter dignidade humana sem ter uma saúde de qualidade, da mesma forma não existirão os direitos sociais sem antes em falar em direito à saúde. Além disso, toda a sociedade precisa viver dignamente e o Estado tem papel primordial no cumprimento deste princípio constitucional tão importante. Sendo certo que, o direito à saúde integra o direito à vida, com o desígnio de proporcionar a cada cidadão o garantismo estatal da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se, ainda, que o ser humano detém o direito de ter uma excelente qualidade de saúde para que lhe seja proporcionado uma vida digna. Com isso, a manifestação do direito à saúde é conquistada por meio de diversas maneiras complementares, como programas realizados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) ou pela formulação de instrumentos constitucionais legais concretos. Outrossim, o direito à saúde possui atribuição em vários componentes inserido ao arcabouço da lei.³

Enseja que o artigo 12 do Comentário Geral da ONU nº 14 trouxe em seus parágrafos os principais elementos para a aplicação do direito de saúde, sendo: a) disponibilidade: atento ao seu nível de desenvolvimento, cada Estado deve disponibilizar número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, com todos os insumos necessários a consecução dessa finalidade; b) acessibilidade: as dimensões dessa acessibilidade são, pois, a não discriminação, acessibilidade física (alcance geográfico seguro por parte de todos os setores da população), acessibilidade econômica (pagamentos por serviços de cuidado de saúde deve se basear no princípio da equidade, incluindo-se, para alcance de todos, os grupos socialmente desfavorecidos e o acesso à informação, como direito de solicitar, receber e difundir informações e ideais sobre questões de saúde; c) aceitabilidade: todos os estabelecimentos devem respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, no respeito a cultura dos indivíduos, minorias, povos e comunidades, requisitos de gênero e do ciclo de vida, além do respeito à

³ Por exemplo, o princípio da não discriminação no que respeita a estabelecimentos, bens e serviços de saúde é legalmente aplicável em muitas jurisdições nacionais.

confidencialidade das pessoas em questão; d) qualidade: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser apropriados, desde o ponto de vista científico e médico, o que exige equipe qualificada, medicamentos e equipamentos cientificamente aprovados e dentro da validade, água limpa e potável, além das condições sanitárias adequadas.

Por fim, nota-se que todos estes elementos são atribuídos de forma exemplificativa para uma melhor aplicabilidade do direito à saúde dentro dos países signatários da Organização Nacional Unida (ONU) conjunto com a Organização Mundial da Saúde (OMS).

5 OS OBSTÁCULOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Observa-se que o direito à saúde está previsto de forma expressa na Magna Carta de 1988, o qual pertence ao rol dos direitos sociais, de modo que os direitos sociais terão que ser promovidos pelo Estado. Assim, o legislador de 1988 atribui uma carga de responsabilidade muito grande para o Estado. No entanto, por mais que o legislador tenha fixado esta carga para o Estado, também conferiu, ao mesmo tempo, a forma de custear com todas estas despesas que iria acarretar aos cofres públicos que foram os tributos.

Contudo, como se vislumbra na Constituição de 1988, em seu artigo 196, alega que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Desta forma, além do direito à saúde se um direito fundamental há também o dever fundamental de prestação da saúde por parte dos Entes Federativos – União, Estado, Distrito Federal e Município, sendo competência dos destes cuidarem da saúde. Dita competência foi positivada no artigo 23, inc. II, da CF/88, dizendo que: “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. (BRASIL, 1988)

Assim, por mais que o direito a saúde constitua dever do Estado, e tal direito torne-se uma premissa válida, não quer dizer que sua materialização seja automática,

porque depende do Poder Público para gerenciar tal direito. Asseverou Regina Maria e Nery Ferrai, alegando que:

No Brasil dos dias de hoje, é possível identificar a diferença entre o que Lassale denomina a Constituição Real e a folha de papel em que se converte a Constituição Escrita, uma vez que preceitos constitucionais de grande importância para a coletividade encontram-se na incômoda situação de “letras mortas”, à espera de edição de leis ordinárias ou complementares, que lhes integrem o sentido e possibilitem sua observância, ou, ainda, quando dispositivos constitucionais, que não necessitam de legislação integrativa, às vezes não são cumpridos, o que decorre, por exemplo, de fatores econômicos e políticos (MACEDO; FERRARI, 2001, p. 18).

Dessa forma, por mais que a Lei Maior diga que o direito à saúde é direito de todos e deveria ser promovido pelo Estado e custeado também, na maioria das vezes não é isto que observamos na prática. Contudo, conforme narrado na citação supramencionada, ocorre que o direito de saúde tem sofrido certo descaso por parte do Estado, ao passo que no meio dessa crise financeira que tem assolado o país, os gestores públicos têm negligenciado diretamente o acesso à saúde pública no Brasil, ao passo que esta ação contradiz literalmente os preceitos constitucionais e fundamentais.

Importa destacar que a implantação dos direitos sociais por meio de política pública encontra-se cada vez mais escassa devido à situação econômica que se vivencia. São notórias as deficiências estatais no cumprimento dos mandamentos constitucionais. Dentre elas, podemos citar a falta de leito nos hospitais públicos, a escassez de remédios gratuitos nos postos de saúde, a falta de serviço estruturado, a baixa remuneração dos profissionais da saúde e o baixo investimento no campo das pesquisas, seja de medicamentos, seja equipamental, seja de técnicas de tratamento (MARTINS, 1988, p. 41-42).

Em que pese os respeitáveis esforços no exercício de um controle social efetivo sobre a gestão do Sistema através dos conselhos e conferências locais de saúde, os principais problemas do SUS têm as suas basilares causas na ausência de controle operacional e nos excessos por parte dos seus integrantes seja de fabricantes de remédios, farmácias, seja de médicos, laboratórios e hospitais. Ademais, o controle social frágil dos processos de atenção e gestão do SUS coaduna-se com a

burocratização e verticalização do sistema público de saúde. Dentro dessa órbita, asseverou Luís Roberto Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive no confronto com os outros poderes (...) Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais(...) A segunda causa foi a constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária (...) Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2014. p.742).

Com isso, este é o único meio hábil que a sociedade brasileira tem de acessar a via jurisdicional para garantir sua pretensão resistida, isto é, por meio do acesso a justiça qualquer um do povo poderá acionar o Poder Judiciário, o qual possuem atribuições significativas para fazer a Administração Pública cumprir o que está pactuada na Lei Maior de 1988 em relação ao direito à saúde. Desta forma, é por meio do Poder Judiciário o qual tem a função de garantir a aplicação do texto legal. Contudo, ficou a cargo das normas programáticas em promover o direito à saúde. A respeito disso lecionou o Professor Ingo W. Sarlet:

Cuida-se de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador (SARLET, 1988, p. 280).

Portanto, um dos grandes problemas que o Estado tem enfrentado nos dias atuais, é em relação aos recursos orçamentários para promover o direito à saúde, de modo que tais verbas tem que ser repartida dentre todos os entes políticos, para que todos

os estados da federação possam receber verbas públicas para promover o direito à saúde por meio do Sistema Único de Saúde.

Assim, outro obstáculo que enfrenta o direito a saúde é em relação à reserva do possível, ao passo que o Poder Executivo tem a responsabilidade de gerenciar o sistema único de saúde por meio das secretarias de saúde estadual. Forma estar implantada pelo Estado para que o direito à saúde possa chegar a todo o território nacional. Dentro dessa ótica da reserva do possível salientou o doutrinador Sarlet:

Trata-se da efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações materiais, perquirindo-se se o destinatário da prestação da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), para cumprir com a sua obrigação (SARLET, 2007, p. 132).

Vislumbra-se ainda, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF, tendo como Ministro Relator Celso de Mello, o qual tratou o caso com muita seriedade e abordou com grande magnitude e clareza a respeito da Reserva do Possível, compreendendo ser viável a intervenção forense em relação às políticas públicas, contudo realçou a implantação da cláusula da reserva do possível, *sui generis* na execução dos direitos sociais, culturais e econômicos, apesar de estes reivindicassem amortizações estatais positivas do país. Nesta posição, decidiu o Supremo Tribunal Federa, *in verbis*:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais,

notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]”. (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

Por fim, é patente que a reserva do possível trouxe grande discursão para o ordenamento forense, ao passo que se alçou a declaração de que o Poder Judiciário não teria competência para tratar do direito social à saúde, pelo fato de se cuidar de uma matéria de ordem público, e sua competência só poderia ser atribuída para ao Poder Legislativo e Poder Executivo. Portanto a reserva do possível só poderia ser atualizada quando “se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo, a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam senados no menor tempo possível” (SCAFF, 2005, p. 222-223).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da criação do estado social que iniciou a preocupação por parte do estado em relação aos direitos sociais, de modo que neste período que o Estado começou a se preocupar com a sua sociedade. Assim, por volta do ano de 1920 que as Magnas Cartas do mundo começou a dá direito sociais e econômico para a sociedade.

Logo, o Brasil introduziu os direitos sociais dentro de uma norma específica, a qual é conhecida como norma programática, assim, tal norma se comporta de maneira singular, ao passo que as normas programática possui um elevado grau de imprescindibilidade para o ordenamento forense, pelo fato que as normas programáticas abarcam uma vasta quantidade de delineamentos constitucionais. Dentro desta ótica, as normas programáticas são classificadas como programas a serem desenvolvidos mediante lei infraconstitucional.

Importa destacar, que o presente trabalho abordou a respeito do direito à saúde como um direito social, de modo que o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 trouxe tal matéria dentro do *roll* dos direitos sociais. Cabe ressaltar que a introdução do direito à saúde dentro do dos direitos sociais, agrega uma conquista muito grande

para a sociedade brasileira. Pelo fato que poucas Constituições no mundo da tal direito ao seu povo, logo com esteio no artigo 197 da CRFB/88 que diz que é dever do Estado em custear com tal matéria e direito de todo de ter um saúde de qualidade.

Por fim, dentro desta mesma ótica do artigo 197 da CF/88, no ano de 2000 foi publicado o Comentário Geral da ONU de nº14, o qual tratou do direito a saúde, desdobrando a sua essencialidade dentro do nosso estado democrático de direito. Assim, o objetivo conforme analisado desta publicação é de levar para todo o mundo uma saúde de qualidade para todos os povos.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: Conjur*: portal eletrônico de informações, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2018;

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.**

Disponível em

<http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 02 dez. 2017;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2017;

_____. **Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 set. 2017;

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Comentário Geral N.º 14: Artigo 12º (O Direito ao Melhor Estado de Saúde Possível de Atingir). Vigésima Segunda Sessão (2000). Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017;

_____. **Organização Mundial de Saúde.** Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/nao-houve-relatos-de-zika-entre->

participantes-da-olimpiada-do-rio-afirma-oms/zika.jpg/view>. Acesso em: 12 dez. 2017;

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 13 jul. 2017;

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**: desenvolvimento econômico, bem estar social. São Paulo: Saraiva, 1982;

CANDEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001;

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005;

Maria Helena Diniz, **O estado atual do biodireito**, Saraiva, São Paulo, 2001;

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1999;

MACEDO, Regina Maria, FERRARI, Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: **Verba júris**: Anuário de Pós Graduação em Direito, v. 4, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 30 mai. 2018;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 12. ed. São Paulo: Malheiros.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010;

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991;