

O DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE CRISE: DA TEORIA DAS ESCOLHAS DRÁSTICAS À EFETIVAÇÃO DO ESTADO MÍNIMO DE SAÚDE

Samuel Brito Caldeira¹
Tauã Lima Verdan Rangel²

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a efetivação do direito à saúde à sociedade brasileira. Bem como tecer críticas sobre as escolhas drásticas do Estado que, por força constitucional é o garantidor dos direitos sociais garantidos universalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos ante as normas programáticas que exigem cumprimento imediato e a política do estado mínimo de saúde que traz prejuízos à sociedade hipossuficiente.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Saúde. Normas. Estado. Crise.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the effectiveness of the right to health of Brazilian society. As well as criticizing the drastic choices of the State, which, by constitutional force, is the guarantor of the social rights universally guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights before the programmatic norms that demand immediate fulfillment and the policy of the minimum state of health that damages society hyper sufficient.

Keywords: Social Rights. Health. Standards. State. Crisis

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Sociais objetivam, em um primeiro contato, para equilibrar as desigualdades encontradas na sociedade, isto é, são para conceder às pessoas

¹ Graduando do 6º período do Curso de Direito da Faculdade Multivix – Unidade de Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: samuelb.c@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 em Práticas Processuais – Prática Civil, Prática Penal e Prática Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo - ES (2014-2015). Líder do Grupo de Pesquisa “Direito e Direitos Revisitados: Fundamentalidade e Interdisciplinaridade dos Direitos em pauta”. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com

condições mínimas para viverem de maneira digna e igualitária com o Estado sendo o responsável pela providencia da efetivação de políticas sociais para o cumprimento deste dever. O Preâmbulo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos deixa claro que, "[...] os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos [...]" (CIDH, 1969). Assim, são direitos inerentes ao homem independente de qualquer situação, isto porque, naturalmente, para desfrutar de uma qualidade de vida digna, o homem precisa ter tais direitos respeitados, protegidos e garantidos.

Elencado no artigo 6º da Constituição Federal, a saúde é um dos direitos sociais garantidos e de suma importância ao ser humano. Reza o artigo 196 da Carta Magna brasileira: "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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988). Isto é, o Estado é o responsável direto pela garantia da efetivação do direito à saúde dos cidadãos. O direito à saúde está intrinsecamente ligado como subsídio à condição e qualidade de vida do ser humano e de sua família.

A grande problemática aparece quando nota-se a negligência estatal nas políticas públicas, onde a destinação de verbas públicas a fim de garantir tais direitos, são extremamente ínfimas. Com isso, não é raro perceber o quanto a sociedade sofre com a falta do cumprimento estatal à esta garantia constitucional. Basta atentar-se para as principais mídias que estará ali exposto diversos casos onde pessoas morrem sem serem atendidas em hospitais, ou tem sua saúde debilitada por falta de tratamento necessário aliado a falta de medicamentos ou a falta de alimentação. Mostra-se assim, uma grande escassez de recursos, ou seja, nem sempre o Estado é capaz de suprir todas as exigências e precisa decidir onde atuar com mais vigor ou não.

Nestes termos, a fim de esclarecer sobre a realidade vivida pelo cidadão brasileiro quanto ao direito à saúde frente as escolhas drásticas ante a norma programática e a descentralização do Estado para a efetivação dos direitos, houve a utilização de

doutrinas, artigos científicos, jurisprudências, entre outros materiais que foi de suma e decisiva importância.

2 OS DIREITOS SOCIAIS NA PAUTA

Os direitos sociais compõem os direitos fundamentais de segunda dimensão, estão essencialmente atrelados à igualdade material. Para José Afonso da Silva, os direitos sociais

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade [...] (SILVA, 2009, s.p.).

Em meados dos séculos XVII à XIX a classe operária encontrava-se em profundo desamparo e vivendo sob uma massacrante condição de vida. Surge assim, a partir desta perspectiva, a Revolução Industrial, que primeiramente eclodiu na Inglaterra culminando no abandono dos trabalhos artesanais pelos assalariados e com máquinas por parte dos trabalhadores que estavam cansados da exploração dos produtores e dos proprietários das manufaturas. Outra grande fase se deu com a Revolução francesa, quando um povo cansado do Estado Absolutista em que viviam lançaram mão de mosquetes e tomaram o Estado, logo após, proclamando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão sob o prisma da Liberdade, Igualdade e fraternidade a todos perante a lei.

Para Lafer (2006, p. 127, apud GONÇALVES, s.d, s.p.) o massacre a que estava sendo submetida a classe trabalhadora obrigou-a à organização e à luta pelo reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, sendo que estes tiveram como origem as reivindicações em torno de um direito de participação do bem-estar social, compreendido como os bens que os homens, por meio de um processo coletivo, acumulam ao longo do tempo.

A Constituição do México de 1917, também, foi um grande expoente para os direitos sociais, sendo a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos

fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Para Comparato:

[...] a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto, da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar [...] (COMPARATO, s.d, s.p.).

Além disso, é importante destacar que, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos vetou a reeleição ao Presidente da República, abriu precedente para as liberdades individuais e políticas, além de romper com o poderio da Igreja Católica, expandiu a educação pública, reforma agrária e proteção ao trabalho assalariado. Nisto, percebe-se que a Constituição mexicana serviu como fundamento jurídico para a transformação sociopolítica da sociedade.

Após a Constituição do México houve um grande outro expoente para os direitos sociais que foi a Constituição alemã de 1919. Conhecida como a Constituição de Weimar, foi a instituidora da primeira república alemã. Neste sentido, cuida ponderar que o documento exerceu uma grande influência sobre os direitos civis e políticos em toda a estrutura social do Ocidente. Em um de seus ensinamentos, Comparato diz:

O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazifascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos — que o sistema comunista negava — com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século. (COMPARATO, s.d, s.p.)

O cenário alemão era de total derrota, o povo já não acreditava mais nos valores tradicionais e inclinavam-se para decisões extremas. A Constituição alemã de 1919 tinha então, como escopo, a organização do Estado ao passo que apresentava os

direitos e deveres fundamentais acrescentando novos direitos de conteúdo sociais. Com ênfase, ensina Comparato:

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a Segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado uma redistribuição de renda pela via tributária.

Essa orientação marcadamente social e não individualista aparece até mesmo nas disposições que o constituinte classificou como se referindo a pessoas individuais. Assim é que o art. 113, de modo pioneiro, atribuiu a grupos sociais de expressão não alemã o direito de conservarem o seu idioma, mesmo em processos judiciais, ou em suas relações com a Administração Pública. Marcou-se, desta forma, a necessária distinção entre *diferenças* e *desigualdades*. As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural. (COMPARATO, s.d, s.p.)

Assim, fica claro e evidente que a Constituição de Weimar foi de suma importância para o crescimento dos direitos sociais, uma vez que, este documento ampliou com muita ênfase os direitos trabalhistas, previdenciários, o direito a educação, da família, entre outros, figurando assim, um dos principais marcos dos direitos sociais historicamente registrados.

No Brasil, em todas as Constituições são encontrados os direitos humanos, porém, a Constituição de 1934 foi a que elucidou esta temática com ênfase principalmente no direito dos trabalhadores. Sob forte influência da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Espanhola de 1931, já no seu Preâmbulo constava a seguinte exposição: "Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte"

(BRASIL, 1934). A Constituição de 1934 foi a primeira a disciplinar a ordem econômica e social em um título específico. Isto se verifica conforme o texto Constitucional:

Art. 10: Compete concorrentemente à União e aos Estados: [*omissis*]
 II. cuidar da saúde e assistência públicas; [*omissis*]
 V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;
 VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus.

Art. 121: A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [*omissis*]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (BRASIL, 1934)

Perceba que houve uma grande preocupação do legislador em trazer efetivamente, e como norma programática, os direitos sociais. Com ênfase, Adriano dos Santos Lurconvite explica:

Dentre as principais normas referentes aos direitos trabalhistas, citamos a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (art. 121, § 1º, a); salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador (art. 121, § 1º, b); limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos pela lei (art. 121, § 1º, c); proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres (art. 121, § 1º, d); repouso semanal, de preferência aos domingos (art. 121, § 1º, e); férias anuais remuneradas (art. 121, § 1º, f); indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa (art. 121, § 1º, g); assistência médica sanitária ao trabalhador (art. 121, § 1º, h, primeira parte); assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego (art. 121, § 1º, h, segunda parte); instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (art. 121, § 1º, h, *in fine*); regulamentação do exercício de todas as profissões (art. 121, § 1º, i); reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (art. 121, § 1º, j); a criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao Poder Executivo (art. 122); e, obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos (art. 139).

Importante mencionar, ainda, que a Constituição de 1934 estatuiu que todos têm direito a educação (art. 149) e a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência a gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150, § único, a). (IURCONVITE, s.d, s.p.)

Assim, conforme todo o exposto, fica evidente a grande evolução dos direitos sociais no Brasil por meio da Constituição de 1934 promulgada pelo então Presidente da

República Getúlio Vargas. Na Constituição de 1988, os direitos sociais estão elencados no artigo 6º, sendo eles, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Para o professor Pedro Lenza (2016), os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, sendo que “os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”. Portanto, os direitos sociais têm como principal conteúdo a ordem social, e, sua aplicação deve ser imediata.

3 O DIREITO À SAÚDE EM CARACTERIZAÇÃO

O direito à saúde existe como uma norma programática na Constituição de 1988. Para Pimenta, as normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficácia de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir (PIMENTA, 2012, s.p.).

[Hewerstton Humenhuk](#) (2004) conceitua a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política. Diante disto, pode-se dizer que a saúde é uma incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários componentes.

O direito à saúde compõe a ordem social estando dentro do título da seguridade social. Reza o artigo 194, parágrafo único, da Carta Maior, que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Prevista como garantia fundamental pelo texto do artigo 6º, mostra-se como um direito inerente à todos da sociedade, devendo ser garantido pelo Estado através de políticas sociais e econômicas como está disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988: "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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

Segue o artigo 197 da Carta Magna impondo que, "são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (BRASIL, 1988).

Lenza (2016) ensina que a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social (LENZA, 2016, p. 1.299).

Coaduna-se com o ensinamento supracitado a jurisprudência, quando no Recurso Extraordinário 271.286-RS, o Ministro Celso de Melo em seu voto impugna o recurso interposto pelo estado do Rio Grande do Sul e confirma o dever do Estado em providenciar, com políticas sociais e econômicas, o livre e igualitário alcance do direito à saúde garantido pela Carta Maior brasileira. Como se confere:

Ementa

Pacientes com hiv/aids, pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do estado (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). Precedentes (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]. Entendo não assistir razão ao Estado do Rio Grande do Sul, pois o eventual acolhimento de sua pretensão recursal certamente conduziria a um resultado trágico. [...] O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República."(RE 271.286-RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei) Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando os precedentes mencionados, não conheço do presente recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 02 de agosto de 2000. Ministro CELSO DE MELLO Relator 7. (STF - RE: 267612 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/08/2000, Data de Publicação: DJ 23/08/2000 P - 00050).

Conforme a jurisprudência supracitada, é perceptível que a Suprema Corte brasileira entende que o Estado, em seu dever de prestação dos serviços de saúde, obriga-se a disponibilizar o atendimento médico-hospitalar, o fornecimento de todo tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de qualquer natureza, o fornecimento de aparelhos que viabilizem o tratamento do indivíduo a fim de garantir seu bem-estar. Além do mais, faz-se mister discorrer sobre a forma como a Constituição se apresentou ao falar sobre o direito à saúde. Elisângela Santos de Moura explica:

A Constituição Federal de 1988 não se limitou a prever a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde, indicou, ainda, como seria atuação desse órgão administrativo e os objetivos que deveria perseguir, conferindo o esboço do que seria o Sistema Único de Saúde. Mesmo com a previsão constitucional, os procedimentos para o adequado

funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como as atribuições específicas dos órgãos, só puderam ser concretizadas a partir da elaboração das Leis específicas da Saúde.

Nesse propósito, foi criada a Lei Federal 8080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as atribuições e funcionamento do Sistema Único de Saúde, bem como a Lei Federal 8142, de 28 de dezembro de 1990, que trata sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Cabe ao Estado, por ser o responsável pela consecução da saúde, a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde. Desse modo, o amplo acesso aos medicamentos, por integrar a política sanitária, insere-se no contexto da efetivação do direito à saúde, de modo que as políticas e ações atinentes aos produtos farmacêuticos devem sempre atender ao mandamento constitucional de relevância pública (MOURA, 2013, s.p.).

O artigo 198 da Constituição Federal de 1988 estabelece as diretrizes norteadoras do Sistema Único de Saúde:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Contudo, o mesmo artigo supracitado não se limita à essas três diretrizes, uma vez que, o mesmo disposto apresenta outras normas norteadoras, principalmente de como a Administração Pública deve se comportar. Com efeito, foi elaborada a lei nº 8.080 em 19 de setembro de 1990 que, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Moura explica que:

A Lei Federal 8.080/90, em seu Art. 2º, reconhece a saúde como direito fundamental do ser humano, sendo do Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Em seguida, o Art. 5º estabelece os principais objetivos do SUS: (i) identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde; (ii) formular política de saúde; (iii) promover, proteger e recuperar a saúde a partir de ações assistenciais e de atividades preventivas.

No tocante às atribuições do Sistema Único de Saúde, a Lei Federal 8.080/90 reitera os dispositivos constitucionais e acrescenta outras obrigações no Art. 6º, sendo que uma se destaca em razão da pertinência com este trabalho, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, disposta no inciso I, alínea d, do mesmo artigo.

Destacam-se, ainda, os incisos VI e X, ambos incumbindo ao SUS a formulação da política de medicamentos e incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico na área de saúde.

A Lei Federal 8.080/90 trata, ainda, do financiamento da saúde, sendo este tema, posteriormente, objeto da Lei Complementar 141/2011, que será estudada em tópico específico. Antes disso, alguns apontamentos serão realizados sobre a assistência terapêutica integral no SUS e a descentralização na saúde, temas importantes por direcionarem a política pública de saúde no Brasil (MOURA, 2013, s.p.).

Além de todo o disposto, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) é taxativa quando, em seu artigo 25, garante que "todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]" (DUDH, 1948). Assim, fica explícito que o direito à saúde é inteiramente garantido e inerente ao ser humano, devendo o Estado providenciar o acesso à saúde a todos.

Ademais, o site Pense SUS (s.d.), da Fundação Oswaldo Cruz, explica que, o direito à saúde foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988. No entanto, direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Embora o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica também na garantia ampla de qualidade de vida.

4 DA TEORIA DAS ESCOLHAS DRÁSTICAS À EFETIVAÇÃO DO ESTADO MÍNIMO DE SAÚDE: UMA REFLEXÃO EM TEMPOS DE CRISE

Como previsto no artigo 196 da Carta Magna brasileira, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Contudo, o Estado nem sempre é capaz de providenciar tudo por causa da escassez de recursos e a grande demanda populacional que requer uma grande quantia de reservas para a realização das políticas públicas a fim de garantir os direitos garantidos e o exercício das normas programáticas contidas na Carta Constitucional. Neste sentido afirma Flávia Teixeira Ortega:

A escassez de recursos públicos, quando envolve questões peremptórias, por exemplo, à vida e à dignidade humana, culmina em escolhas tidas como trágicas.

A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas

definidas no texto constitucional, quer com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

Daí resulta contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade orçamentária, a proceder a verdadeiras escolhas trágicas, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na Carta Política de 1988.

Com efeito, as escolhas trágicas exprimem o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretos direitos prestacionais fundamentais e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, tão drasticamente escassos.

Nesse contexto, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (ORTEGA, 2015, s.p.)

Assim, a teoria das escolhas drásticas pode ser entendida como a eleição dos destinatários e as prioridades dos gastos públicos frente à demanda infinita dos direitos fundamentais que exigem do Estado a garantia de executoriedade de tais normas. Como explana Vieira e Oliveira:

[...] a legislação financeira, fundada na Carta da República, faz com que os administradores públicos estejam atrelados ao mínimo existencial como parâmetro que garanta a sobrevivência com dignidade humana e, por isso, devem agir sempre em defesa dos interesses públicos, sobretudo em relação à saúde. Por outro lado, essas mesmas leis impõem limites, ou seja, determinam até onde o administrador pode ir. Em outros termos, os contornos do mínimo a serem universalizados sofrem limitações justamente onde se extrapola aquilo que se tem denominado de "reserva do possível". A essa limitação, os economistas a denominam de "limite do orçamento". Isto é, todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral. (VIEIRA; OLIVEIRA, s.d, s.p.)

Percebe-se que, na falta de recursos para garantir o mínimo para a sociedade enseja-se a denominada "reserva do possível". O princípio da reserva do possível define que o Estado seja garantidor apenas àquilo que seus recursos alcançam, podendo, em alguns casos, deixar de providenciar certos direitos caso seus recursos econômicos e financeiros não consigam alcançar, devendo o cidadão que se sentiu lesado acionar o judiciário para que seu direito seja providenciado pelo Estado. Sua origem é germânica:

A reserva do princípio se originou durante o julgamento do caso conhecido como "Numerus Clausus" pelo Tribunal Federal da Alemanha, em 1972.

No julgamento, foi discutido o acesso ao curso de medicina e a paridade de determinadas regras estaduais que delimitavam o acesso ao ensino superior com a Lei Fundamental.

A decisão do tribunal foi que a prestação que o Estado demandava deveria ser correspondente ao que o indivíduo poderia exigir da sociedade. O tribunal ainda entendeu que não seria procedente impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os indivíduos que desejassem cursar medicina.

Neste caso específico, a reserva do possível foi relacionada à existência de prestações limitadas à coerência e não da falta de recursos, como acontece no Brasil. Portanto, o indivíduo poderia requerer do Estado a prestação dentro de um limite razoável. (EXAMEDAOAB.COM, 2016, s.p.)

A respeito da reserva do possível, Pimenta ensina:

[...] a teoria da reserva do possível, ratificada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em julgados posteriores, a qual corresponde à ideia de que a efetivação de direitos constitucionais sociais submete-se à reserva da capacidade financeira do Estado, pois depende de prestações financiadas pelos cofres públicos. Essa disponibilidade financeira deve ser avaliada pelo Poder Legislativo, pois é o órgão que detém competência constitucional para elaborar o orçamento público. É ele quem decide, assim, o que corresponde a uma exigência razoável, suscetível de ser atendida pelo orçamento. Sendo assim, a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, pois alcança a efetiva disponibilidade fática dos recursos financeiros necessários à efetivação de direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais – que se refere à distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas – e a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação postulada pelo cidadão. Trata-se, em outras palavras, de um limite jurídico e fático à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive daqueles assegurados por normas constitucionais programáticas. Vale dizer, em determinadas situações, a eficácia dessas normas pode vir a sofrer uma restrição, decorrente da falta de recursos financeiros estatais, para realizar determinada providência material. Isso significa que a efetivação de direitos assegurados pelas normas em epígrafe pode colidir com princípios constitucionais orçamentários. Assim sendo, não há como negar que o único caminho existente para resolver esse problema é defender a aplicação da ponderação, do só pensamento entre princípios (PIMENTA, 2012, s.p.).

Contudo o Estado não eximir-se de garantir o mínimo existencial necessário, isto é, o mínimo para uma vivência digna em meio à sociedade garantido pela Constituição. Isto, independe de limitação legislativa, pois é um direito inerente ao homem na qualidade de ser humano, como é o caso da saúde. Sem saúde não há estimativa de vida, logo, não existe sociedade, por isso, não se pode negligenciá-la. Outrossim, é evidente a obrigatoriedade do Estado cumprir com a providencia do mínimo existencial do direito à vida pois este remete-se à dignidade da pessoa humana.

Caso o Estado não cumpra com o seu dever de garantir tal direito estará ferindo o seu próprio fundamento de existência de um Estado Democrático de Direito no qual, logo

no primeiro artigo, no inciso III, da Carta Constituidora da República o legislador constituinte afirma ser fundamento de sua constituição "a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988, art. 1º, inciso III). Com ênfase, destaca Vieira e Oliveira (s.d, s.p.) que, "o Estado deve almejar garantir uma vida digna aos seus cidadãos, empreendendo ações positivas, voltadas a assegurar um mínimo de saúde, de modo que os mesmos tenham à disposição os meios mínimos e indispensáveis à sua sobrevivência".

A grande problemática surge em torno da efetivação deste dever do Estado em tempo de crise. Como já supramencionado, o Estado não deve eximir-se de garantir a dignidade da pessoa humana. Contudo, o princípio da reserva do possível impõe ao Estado agir até o seu limite orçamentário. Diante deste impasse, surge a teoria da escolha drástica para a efetivação do Estado mínimo de saúde. Conforme o artigo 2º e 3º da lei 8.080/90:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

Em tempos de crise, poderá ocorrer a incidência do descumprimento do provimento da saúde à população, uma vez que, os cortes no orçamento para a saúde pública podem incidir na impossibilidade de acesso por parte da população, além de, aumentar o risco de proliferação de epidemias e doenças. A sociedade passa a não poder contar com as políticas públicas do Governo. O coordenador do Comitê Científico da Conferência Mundial de Promoção da Saúde, Marco Akerman (2016 *apud* VIEIRA, 2016, s.p.), reforçou que são cristalinas as evidências científicas de piora da situação de vida das pessoas, após cortes em áreas sociais.

Assim, com os cortes feitos pelo Estado à saúde, a maioria dos objetivos contidos no artigo 5º da lei 8.080/90 serão prejudicados, trazendo assim, uma série de problemas que submergirão a população num colapso em relação a política de saúde pública, uma vez que, de acordo com o site do Governo do Brasil (2015), uma pesquisa do Ministério da Saúde, realizada em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela que 71,1% da população foram a estabelecimentos públicos de saúde para serem atendidos. Deste total, 47,9% apontaram as Unidades Básicas de Saúde como sua principal porta de entrada aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Desta forma, fica evidente que as políticas públicas cumprem um papel de suma importância no acesso da população à saúde, medicamentos e tratamentos. Contudo, é evidente a crise instaurada na saúde brasileira, as grandes mídias reiteradamente veiculam casos em que faltam médicos para atendimentos básicos, materiais básicos de atendimento à população, entre outros casos, os mais graves quando noticiam que pessoas morrem em filas de espera para serem atendidas por médicos em postos de saúde e hospitais. De acordo com o ex-Ministro da Saúde Arthur Chioro (2016 *apud* SOUZA, 2016. s.p), os cortes girariam em torno de R\$ 44 bilhões a R\$ 65 bilhões a menos para o SUS a partir do próximo ano. "Assim, não é possível manter programas básicos, como a atenção básica, vacinas, sangue, medicamentos, controle de doenças, SAMU, Santas Casas, UTI".

No mesmo sentido, José Gomes Temporão (2016 *apud* SOUZA, 2016, s.p.), ministro da Saúde entre 2007 e 2010, não se trata apenas da morte do sistema, mas de colocar a população em risco. "Com o corte de recursos o governo teria que dizer quantas pessoas vão morrer. Não estamos falando de números e sim de vidas. Sem dinheiro, o tempo para conseguir uma cirurgia, ou mesmo o tratamento para câncer vai aumentar" (TEMPORÃO, 2016 *apud* SOUZA, 2016, s.p). Neste caso, fica inevitável o entendimento de que, mesmo em tempos de crise, o direito à saúde deve ser cumprido pelo Estado. Portanto, o Governo deve ter uma política econômico-social bem ajustada, para que não haja cortes na saúde e como consequência a ineficiência da aplicabilidade da dignidade da pessoa humana aos brasileiros.

5 CONCLUSÃO

É notório que a crise econômica instaurada no Brasil prejudica a execução das garantias fundamentais elencadas na Carta Política brasileira. Contudo, toda esta responsabilidade não está a cargo da União exclusivamente. A constituição admite que terceiros, públicos ou privados, participem na consecução das ações e realizações dos serviços de saúde, além de, outorgar a responsabilidade para os Estados e municípios.

Nos tempos de crise orçamentária, ao contrário do que se vê com as escolhas drásticas do Governo, a prioridade deve estar nos programas de saúde pública e familiar. Este entendimento coaduna-se com a explicação sobre a executoriedade das demandas relacionadas à saúde de Vieira e Oliveira (s.d.) que afirmam que o Estado precisa de ações mais arrojadas, que perpassam pelo gerenciamento mais racional dos recursos disponíveis, aprimorando o controle interno responsável pela fiscalização da legalidade, da economicidade e da eficiência e das receitas e despesas públicas relacionadas à saúde, minimizando os problemas enfrentados pelos cidadãos que necessitam ter assegurado um mínimo de serviços e bens que lhes permita ter dignidade.

Conforme explica o professor Germano Schwartz (s.d *apud* HUMENHUK, 2002, s.p.), a saúde não pode estar condicionada a discursos vagos, promessas políticas e ideologias cambaleantes. A condição primordial para o desenvolvimento de qualquer regime democrático é a vida do ser humano, que não pode ser colocada em segundo plano por distorções ideológicas que têm como grande objetivo disfarçar os reais e egoísticos interesses implícitos em ditas falas.

Sobretudo, como já explicitado no texto em questão, para a efetivação do direito à saúde no Brasil, as políticas sociais e econômicas devem ter primordial importância, uma vez que, o que se tem falta é de uma real preocupação do Estado proativamente no que diz respeito aos serviços sanitários. Outrossim, seria a atuação do Judiciário, desde que provocado, nos casos em que falte ações positivas do Estado quanto à saúde, paralelamente com a ação da população na defesa e proteção da saúde.

Assim, construindo, de fato, um Estado Democrático de Direito, protegendo a dignidade da pessoa humana, uma vez que, a saúde é um pressuposto à vida assim como é o ar para a sobrevivência.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27 out. 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: 01 nov. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em: 29 Out. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Constituição Alemã de 1919**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 27 Out. 2017.

_____. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 27 Out. 2017.

_____. EXAME DA OAB. Princípio da reserva do possível. *In: Revista JusBrasil*, 2016. Disponível em: <<https://examedaoab.jusbrasil.com.br/artigos/396818165/principio-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 31 Out. 2017.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Direito à saúde**. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude>>. Acesso em: 30 Out. 2017.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. *In: WebArtigos*: portal eletrônico de informações, 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/origens-conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-sociais-uma-analise-das-consequencias-do-deficit-na-implementacao-dos-direitos-fundamentais-de-segunda-dimensao/29314>>. Acesso em: 27 Out. 2017.

HUMENHUK, Hewerston. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417>. Acesso em nov 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Elisângela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 16, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13440>. Acesso em: 29 Out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 31 Out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. A “teoria das escolhas trágicas” à luz da jurisprudência do STF. *In: JusBrasil*: portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306634652/a-teoria-das-escolhas-tragicas-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso em: 31 out. 2017.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 193, jan.-mar. 2012, p. 7-20. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PORTAL BRASIL. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. *In: Revista eletrônica do Governo do Brasil*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Bia. Cortes de gastos na Saúde são "morte do SUS". *In: UOL*: portal eletrônico de informações, 03 jun. 2016. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/06/03/limite-de>>

gastos-e-declaracoes-de-ministro-preocupam-especialistas-em-saude.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

VIEIRA Iracema Teixeira; OLIVEIRA Frederico Antonio Lima de. **Escolhas trágicas, mínimo existencial e direito fundamental à saúde**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9137d1abcaf9bf4f>>. Acesso em: 01 Nov. 2017.

VIEIRA, Isabela. Cortes na saúde em tempo de crise elevam risco de epidemias, dizem especialistas. In: **Empresa Brasil de Comunicações (EBC)**, Curitiba, mai. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/cortes-na-saude-em-tempo-de-crise-elevam-risco-de-epidemias-dizem>>. Acesso em: 02 nov. 2017.