



Universidade Federal do Rio Grande –FURG
Faculdade de Direito – FaDir
Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

**Direito Fundamental ao acesso público e universal aos
exames de diagnóstico por imagens**

Lize Anne Schwarzbach

Rio Grande, setembro de 2016.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é desenvolver uma crítica acerca da atuação do Estado brasileiro na prestação dos serviços públicos, frente às necessidades básicas e essenciais de saúde da população, levando-se em conta o momento de crise fiscal, econômica e política que sobremaneira influencia negativamente na atividade prestacional. Para tanto, utilizar-se-á um parâmetro histórico percorrido pela legislação sanitária, a constitucionalização dos direitos fundamentais à saúde, bem como as políticas públicas de atenção à saúde integral cidadão – legislação do SUS e suas fragilidades quanto ao atendimento – a prestação assistencial e o acesso aos exames de diagnóstico por imagem como ferramenta de efetivação dos direitos à saúde e garantia de maior qualidade de vida ao indivíduo, em consonância ao princípio da dignidade da pessoa humana, espírito da Constituição Federal de 1988. Palavras Chave: Crise fiscal; Inefetividade na atividade prestacional do Estado; Esmacimento da democracia e direitos fundamentais.

ABSTRACT

The objective of this work is to develop a critique about the Brazilian government's role in providing public services, compared to basic and essential health needs of the population, taking into account the time of fiscal crisis, economic and political which influences negatively on prestacional activity. This shall be used-a historical parameter covered by health legislation until the constitutionalization of fundamental rights to health and public policy attention to full health citizen - SUS legislation and weaknesses as care - the care provision and access to diagnostic imaging tests such as effective tool of the rights to health and guarantee higher quality of life for the individual, in accordance with the principle of human dignity, spirit of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Fiscal crisis; Impairment of democracy and fundamental rights; The ineffectiveness prestacional activity of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – História da Saúde Pública: O Surgimento Constitucional.

1.1 – A História da Saúde no Brasil: De como tudo começou.

1.2 – Os Movimentos Sociais e a Luta pela Constitucionalização (democratização).

1.3 – Os Direitos Fundamentais à Saúde e a Constituição de 1988.

CAPÍTULO II – O Estado Democrático de Direito e a Democratização da Saúde.

2.1 – Entre o Direito e o Orçamento.

2.2 – O Mínimo Existencial (possibilidade x necessidade) e a Garantia à Saúde.

2.3 – É possível falar em mínimo no Estado brasileiro (social e democrático)?

CAPÍTULO III – A Crise Fiscal/Econômica do Estado e a garantia do Direito ao Diagnóstico por Imagem.

3.1 – O que é Diagnóstico por Imagem? Do que se trata?

3.2 – A Constituição da República Federativa do Brasil e a (In) efetividade – qualidade na prestação deste serviço.

3.3 – A Crise Fiscal do Estado como condição de possibilidade para quê?

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma crítica acerca do desempenho da atividade do Estado brasileiro frente às necessidades básicas/essenciais da cidadania, analisando desde a crise fiscal do estado, sob a perspectiva político-econômica, até as implicações do colapso financeiro na implementação do atendimento à saúde. Além disso, não há como não abordar a norma que regulamenta a organização e o funcionamento da assistência na saúde pública¹, bem como a legislação que dispõe sobre a obrigatoriedade dos repasses de recursos mínimos destinados ao apoio, ao desenvolvimento, à estruturação e ao planejamento do Sistema Único de Saúde – SUS, dentro da perspectiva evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988.

O texto aspira demonstrar a vulnerabilidade dos programas de saúde pública e das Redes de Atenção à Saúde (RAS)²; a caótica situação de atendimento do SUS na prestação assistencial, tanto na disponibilização para exames de diagnósticos por imagem, como no tratamento e na profilaxia de doenças; a fragilidade do sistema assistencial/prestacional da administração pública; e as ações e os serviços do governo, tanto na concepção de gestão como na organização necessária e na organização atual. Para tanto, é necessário compreender a função e importância da cooperação entre os entes federativos da Administração Direta e Indireta da população e de empresas privadas e filantrópicas, que, com o escopo de assegurar a universalidade e integralidade nas Redes de Atenção, devem buscar a qualidade, e elevar o acesso dos serviços, que indubitavelmente representam o elo que une o estado constitucional e os direitos humanos e fundamentais, reforçando a ideia de

¹ LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

² As Redes de Atenção à Saúde (RAS) são arranjos organizativos de ações e serviços de saúde, de diferentes densidades tecnológicas que, integradas por meio de sistemas de apoio técnico, logístico e de gestão, buscam garantir a integralidade do cuidado (Ministério da Saúde, 2010 – portaria nº 4.279, de 30/12/2010). A implementação das RAS aponta para uma maior eficácia na produção de saúde, melhoria na eficiência da gestão do sistema de saúde no espaço regional, e contribui para o avanço do processo de efetivação do SUS. A transição entre o ideário de um sistema integrado de saúde conformado em redes e a sua concretização passam pela construção permanente nos territórios, que permita conhecer o real valor de uma proposta de inovação na organização e na gestão do sistema de saúde.

soberania da Constituição e elevando o estudo ao nível da humanização no atendimento à população.

Ademais, é importante mencionar como se desenvolve o atual modelo estrutural de Estado de Direito Constitucional adotado pelo Brasil, sobremaneira o crescimento econômico ser de grande importância para a manutenção e o funcionamento da máquina pública e fomento de recursos materiais que necessariamente são de grande valia para a aplicação dos programas sociais e para a conservação e estabilização do Sistema Sanitário do país. Não há como não referir o impacto da lei orçamentária na esfera prestacional, uma vez que representa a (in)efetividade para a concretude dos direitos fundamentais, o que reflete negativamente para a garantia do mínimo existencial que se contrapõe à reserva do possível, desarticulando a proposta de Estado Democrático de direito.

A crise fiscal/econômica do Estado é também crise da democracia. A relativização dos direitos do cidadão e o elevado nível de desigualdades do acesso aos serviços públicos de saúde demonstram a fragilização e a ineficácia da aplicação da norma constitucional e da concreção dos direitos fundamentais, além de contribuir na vulnerabilidade do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I - História da Saúde Pública: o Surgimento Constitucional.

O tema sobre saúde pública certamente representa uma das questões mais discutidas em todo o mundo devido a sua importância no âmbito social, econômico e cultural de um povo, motivo que justifica refletir-se sobre a saúde. Desta maneira, para que se possa, mesmo que brevemente, entender a evolução do pensamento acerca do assunto, faz-se necessário compreender como tudo começou, mesmo antes de se tornar um imperioso para a crise social do Brasil.

A saúde pública, dentre todos os outros fatores que corroboram com a situação caótica de um país, revela-se histórica e ideologicamente a mais representativa para esta abordagem, assim importa, a concretização do Estado Democrático de Direito. Alinha, ainda que embriologicamente, a estrutura política e

econômica do séc. XIX, bem como os conceitos de assistência pública à saúde, num primeiro momento aos donos da força de trabalho, os chamados proletariados.

Toma-se de empréstimo a afirmação de Ducatti (1994):

A saúde pública moderna nasce com o desenvolvimento do modo de produção capitalista, com a ascensão e configuração do proletariado urbano no cenário político, entre as décadas de 1830 e 1840, na Europa. Os canais abertos pela expansão dos transportes e as necessidades de se criarem instrumentos de precisão, que seguiam o desenvolvimento da indústria, também contribuíram para a formação da saúde pública. Aliás, esta afirmação também pode ser encontrada, mais tarde, entre os sanitaristas brasileiros do início do século XX, que via a ferrovias como problema a ser enfrentado em virtude de os trens poderem levar os transmissores para as populações sadias ³ (*apud* ROSEN, p.02).

No Ocidente, particularmente na Europa, nos EUA e, em última instância, na América Latina, as lutas pelas melhores condições de trabalho se tornavam cada vez mais latentes, e a aliança do proletariado a estas lutas foi decisiva para o fortalecimento do movimento. Contudo, estas manifestações sociais não foram suficientes para que houvesse mudanças significativas na vida dessas pessoas, a miséria e a precariedade eram realidades cada vez mais presentes, perfazendo uma vida desumana.

Dessa maneira, a criação de programas capazes de assistir a classe menos favorecida e pobre foi indispensável para a tentativa de dar maior dignidade⁴ ao povo. No entanto, na Inglaterra, por exemplo, isto representou um enorme custo para os industriários, pois era um investimento absolutamente necessário, visto que a mão de obra nesta época era imprescindível ao crescimento econômico e fazia parte do crescimento do então nascente modelo capitalista.

Outro agente fundamental a respeito da realidade da época, ademais da situação caótica nas fábricas, era o fato de o Estado se encontrar em uma precária

³ DUCATTI, Ivan *apud* 2010, ROSEN, George. Uma história da Saúde Pública. São Paulo: Ed. Unesp, 1994, p.02.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição, P. 121. Sobre a dignidade da pessoa humana: embora não se trate de um conceito completamente estranho à cultura política, filosófica e jurídica oriental, a noção de dignidade da pessoa humana de há muito permeia o pensamento ocidental. Na tradição filosófica e política do período clássico, a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana estava vinculada com o status social do indivíduo e de seu reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de modo que se podia falar na existência de pessoas mais ou menos dignas de acordo com sua posição social.

situação social, pois, além da obrigação de resgatar as condições dignas ao trabalhador, ainda era imperioso manter os interesses públicos e também os privados. Para esta atividade foi necessário contar com a colaboração dos intelectuais da época (dentre eles, arquitetos, escultores, advogados, filósofos e profissionais das letras, professores – vindos, em sua maioria, de uma missão da França), com o objetivo de participar ativamente da elaboração dos projetos para reformar as leis do livre comércio, o controle de natalidade, entre outros que envolviam o sistema de governo.

A busca pelas modificações no local de trabalho representou uma alavanca para a positivação dos direitos fundamentais. Assim, ao consolidar o direito à saúde nas Cartas Constitucionais, que se seguiram ao longo dos anos, percebeu-se e afirmou-se com veemência a estreita relação entre o Estado Democrático de Direito e os direitos sociais, por ora em análise.

1.1 – A História da Saúde no Brasil: como tudo começou.

Embora a ideia de saúde desperte preocupação e esteja certamente em um lugar de destaque como um dos principais motivos da atual crise do Estado Democrático, nem sempre foi assim. No Brasil colônia, as atenções eram concentradas no desbravamento e na manutenção de novas terras, os habitantes que aqui viviam eram considerados apenas força de trabalho e mão de obra barata, não lhes sendo atribuída qualquer outra importância. Desse modo, o único cuidado com a saúde advinha dos próprios moradores – alguns considerados como curandeiros – ou da capacidade da terra de produzir ervas com poderes de cura.

Assim, em momento algum antes da vinda da família real ao país, houve um modelo de vigilância e atenção à saúde – mesmo quando da instalação do Império Português no território brasileiro, as atenções para o bem-estar da população eram limitadas. Após inúmeros embates pelo monopólio da terra, a vulnerabilidade dos nativos ficou evidente, expostos a todos os tipos de doença e sem nenhum interesse por parte do governo em preveni-las, as epidemias e endemias e todos os tipos de enfermidades representaram um enorme entrave para a colonização do Brasil.

Neste contexto, o Brasil passou a ser chamado de reino e, por volta de 1815, as preocupações com as questões de saúde pública se tornaram o foco das atenções na época. A Coroa portuguesa, com o objetivo de atentar para a saúde do povo, mandou instalar as primeiras faculdades de medicina, a fim de preparar os profissionais para as demandas que surgiram⁵ desordenadamente com a chegada dos portugueses.

Em 1826, a Coroa portuguesa instituiu a criação das primeiras escolas de medicina no país, situadas no Rio de Janeiro e na Bahia neste primeiro momento⁶, autorizando e disciplinando a atuação dos médicos e cirurgiões que, para obter licença para esta última especialidade, era necessário possuir o título de sangrador⁷.

Neste período, é possível perceber um descompasso entre o desenvolvimento pretendido pelos colonizadores e as doenças que se propagavam através da população. O temor dos índios, negros e estrangeiros que aqui estavam para trabalhar na terra era, além das moléstias trazidas pelo povo europeu, agora sobre os possíveis tratamentos que vinham sob a promessa de cura para suas enfermidades. Em que pese a tentativa de reestruturação da saúde social, a fase Imperial não foi capaz de apresentar soluções para resolver a crise da saúde pública, deixando um legado para o Segundo Reinado, pouco promissor.

Em 1889, com a Proclamação da República e o fim da monarquia – regime até então vigente –, emerge no povo uma sensação de esperança para essas questões sociais, a expectativa de melhores condições e dignidade para viver aos poucos sede espaço para um descontentamento em massa, o que incentivou

⁵ A febre amarela aparece no Brasil entre 1849 e 1850 na forma de uma grande epidemia, que atingiu quase todo o país. Uma das cidades mais atacadas foi o Rio de Janeiro. O número de vítimas aumentou assustadoramente. A solução para a febre amarela surgiu apenas no final do século XIX. (Pesquisa no Arquivo da Casa de Oswaldo Cruz: Rose Oliveyra (AC-CS) 1-6).

⁶ Lei de 9 de Setembro de 1826. Manda passar cartas de cirurgião, e de cirurgião formado, aos que concluírem os cursos das escolas de cirurgia do Rio de Janeiro e da Bahia D. Pedro I por Graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil - LEGISLATIVO - Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancellaria-mór do Imperio do Brazil.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- *Francisco Xavier Rapozo de Albuquerque*. Registrada na Chancellaria-mór do Imperio do Brazil a fl. 57 do livro 1.º das leis.- Rio de Janeiro, 26 de Setembro de 1826.- *Demetrio José da Cruz*.

⁷ Esses homens eram fundamentais e, muitas vezes, o único recurso terapêutico para quem estivesse doente. Pessoas em posições sociais mais elevadas só pediam licença de sangrador porque esta era requisitada a quem quisesse se oficializar como cirurgião. "Sarjar, lançar ventosas e sanguessugas, e tirar dentes" eram consideradas atividades "mecânicas" e, por isso, próprias de cativos e alforriados.

algumas manifestações, com o intuito de chamar a atenção para a crise na atenção da saúde primária da população.

Ao final do século XIX, em defesa da ideologia capitalista e do pronto desenvolvimento industrial, aliado à ideia de liberalismo de mercado e à noção do *laissez-faire*⁸, motivados pela força propulsora da venda da mão de obra – ainda que de forma análoga à escravidão – tem-se um cenário catastrófico, em paralelo à questão de saúde social.

A promessa liberal não foi capaz de atender as expectativas da população, de aliar o crescimento do livre comércio à redução das desigualdades sociais, tampouco alterar o quadro caótico de serviço na saúde pública. As transformações do mercado de trabalho foram responsáveis pela péssima trajetória no âmbito trabalhista, a condição dos trabalhadores se tornou cada vez mais difícil, a falta de emprego contribuiu ainda mais para precariedade da vida da população. Neste ínterim, as questões sociais passaram a ser de responsabilidade do indivíduo, e não mais do Estado, o que, de certo modo, acelerou o processo de decadência das condições sanitárias e tornou pública a situação de pobreza e o caos social.

Em consequência disso, o que se pode perceber foi o imenso descontentamento da classe operária, que, não mais suportando as agruras experimentadas no dia-a-dia, passou a reivindicar, por meio de manifestações organizadas, inúmeras mudanças urgentes a serem implementadas pelo governo, a fim de garantir a extensão da atenção para a saúde e o rompimento com o modelo capitalista delineado àquela época – “*laissez-faire*” – invocando, forçosamente, uma nova perspectiva e estrutura intervencionista do Estado na ordem econômica com reflexos inquestionáveis na esfera sanitária social.

1.2 – Os Movimentos Sociais e a Luta pela Constitucionalização (democratização).

A temática em torno da questão social, alvo deste segundo momento da pesquisa, pretende, além de identificar as motivações que conduziram as discussões acerca da necessidade de repensar o mote sanitária nacional, também apontar os

⁸ Palavra de origem francesa, quer dizer “deixar acontecer” – premissa da ideologia do sistema capitalista para Adam Smith (livre concorrência, sem intervenção do Estado na economia).

movimentos que contribuíram para a luta pela democratização na saúde pública, e, ainda sob a mesma pretensão, delinear uma trajetória que inclui as questões econômicas e políticas pertinentes à época que alavancaram a crise da saúde social pré Constituição de 1988.

Vale consignar a perspectiva abordada por Maria da Glória Gohn acerca da contribuição e (des) construção dos paradigmas sociais em inúmeros momentos da história:

Na realidade histórica, os movimentos sempre existiram, e cremos que sempre existirão. Isso porque representam forças sociais organizadas, aglutinam as pessoas não como força-tarefa de ordem numérica, mas como campo de atividades e experimentação social, e essas atividades são fontes geradoras de criatividade e inovações socioculturais. [...]. Energias sociais antes dispersas são canalizadas e potencializadas por meio de suas práticas em “fazeres propositivos”. Os movimentos realizam diagnósticos sobre a realidade social, constroem propostas. Atuando em redes, constroem ações coletivas que agem como resistência à exclusão e lutam pela inclusão social⁹ (2011, p.336, grifo da autora).

Assim, a luta pela expansão da cidadania se deu ao longo da história através de movimentos sociais que, unidos pelos mesmos anseios – políticos/econômicos –, buscavam redimensionar a atuação do Estado a fim alcançar um novo conceito de desenvolvimento da sociedade, rompendo com antigos paradigmas de valores políticos e sociais.

Vale observar que a Previdência Social nasce no governo Vargas, momento de grande crise no governo militar. Com isto, a problemática da exclusão e degradação do ser humano, bem como a discussão sobre o futuro da cidadania, representa o ponto principal dos conflitos, que ganharam força através dos movimentos sociais.

Nesta conjuntura política, Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho e atrelou a política de saúde à chamada Caixa de Aposentadorias de Pensões, o CAPs, compilou uma das primeiras normas que vinculou a legislação trabalhista às ações sociais, organizando e fundando os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) – estes últimos possuíam capital, o que possibilitou a construção de hospitais para atender necessidades básicas – através de suas categorias profissionais era-

⁹ GOHN, Maria da Glória. Universidade Estadual de Campinas Universidade Nove de Julho. **Revista Brasileira de Educação**, v.16, n. 47, maio–ago. 2011.

lhes garantido o direito à saúde, imprimindo um caráter de cidadania ao trabalhador¹⁰ (FGV, IAP).

Cabe pontuar que, em meados dos anos 60, houve algumas alterações nos Programas de Previdência, como exemplo se tem os acidentes de trabalho que passaram a ser incorporados nestas ações. Dessa maneira, vale observar que os debates sobre atenção à saúde primária ganharam evidência com a criação do Programa de Assistência aos Trabalhadores Rurais, com repercussão no Brasil e no mundo ao final dos anos 70 (FUNRURAL – 1971), estendendo a cobertura previdenciária aos trabalhadores autônomos e às empregadas domésticas nos dois anos seguintes. (SCOREL, p.390).

Ademais, os anos 70 representaram uma enorme tentativa de contornar conflitos de ordem econômica, como também se buscou atentar para as questões sociais trazidas à tona pelo movimento sanitarista¹¹. O movimento sanitarista pretendia reverter a prática de assistência à saúde, direcionando a atividade aos seguintes princípios: tentativa de universalização do direito à saúde, implementação das ações preventivas e curativas, promoção da saúde, descentralização das gestões e, ainda, a recomendação da participação e o controle social nas esferas administrativa e financeira, com objetivo de universalização do direito à saúde. Participavam deste movimento todos os técnicos do setor de saúde, acadêmicos da área da saúde, secretários da saúde e alguns interessados e atraídos pelo tema.

Em contrapartida, resta oportuno citar alguns dos movimentos mais importantes da época: o Movimento da Anistia¹², o da Igreja católica e, ainda, o Movimento Estudantil de 1975, que buscavam, de modo geral, pressionar o Estado para modificações de âmbito social com reflexo nas regras e políticas de saúde nacional.

¹⁰ FGV CPDOC. **A Era Vargas:** dos anos 20 a 1945. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas/1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

¹¹ O Movimento Sanitarista nasce com o objetivo de premir o Estado para modificações na saúde pública, como também nos programas de política de saúde (1970).

¹² Em 31 de dezembro de 1978, o AI-5 foi definitivamente revogado. Diversos protestos, passeatas e manifestações dos diversos comitês pela anistia espalhados pelo Brasil e no exterior pressionavam o governo em favor da promulgação de uma anistia política.

Análogo aos movimentos da década de 70 houve a Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários à Saúde, que coligou uma grande parte de países em Alma-Ata – República do Cazaquistão, exposições com o objetivo de ampliar a promoção, a prevenção e o acesso à saúde para todas as nações¹³, conforme se deduz a partir de algumas leituras. Em consonância aos ideais reformistas, nasceu, em 1983, as Ações Integradas de Saúde¹⁴ com origem a partir das alterações elaboradas entre os integrantes do movimento da reforma sanitaria e o INAMPS, a fim de encontrar uma solução para a crise da Previdência que emergia no país. As AI'S estavam subordinadas às Secretarias do Estado e pretendiam implementar convênios entre os municípios e os entes estatais, descentralizar os repasses de verbas para a previdência, alargar o atendimento de saúde, criar níveis de gestão, equipar com melhor qualidade os ambulatorios, dando ênfase principalmente para as políticas de saúde básicas e preventivas, com a finalidade de universalizar o direito à saúde.

Nos mesmos moldes, a VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986¹⁵ representou um importante papel para a integração dos serviços públicos de saúde, este debate contou com a participação de um grande número de trabalhadores da área da saúde, representantes do governo e cidadãos que utilizavam os serviços de saúde. Nesta reunião foram firmadas as antigas propostas do Movimento Sanitarista, dentre elas, a criação do SUDS (Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde), em 1987, dando continuidade a pretensão de hierarquização, regionalização e universalização das redes de Atenção à Saúde.

Ademais, sob o mesmo enfoque e como resultado das lutas sociais surgidas nas décadas passadas, em 1987, a Assembleia Constituinte foi compilada com o fim precípua de representação e legitimação das ideias sanitarias propostas, tais como a regulação e universalização de direitos fundamentais e reformas na política de atenção à saúde pública. Nesse viés, o conceito de cidadania trazido pela Carta

¹³ Declaração de Alma-Ata Sobre Cuidados a Saúde. *Site* Ministério da Saúde.

¹⁴ Sobre estas Ações cabe explicitar na atual conjuntura alguns motivos para se apostar nas AIS: Princípios e objetivos consistentes com os do movimento de democratização da saúde.

¹⁵ No período anterior a 1990, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) foi um órgão consultivo do Ministério da Saúde, cujos membros eram indicados pelo Ministro de Estado. A Lei n.º 378, de 13 de janeiro de 1937, instituiu o CNS e reformulou o Ministério da Educação e Saúde Pública, e debatia apenas questões internas.

Constitucional e referida por Carvalho, enquanto cidadão que possui direitos, foi construído dentro das fronteiras geográficas e políticas do próprio Estado. Era uma luta política nacional e o cidadão era também nacional¹⁶. Igualmente, a Constituição Cidadã¹⁷ demonstra em seus primeiros artigos preocupação em garantir direitos individuais e sociais, com a finalidade de alcançar uma sociedade livre, justa e fraterna alicerçada pela igualdade, e, acima de tudo, buscar a manutenção e defesa dos direitos fundamentais que foram adquiridos e que estão expressos mesmo que implicitamente por princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

No conjunto de fatores expostos se torna imprescindível mencionar algumas leis infraconstitucionais criadas para garantir que as diretrizes e os programas em matéria de saúde pública elencadas pela Constituição Federal de 1988 pudessem, além de serem colocadas em prática, assegurar sua implantação. Ao exemplo das normas extravagantes que surgiram na década de 1990, podemos citar duas: Lei 8.080/90 (Lei da Criação do SUS) e a Lei 8,142/90 (Esta lei dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde).

1.3 – Os Direitos Fundamentais à Saúde e a Constituição de 1988.

À luz das digressões tecidas é possível identificar a trajetória percorrida até a legitimação dos direitos sociais. Muitas foram as lutas contra as desigualdades sociais vivenciadas pela população até a efetivação e consolidação dos direitos fundamentais, os quais estão elencados e são garantidos pela Constituição Federal de 1988.

No que concerne o fluxo percorrido, uma análise acerca da Constitucionalização dos direitos fundamentais, pressupõe, em um primeiro momento, que ressalte a forma com a qual a Constituição tratou estes direitos, ao mesmo tempo em que buscou ultrapassar os entraves enfrentados para sua

¹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Constitucionalismo e Cidadania, por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.18 citou CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p.12.

¹⁷ Termo proferido por Ulysses, Carta de cidadã “referindo-se à intensa participação popular na elaboração do texto — porque quem quis se manifestou e foi acolhido”, disse o ministro em entrevista concedida ao *site* do Supremo à época da comemoração dos 20 anos da Constituição. (CONJUR, 2010).

efetivação, a fim de não incorrer em erros estruturais e interpretativos que afrontem os princípios constitucionais da Lei Maior.

Voltando-se ao âmbito da própria Constituição e ao sentido ontológico presente no texto normativo ao tempo da compilação das normas e dos princípios, é que se justifica manter o vínculo interpretativo ao espírito da Constituição. Deve-se ter presente que a divisão dos três poderes é prerrogativas do Estado Democrático, as quais decorrem do Princípio da Separação dos Poderes, portanto, a estes entes é dado o poder de interpretação da Constituição, atribuindo às leis que dela derivam a validade, ou não, sempre com o intuito de alcançar a real essência da Carta Maior.

Impende considerar ainda que, para compreender a forma com que se deu a positivação dos direitos fundamentais, faz-se também necessário direcionar o entendimento para a percepção acerca da eficácia jurídica direcionada às normas propriamente ditas, como também reconhecer a eficácia dos princípios constitucionais.

Coaduna com este pensamento Ana Paula de Barcelos, quando conceitua e subdivide as formas de eficácia jurídica em: eficácia positiva, eficácia interpretativa, eficácia negativa e, finalmente, a vedação do retrocesso. Assim, a eficácia positiva diz respeito às normas em geral e deve, necessariamente, reconhecer os efeitos representados por cada um dos princípios constitucionais, quanto à eficácia interpretativa, nada mais é do que a seguir uma lógica de hierarquia entre as normas – a eficácia dos princípios constitucionais não segue a lógica hierárquica, contudo, buscam a melhor opção ao caso subordinando o princípio mais pertinente. A eficácia negativa vai falar da declaração de invalidade para as normas que contradigam os efeitos pleiteados pelo princípio constitucional, como reflexo da eficácia negativa ainda é possível descrever a vedação ao retrocesso, esta intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios que a eles se relacionam, qual seja, é possível declarar a invalidade através da inconstitucionalidade para a revogação de uma lei infraconstitucional concedente de direito, deixando ao lugar desta uma norma de conteúdo vazio, sem sentido ou justiça social¹⁸.

¹⁸ BARCELOS, Ana Paula de. **Comentários à Constituição**, 2013, p. 97.

Tendo em vista a importância conferida aos princípios constitucionais e da eficiência a eles atribuída, importa-se atentar para a observância dos efeitos imediatos a partir da lei, a qual tem por objetivo o de preservar o bem jurídico protegido por estes. Desta forma, não resta menor dúvida que os direitos fundamentais, garantidos a partir de leis que derivam obrigatoriamente da norma constitucional devem, assim como o próprio texto constitucional, valer-se por si mesmas.

Neste sentido, leciona Ingo Sarlet sobre a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais,

Por mais importante que seja a afirmação da eficácia (vinculação) direta dos direitos fundamentais, a ausência de uma instância competente e suficientemente forte para assegurar a devida aplicação de tal comando, a exemplo do que ocorria sob a égide da constituição weimariana, levou, entre outros motivos, à criação de um Tribunal Constitucional cujas competências abarcam precisamente o controle da vinculação de todos os órgãos estatais, no âmbito de uma vinculação isenta de lacunas (aqui na dicção de um Gomes Canotilho) às normas de direitos fundamentais. Paralelamente a isso, criou-se um poderoso mecanismo de acesso direito por parte da cidadania ao Tribunal Constitucional para instrumentalizar, mediante uma típica ação constitucional (a famosa *Verfassungsbeschwerde* ou Reclamação Constitucional), a proteção dos direitos fundamentais do cidadão em face de atos dos órgãos estatais. Com isso, resulta cristalino que os direitos fundamentais não deveriam em hipótese alguma seguir sendo, em geral, direitos sem eficácia e efetividade. Mas também isso ainda não se revelou suficiente, pois eficácia direta e acesso direto mediante um instrumento processual próprio não garantem, por si só, os direitos fundamentais em face de um processo de esvaziamento e mesmo de substancial aniquilação especialmente por parte dos órgãos legislativos, que seguem (como há de ser em um Estado Democrático) com a prerrogativa da regulamentação da constituição e dos direitos fundamentais¹⁹.

A imbricação destes valores traz à luz uma das mais importantes novidades da Carta Constitucional, a redação do Artigo 5º, elencado por normas cogentes que definem a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais, estes ainda inclusos no Artigo 60, Constituição Federal de 1988²⁰. Este dispositivo surge com o intuito de disciplinar a forma com a qual poderá ser alterada a Constituição, imprime uma rigidez constitucional, com o pressuposto de zelar pela estabilidade da norma e também como forma de limitar a atuação do Estado, atribuindo um caráter de supremacia à Constituição.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Coluna Conjur**. Publicada em 27 de fevereiro de 2015, 8h02.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2010, p 67

Nesta ambiência, a Constituição Federal de 1988, consagra alguns dos Direitos Fundamentais Sociais, uns dispersos pela norma e uma grande parte contemplado pelo Artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”- refere a responsabilidade do Estado e o comprometimento para com as questões sociais, reforçado pelos fundamentos positivados pela busca e efetivação da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como também a busca pela justiça social.²¹

De irrefutável importância, é mencionar que o direito à saúde representa um dos mais valiosos em matéria fundamental, uma vez que se direciona a todos os indivíduos de maneira igualitária, e não pode ser considerado de maneira isolada, deve ser associada ao direito a vida. Torna-se evidente, a partir de uma leitura breve da Carta Maior, a obrigação do Poder Público, independente do ente federativo, de promover a saúde do povo, dando maior atenção às questões sociais de prevenção, importando em crime de omissão quando da falta de efetivação destes direitos.

Pode-se concluir que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e a ela está relacionada outro direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, e para a sua concreção é necessário que estes direitos possam ser exigidos de forma judicial. Corroborar com este entendimento J. J. G. Canotilho, quando afirma que:

A perspectiva subjetiva corresponde à noção dos direitos sociais como direitos exigíveis em juízo, sob a forma de direitos subjetivos. Apesar das dificuldades que aí se impõem (v.g., menor densidade das normas definidoras de direitos sociais, limites ao controle judicial das políticas públicas, dependência da disponibilidade de recursos, em outras palavras, do impacto da assim chamada reserva do possível), constata-se uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo ao mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas à vida e com dignidade, isto é, uma vida saudável e, portanto, com certa qualidade. Para além deste parâmetro a afirmação de posições subjetivas passíveis de exigibilidade judicial diretamente decorrente de norma constitucional dependerá sempre das circunstâncias do caso concreto – o que não exclui, contudo, uma presunção em favor da maximização das normas de direitos sociais e, pois, da admissão de direitos fundamentais subjetivos²².

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição**, 2013, p. 534.

²² CANOTILHO, J.J. G.. **Direito Constitucional** p. 547.

Nesse sentido, a Lei 8.080/90²³ foi publicada e disciplinou a ação e organização do SUS, em consonância com a lei 8.142/90²⁴, atribuindo a participação da comunidade na administração do Sistema Único de Saúde e ainda determinando obediência à norma constitucional, foi publicada a Lei Federal n. 8080/90, que trata da organização do SUS, bem como a Lei Federal 8142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre cessões de recursos e verbas para a área da saúde, além de conceder à saúde o título de direito fundamental e ao Estado o dever de proporcionar as condições para a sua aplicabilidade e efetividade.

A Lei do SUS está organizada por um programa de ações e serviços que deverão ser prestados pelas instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta custeadas pelo poder público, com a colaboração da iniciativa privada. As diretrizes que devem nortear todas estas ações se encontram descritas no artigo 198 da Constituição Federal de 88, bem como a partir de doutrinas referentes a este tema. Podem-se enumerar alguns destes princípios orientadores, quais sejam: a universalidade do acesso a saúde (Constituição Federal de 88, Art. 196, *Caput*), integralidade da assistência (Lei 8.080, 7º, II), equidade (tratar os desiguais na medida da sua desigualdade), a descentralização, conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a prestação dos serviços, a participação da população e a regionalização e hierarquização do sistema prestador de assistência à saúde²⁵.

Clarificando e abordando de forma sintética acerca dos princípios, o princípio da universalidade está relacionado a um direito de todos e um dever do Estado: promover a garantia de acesso, de forma eficiente e de qualidade. Integralidade está

²³ Lei 8.808/90 – Lei do SUS. **I. Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência. II. Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade. III. Igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. IV. Participação da comunidade.**

²⁴ Lei 8.142/90 – **Esta lei dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. A participação da comunidade na gestão do SUS é determinada pelas seguintes instâncias colegiada a conferência da Saúde e o conselho de saúde.**

²⁵ MEDCURSO. P.12.

relacionada à análise do indivíduo de maneira completa, levando-se em conta as necessidades específicas de um grupo de pessoas, diferenciando, desta maneira, programas e ações para diferentes regiões, com o intuito de humanizar os serviços prestados.

No que concerne o tópico em exame, cabe salientar a positivação dos direitos fundamentais à Saúde dispostos na Constituição Cidadã, disciplinados pelos artigos 6º e 196 desta lei. Conforme disposição constitucional, o STF delibera:

É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio SUS, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes. O procedimento da ‘diferença de classes’, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e, 196 da Constituição Federal. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação. (**RE 581.488**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 3-12-2015, Plenário, *DJE* de 8-4-2016, com repercussão geral.) **Vide: RE 226.835**, rel. min. **Ilmar Galvão**, julgamento em 14-12-1999, Primeira Turma, *DJ* de 10-3-2000, STF -1a Turma – Ministro ILMAR GALVÃO

A equidade acompanha os outros dois princípios como prerrogativa de redução das desigualdades sociais e disparidades entre regiões do Brasil, na tentativa de atingir o equilíbrio social. A regionalização e hierarquização estão relacionadas na organização regional das atribuições dos entes público estadual e municipal, com o escopo de alcançar de forma eficiente às necessidades de cada local dentro do território nacional²⁶. Por último, e não menos importante, a participação e o controle social vêm representados pelos conselhos de saúde²⁷

²⁶ NOAS-SUS 01/2001. Medcurso, p. 15. A norma operacional da Assistência, aprovada por meio da Portaria nº 95, de janeiro de 2001, publicada no Diário Oficial de 29 de janeiro de 2001, regulamenta as diretrizes gerais para a organização regionalizada da assistência à saúde. Algumas dessas diretrizes têm importante implicação para a priorização dos investimentos em saúde.

²⁷ A participação social é também denominada “participação comunitária” no contexto da saúde, sendo estabelecida e regulada pela Lei nº 8.142/90, a partir da criação de Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, nas três esferas de governo, bem como de colegiados de gestão nos serviços de saúde. Busca-se, desta maneira, que atores sociais historicamente não incluídos nos

(discussões de políticas públicas atuam de forma independente do Estado) e pelas Conferências de Saúde (possuem aspecto consultivo, com objetivo de avaliar a matéria referente à saúde e propor alternativas para melhorias na política de saúde).

Importa neste contexto destacar que o Artigo 5º, Constituição Federal de 88, enumera algumas das finalidades do SUS, quais sejam: determinar as condicionantes da saúde, elaborar a política de saúde pública, promover, prevenir e recuperar a saúde através de programas de prevenção. Voltando-se ao âmbito do próprio estado e das suas responsabilidades pela saúde pública, importa salientar que elas vão além da elaboração de programas de assistência à saúde, estão compreendidas para a normatização, a fiscalização e o domínio das políticas públicas.

Toma-se de empréstimo as palavras de Ingo Sarlet, “[...] há que se concluir, desde já, que o sistema dos direitos fundamentais (em verdade o subsistema) não pode ser compreendido como um sistema lógico-dedutivo, autônomo e autossuficiente, mas sim em desenvolvimento, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante²⁸”.

CAPÍTULO II – O Estado Democrático de Direito e a Democratização da Saúde.

Algumas são as teorias que se ocupam em explicar o momento e o motivo do surgimento do Estado. Expressão vinda do latim significa “*status*”, “ficar de pé”, termo utilizado a partir do século XVI, em um primeiro momento, para designar a independência de uma cidade, posteriormente usado para indicar as terras pertencentes aos grandes proprietários rurais que continham capacidade jurisdicional. Certo é que não há consenso acerca da época da criação do Estado. Entretanto, de acordo com alguns autores, o nome de Estado ligado a uma

processos decisórios do país participem, com o objetivo de influenciarem a definição e a execução da política de saúde. Os Conselhos de Saúde são órgãos deliberativos que atuam como espaços participativos estratégicos na reivindicação, formulação, controle e avaliação da execução das políticas públicas de saúde. E mais, do cidadão perceber-se como ator fundamental na reivindicação pelo direito à saúde. Disponível no *site* da Fiocruz. Acesso em: 27 set. 2016.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição**, 2013, p. 185.

“sociedade política”²⁹, dotada de características específicas, viu-se de fato materializado no século XVII.

De qualquer forma, para alguns, o Estado nasce no mesmo instante em que a sociedade foi constituída, ou seja, da própria existência humana organizada e já incorporada de poder, com o intuito próprio de manter a ordem social. No tocante as teorias que estudam a manifestação e o aparecimento do Estado, pode-se citar duas grandes correntes, quais sejam as que asseveram que o Estado se forma naturalmente ou espontaneamente (origem familiar; em atos de força, de violência ou de conquista; os de origem econômicas ou patrimoniais e os que se formaram a partir do desenvolvimento interno da sociedade); e de forma contratual – ideia de criação do “Estado contratualista”³⁰ (deriva da vontade dos homens em se agrupar e formar o Estado). Este último, mais relevante para o estudo, caracterizado pelo “pacto social” (entendimento de consentimento e de transferência dos direitos – entendam-se aqui apenas direitos previamente adquiridos pelo estado de natureza) do indivíduo para o Estado.

Sendo assim, esgotado, mesmo que superficialmente, o estudo sobre a formação do Estado, far-se-á breve exposição histórica acerca dos tipos de Estados, com o intuito de estabelecer uma cronologia destes modelos, bem como proporcionar o entendimento do processo que resultou na instauração do Estado Democrático de Direito, assim como a democratização da Saúde como direito fundamental. Neste contexto, o Estado indubitavelmente surge como consequência das fases de instabilidade econômica, política e social, e que acompanha as modificações e necessidades da sociedade à época da criação.

Assim, Dallari (1998) sugere,

o Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como LOCKE e ROUSSEAU,

²⁹ “Assim, pois, são sociedades políticas todas aquelas que, visando a criar condições para a consecução dos fins particulares de seus membros, ocupam-se da totalidade das ações humanas, coordenando-as em função de um fim comum”. (DALLARI, 1998, p. 21 – Elementos de Teoria Geral do Estado).

³⁰ Como dizem Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes: “o pensamento contratualista pretende estabelecer, ao mesmo tempo a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontade tácito ou expresso que ponha fim ao estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil)” – escola que floresce no intercurso dos séculos XVI a XVII. (Ciência política & Teoria do Estado, 2014, p. 29).

embora estes não tivessem chegado a propor a adoção de governos democráticos, tendo mesmo ROUSSEAU externado seu descrédito neles³¹. (p. 54).

Na Idade Moderna, o Estado perpassa pelo Absolutismo, no qual o poder era concentrado em uma única pessoa que o exercia de maneira autoritária. Não necessitava de instituições para aprovação de suas determinações, tampouco consentimento do povo, era inalcançável do ponto de vista jurídico, estando, deste modo, imune a qualquer tipo de represália.

Com o fim do Governo Absoluto, nascem, juntamente com a Revolução Francesa, inúmeras conquistas para o Direito. As ideias liberais incorporadas nos Textos Constitucionais, que surgiram entre o fim do século XVII e se estendendo pelo XIX, trouxeram garantias aos direitos de primeira dimensão, direito à liberdade e à cidadania.

Neste mesmo contexto, as Constituições, que desta época derivaram, foram permeadas pela intenção de regulamentar a ação estatal no plano econômico, representando um renascimento do Estado, invocando transformações políticas, econômicas e sociais. O Estado, portanto, deixa de intervir em questões relacionadas à iniciativa privada, de modo a permitir a livre concorrência. Impulsionando a atividade burguesa, têm-se o Estado Liberal – aqui se pretende abordar somente a forma clássica de modo genérico, para adentrar no processo de transformação do Estado Liberal para o Estado Social –, o qual surge com a ideia de reduzir da atuação do Estado nos interesses e iniciativas individuais do cidadão, restringe a tarefa do Estado à resolução de possíveis conflitos decorrentes das próprias atividades e à responsabilidade garantir as liberdades comerciais dos indivíduos ligados ao fluxo do mercado capitalista.

O capitalismo emerge como mediador da crise, entre proprietários e meios de produção, culminando na Revolução Industrial e acelerando a produção. O modelo de produção em massa altera a perspectiva do trabalho, da (des)valorização da mão de obra, tendo como resultado diversas desordens sociais, insatisfações fruto da exploração da força de trabalho, das péssimas remunerações e do ambiente de trabalho degradante.

³¹ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2.ed. Santa Catarina: Saraiva, 1998.

A partir da instabilidade econômica sobrevinda da atividade industrial e da crescente desigualdade social, o Estado assume uma função de garantidor, com o intuito de proporcionar um equilíbrio nas relações que se afiguravam, servindo de “braço direito” do crescimento econômico nacional. Assim, a necessidade de intervenção do Estado, tanto na economia quanto nas relações de trabalho que se redesenhavam de maneira diferente à medida que o Capitalismo se define como tendência mundial.

O Estado liberal perde espaço, cedendo lugar ao Estado de Bem Estar Social, intervencionista preocupado com as questões sociais e com as atividades econômicas. Com o intuito de garantir a efetividade de serviços públicos e proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, é permitido ao Estado cobrar por estes ofícios. O Modelo de Estado Social, “*Welfare State*”, comumente usado na época, torna-se efetivo a partir das emergências sociais advindas do sistema capitalista, representa grande valia nos campos da previdência, educação e assistencial, com fulcro na intervenção e com o pressuposto de regulador. Resumidamente, pode-se dizer que o “*Welfare State*”, como já demonstrado anteriormente, emerge definitivamente na década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919), nos anos 1940, há a confirmação desta atitude interventiva, instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a ser protegidos contra dependências de curta e longa duração ³².

Insta mencionar que a estabilização do Estado de Bem Estar Social, ainda que temporária, assentou-se nas lutas pelos direitos sociais adquiridos, bem como a sua efetivação. Ainda é possível individualizar o também chamado Estado Providência como o provedor das condições mínimas dos direitos de terceira geração, quais sejam, alimentação, salário, habitação, saúde e educação – direito social próprio do cidadão³³.

Vários foram os problemas econômicos que podem explicar o início da queda do modelo de Estado de Bem Estar Social, o principal se deu no final dos anos 70, a

³² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.79.

³³ Filipe Carreira da Silva (2008), neste sentido, menciona que: “os direitos sociais – como os direitos civis ou direitos políticos – são uma relação que nos ajuda a constituir enquanto cidadãos. [...]” (p.12).

crescente crise financeira mundial culminou no aumento da inflação, na recessão do mercado interno e internacional, aumento vertiginoso nas taxas de juros. Com este cenário catastrófico, o Estado tem seu poder de reação diminuído. As necessidades da população mantinham-se cada vez mais exigentes frente à industrialização e às novidades apresentadas pelo mercado que se abriu para as sofisticações promovidas pelo comércio internacional, o que provocou um aumento nas despesas públicas referentes às questões sociais.

Nestas circunstâncias, estabeleceu-se um quadro favorável à penetração da proposta neoliberal, já presente como crítica ao Estado Social desde o pós-guerra. A proposta neoliberal ofereceu solução para a crise que o Estado Social não conseguia superar. No entanto, para o êxito dessa proposta, era imperativo criar condições para uma maior acumulação e expansão do capital, com a posterior criação de riquezas e empregos. Para atingir essas condições, o neoliberalismo prega a necessidade de diminuição do tamanho do Estado, com processos de privatização, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores em que o Estado era concorrente ou único ator, pois, com a diminuição do Estado, inclusive nas prestações sociais fundamentais, é possível a diminuição ou eliminação dos tributos do capital, deixando que a classe assalariada arque com o que subsiste dos serviços públicos ³⁴. A proposta neoliberal não apresentou o resultado esperado, uma vez que a globalização contribuiu sobremaneira para o aumento nos custos sociais com previdência e desemprego.

Neste ínterim, a concepção de Estado Democrático surge por volta do século XVIII, implementando alguns dos princípios e valores sociais de proteção aos direitos dos cidadãos. É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro foi a Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus

³⁴ MOREIRA, Alexandre Mussoi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.81.

princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau³⁵.

Com efeito, estes movimentos foram determinantes no preparo do Estado, ditando diretrizes, a fim de estabelecer o ideário de Estado Democrático de Direito. Declara-se, então, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como fim da sociedade política, aponta-se a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é a expressão da vontade geral. Assim, pois, a base da organização do Estado deve ser a preservação dessa possibilidade de participação popular no governo, a fim de que sejam garantidos os direitos naturais³⁶.

Arelado ao início da democracia, em torno do ano de 1985, o governo implantou uma série de políticas neoliberais. A Constituição Cidadã de 1988 regulamentou a intervenção do Estado, delimitou sua atuação, a fim de garantir os princípios fundamentais previstos pelo Texto Constitucional, transformando-os em disposição legal, bem como limitou o exercício do poder político do Estado, em detrimento da soberania popular e incorporou aos dispositivos a preocupação com o controle das desigualdades sociais.

2.1 – Entre o Direito e o Orçamento.

Ante todo o exposto, e seguindo a lógica da ampliação da atuação do Estado, a atual Constituição de 1988 regulamenta o direito de intervenção do Estado na economia, a fim de garantir o crescimento ou desenvolvimento econômico, bem como o de zelar pelo cumprimento das normas constitucionais.

Na perspectiva de Estado Democrático de Direito por alusão ao princípio do planejamento, a Constituição de 88 trouxe disciplinada a forma com que deve ser a organização orçamentária do Estado, elencado pelo Artigo 165, CF. A este modelo,

³⁵ DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2.ed. Santa Catarina: Saraiva, 1998. p.55.

³⁶ Idem.

sob influência da Constituição Alemã, prevê a tripartição do programa orçamentário, quais sejam, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, devendo estas estar em perfeita sintonia com o planejamento na sua integralidade – social e econômico. Neste contexto, surge o Estado que, através da fixação do orçamento e da organização da receita fiscal, adquire prerrogativas de intermediário na prestação dos serviços à saúde, educação, transporte e seguridade social, bem como na redistribuição de rendas, com pressuposto de crescimento econômico.

Revela anotar que o plano plurianual tem por premissa traçar metas e delinear os programas do governo em longo prazo, trata-se de lei que está adstrita ao orçamento anual para que produza efeitos. Ademais, é planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do País e da estabilidade econômica³⁷.

Na mesma linha, superficialmente, a lei de diretrizes orçamentárias é de natureza formal, trata-se de mera orientação anual para a construção do orçamento a qual deverá obrigatoriamente ser elaborada no primeiro semestre de cada ano, não tem por escopo a criação de direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado. Da mesma forma que o plano plurianual, não vincula o Congresso Nacional quanto à elaboração da lei orçamentária, nem o obriga se contiver dispositivos sobre alterações da lei tributária, a alterá-la efetivamente, nem o impede, no caso contrário, de instituir novas incidências fiscais que isto significaria o retorno da reserva de iniciativa das leis que criam tributos ao Poder Executivo e conflitaria com o princípio da anterioridade definido no art. 150, III³⁸.

Resta ainda mencionar a lei orçamentária anual, a qual fala sobre matéria fiscal, investimentos nas estatais e nos programas da previdência, saúde e assistência social. Noutro plano, insta abordar que a teoria incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à natureza jurídica do orçamento é

³⁷ SCHUPPERT, Gunnar Folk *apud* CANOTILHO. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

³⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p.1754.

a **lei formal** – conceito desenvolvido por Laband, na Alemanha, à época de exorbitantes aumentos nos impostos³⁹.

Juntamente com a ideia de desenvolvimento econômico, o orçamento público aparece não como meio de organizar o ativo e passivo público, nasce com o intuito de desvincular os bens patrimoniais do Estado e os bens pertencentes ao gerenciador deste, com o objetivo de buscar a legitimidade da atuação e garantir a integridade do patrimônio público. O orçamento público se torna um mecanismo que serve para organizar o Estado e permitir certo controle nas despesas públicas, bem como a previsibilidade das receitas em níveis políticos, econômicos e também jurídicos (este último quando da judicialização do direito à saúde).

Ocorre que o aparecimento do orçamento público trazido pela Constituição Federal de 1988 deve ser iniciado pelo Poder Executivo com a fiscalização do Tribunal de Contas da União, seguido de aprovação pelo legislativo, que tem por função fazer o controle da efetiva execução do programa orçamentário, o que, de certa forma, proporciona uma maior participação popular, uma vez que condiciona a aprovação do plano ao representante legitimado do povo – no caso Poder Legislativo. Neste contexto, tem-se a formação do orçamento público ao mesmo tempo em que surgem os demais direitos fundamentais.

Verifica-se a partir de uma breve reflexão que, além de ditar as diretrizes para o planejamento do orçamento anual, a Constituição brasileira também se preocupou em determinar algumas divisões valorativas no que se refere às prioridades dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda que disciplinada pela norma jurídica constitucional, esta não se ocupou em especificar de que forma deveriam ser efetivados estes direitos, o que por óbvio se tornou encargo da União, dos estados e dos municípios solidariamente, a partir de políticas públicas, que necessariamente representam um comprometimento financeiro do Estado – com isso, toma-se de empréstimo o fundamento do Ingo Wolfgang Sarlet,

O reconhecimento de direitos à proteção pode ser reconduzido aos desenvolvimentos decorrentes da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos

³⁹ CANOTILLHO na obra **Comentários à Constituição** cita na página 1755 Laband, que diz: “Nem a Constituição do Império, nem a Constituição prussiana contêm indicação sobre os efeitos jurídicos do orçamento legalmente estabelecido. Esses efeitos devem ser deduzidos cientificamente da natureza jurídica do orçamento. Assim aparecem as consequências do princípio segundo o qual o orçamento, embora estabelecido por lei, do ponto de vista formal, não é uma lei, mas um plano de gestão”.

fundamentais. Neste contexto, impõe-se que relembremos aqui a aceitação da ideia de que o Estado, em decorrência do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, desemboca na obrigação de adotar medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais (SARLET, p. 190)⁴⁰.

A questão que se coloca é de que forma o Estado pretende efetivar as políticas públicas, ao mesmo tempo em que a sobrecarga desta intervenção confronta sobremaneira a capacidade prestacional a ele confiada como tutelado pelo dever de proteção. As verificações precedentes evidenciam que o Estado incorpora seu dever de proteção e os executa a partir de sua vontade, deixando de aplicar as várias formas de atuação, em detrimento de prioridades próprias e não no âmbito das necessidades da coletividade. A este despeito, Ingo Sarlet afirma:

a problemática se revela, consoante resulta das ponderações já tecidas, ainda no que concerne aos deveres de proteção do Estado, a viabilidade do reconhecimento – pra além da faceta objetiva impositiva da ação estatal – de um direito subjetivo correlato à proteção⁴¹.

Dentre os principais aspectos acerca do debate sobre a importância dos programas orçamentários e a real efetividade do Estado na prestação dos direitos sociais, resta clara a dúvida sobre a capacidade deste ente em proteger direitos fundamentais sociais. Ocorre que a atividade prestacional do Estado não se refere apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais, os chamados por Ingo Sarlet de Direitos de Segunda Dimensão, dos quais ele alerta:

Estes direitos não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo como o que ainda

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴¹ Idem, p. 193.

propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. [...] A utilização de direitos sociais encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico⁴²

Estas, sem dúvida, representam grande importância em face da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais elencados pela Carta Constitucional se tornaram cada vez mais difundidos, na mesma medida em que os recursos do Estado se restaram escassos, desta maneira houve a necessidade de limitação na prestação e efetivação dos direitos fundamentais, de acordo com a possibilidade do orçamento, surge o que se chamou “reserva do possível”. Sobre a reserva do possível, Ingo Sarlet escreve que há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática, dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no que tocante à sua exigibilidade, e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito em si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas, inclusive, como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional⁴³.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 48.

⁴³ Idem. p. 288.

A efetivação dos direitos fundamentais, o qual deve ser prestado aos cidadãos, sem distinção de qualquer natureza⁴⁴, depara-se com a atuação positiva do Estado, no que tange a promoção e implementação de recursos, assim como as despesas econômicas para custear a atividade do próprio Estado e a concretização dos direitos sociais, o qual implica alto custo à administração e aos serviços públicos⁴⁵. Não resta dúvida que, mesmo que provada a incapacidade orçamentária do Estado em prover a materialização dos direitos fundamentais, irá justificar o não cumprimento ou efetivação dos direitos fundamentais essenciais, refere-se aqui, aos que garantam o mínimo existencial do indivíduo, necessário a manter a dignidade da pessoa humana, princípio basilar da justiça social⁴⁶.

2.2 – O Mínimo Existencial (possibilidade x necessidade) e a Garantia à Saúde.

A partir do exposto, pode-se reconhecer o Estado de Direito como titular prestacional dos direitos fundamentais, direitos estes individuais (não denegando direitos além do indivíduo), inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o provedor do mínimo necessário para viver com dignidade. Diante disto, tem-se elevado os direitos sociais individuais à classe de direitos fundamentais, desvinculou-se a ideia de que para fosse necessária uma posterior orientação legal infraconstitucional para a efetivação, imprimindo um caráter de aplicabilidade e

⁴⁴ Constituição Federal de 1988. Dos Direitos e Garantias Fundamentais - Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - Art. 5º.

⁴⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a constituição brasileira de 1988, citada por Luis Manuel Fonseca Pires, na Obra O Estado Social e Democrático e o Serviço Público, página 101. “destaca ser atribuído à Rousseau, o emprego da expressão serviço público, utilizado para designar qualquer atividade estatal – emprego genérico”. No entanto, a concepção jurídica de serviço público se inicia com o próprio Estado de Direito, após a morte de Rousseau. Em outras palavras, após a Revolução Francesa, e ao longo do século XIX, é que os julgados do Conselho de Estado Francês gradualmente formam a noção jurídica e a sua respectiva repercussão prática que viria a se tornar, sob um novo enfoque atribuído no início do século XX.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição, p. 1794. Aborda a necessidade de discutir a expressão justiça social, e diz “justiça social, inicialmente quer significar superação das injustiças na repartição em nível pessoal, do produto econômico”. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados referidos a repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém, macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigências de qualquer política econômica capitalista.

eficácia imediata, com o intuito de manter interesse social e garantir o mínimo existencial.

Importa mencionar que o mínimo existencial se refere às necessidades essenciais para existência digna do indivíduo, não significa que seja apenas para garantir a sua sobrevivência, mas assegurar as prestações materiais essenciais com ênfase na dignidade da pessoa humana, assim como a saúde integral do ser humano (sendo mais específica).

De outra maneira, pode-se partilhar com Germano Schwarz,

Necessário, para a análise do conteúdo do direito fundamental à saúde, observar que a Constituição de 1988 permitiu um avanço extraordinário na análise, em terra brasileira, dos direitos fundamentais. Esses direitos passaram a ocupar uma posição privilegiada dentro do ordenamento pátrio, pois a eles foi reconhecida uma efetiva força jurídica, uma aplicação direta e imediata (art. 5º, §1º, da CF/88). Com isso, como já referido, o operador do Direito, ao se deparar com uma situação em que esteja em jogo um dado direito fundamental, pode dispor de meios processuais para dar efetividade a esse direito, independentemente de existir norma infraconstitucional integradora (mandado de injunção) e mesmo contra a norma infraconstitucional que esteja dificultando a concretização do direito (mandado de segurança)⁴⁷. (SCHWARZ, 2006, p. 259-260).

Em que pese a existência da efetivação dos direitos fundamentais representarem elevado custo ao Estado, é preciso enfatizar, conforme demonstrado anteriormente, que estes direitos devem ter efetividade imediata e sobremaneira não devem estar sujeitos ou até mesmo limitados pela reserva do possível. Com efeito, “é precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costuma ser positivados, que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema da aplicabilidade, eficácia e efetividade”⁴⁸, não há que se falar aqui na relativização dos direitos sociais prestacionais.

Destarte, a Constituição Federal não disciplinar a forma com a qual deve ser aplicado o modelo jurídico, a fim de garantir a prestação efetiva dos direitos sociais, este insta sobrepujado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e proteção à vida e à saúde. O mínimo existencial como elemento objetivo, deve ser alcançado

⁴⁷ SCHWARZ, Germano. **A Dimensão Prestacional do Direito e o Controle Judicial de Políticas Públicas Sanitárias**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 45, n. 177, jan./mar. 2008.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281.

na sua integralidade individualmente, a partir de uma apreciação acerca da realidade de cada um. No que concerne ao mínimo existencial e sua concretização e à maneira com que deve ser efetivado, o entendimento da doutrina majoritária e tribunais sobre o assunto acaba sendo comum, reafirmando o que o limite para a atuação estatal deve estar assentado no seu dever de garantir de condições mínimas existenciais, pautada sempre pela dignidade da pessoa humana.

Cabe pontuar que, dentre os direitos sociais, a Constituição Federal de 1988 trouxe previsão do direito fundamental à saúde e disciplinou o tema nos arts. 196 a 200. Em matéria de respeito ao Direito à Saúde, traz o Art. 196:

A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

Em contrapartida, diz o Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança e a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, aqui se torna evidente a distinção feita pelo legislador quanto ao dever de aplicabilidade da norma constitucional na prestação de saúde que devem respeitar o mínimo existencial, bem como aos que se aplicam aos direitos sociais, por isso a gratuidade na efetivação. Todavia, com a publicação da Lei que institui o SUS, elevou a Saúde ao patamar de Direito Fundamental, atribuindo como princípio à gratuidade dos serviços públicos.

Em razão deste entendimento, tem-se constituída a Seguridade Social, a qual recebeu normatização a partir da LDO⁴⁹, estabelecendo o orçamento das ações referentes à saúde, previdência e assistência social. A seguridade social compreende as ações e prestações do Estado tendentes a garantir os direitos sociais dos cidadãos, protegendo-os contra os riscos dos trabalhos e as

⁴⁹ A LDO, prevista pela Constituição Federal de 1988, disciplinada pelo artigo 165, parágrafo 2º, traz em seu bojo um papel extremamente importante, tais como definir metas e prioridades para as despesas e receitas da administração pública, a fim de gerenciar os investimentos públicos, visando um cronograma continuado de atuação.

contingências da própria existência humana (velhice, maternidade, desemprego involuntário, etc.)⁵⁰.

Portanto, o Estado, através das normas regulamentadoras de limitação à Administração Pública, no sentido “dever de prestar os serviços essenciais públicos” – sob o fulcro do princípio da legalidade a qual adota a formatação de que a Administração só está autorizada a atuar ou deixar de fazer algo, se esta estiver de acordo com a lei, isto é, “não há espaço de liberdade para a omissão legislativa”, a liberdade que se assegura é a do cidadão, não do Estado⁵¹ – demonstra que o Estado, como detentor da titularidade para executar esta função, tem o dever de consagrar o interesse público, do contrário, poderá o cidadão buscar a eficácia da norma cogente através do sistema judiciário, dito, judicialização para garantir os direitos fundamentais, em tela, direito à saúde (a saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado). Assevera-se que o serviço público se trata de atividade cujo contorno jurídico deve ter por principal preocupação mais do que o respeito à liberdade dos cidadãos – tem por destino a redução das desigualdades, a promoção de oportunidades para minimizar as diferenças sociais. Enfim, quer-se o Estado, em suas ações, um tanto mais equânime⁵².

Diante do exposto, ainda que brevemente abordado, é possível entender que toda a estrutura e aparelhamento dos setores públicos atinentes à saúde, tema desta reflexão, não estão adstritas ao planejamento do orçamento público, tampouco dependem das ações de políticas públicas, dado o fato de serem considerados direitos que visam o mínimo existencial, portanto, direitos fundamentais, o que justifica, neste íterim, a via judicial para garantir a concreção desses direitos e resguardar o direito à saúde e dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, é de irrefutável importância mencionar que o bem da vida é o maior bem pertencente a qualquer cidadão, para isso é vital que este tenha total

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo, citado por CANOTILLHO, J. J. G., **Comentários à Constituição**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1758.

⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988, citada por Luis Manuel Fonseca Pires, na Obra O Estado Social e Democrático e o Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.103.

⁵² Idem. p.112.

acesso à saúde, qualidade nas condições sanitárias básicas. Hodiernamente, o Estado se escusa assumir responsabilidades referentes à efetividade prestacional social, declara, para tanto, a ilegitimidade passiva, transfere os encargos ao ente federal, o que de fato é um equívoco, atribui esta transferência de legitimidade com base na Lei 8.080/90, a qual cuidou de dividir as atribuições das ações atinentes ao Sistema Único de Saúde. Entretanto, estas imputações por óbvio não eximem o ente Público de garantir estes direitos, uma vez que forma determinações feitas pela Constituição Federal. Conforme anteriormente demonstrado, é dever do Estado (*amplo sensu*, União, Distrito Federal, Estados e Municípios) garantir e promover a saúde pública. Para tanto, o SUS deverá ser custeado pelo orçamento destinado à Seguridade Social.

Vislumbra-se ainda evidenciar que, embora os avanços adquiridos a partir de prélios sociais para a efetivação dos direitos fundamentais, em análise a saúde, persiste a insuficiência da prestação, em face da crescente demanda sustentada pelo Sistema Único de Saúde, que ocasiona em falhas na prestação dos serviços públicos. Conquanto a competência de efetivação desses direitos esteja sob a égide do Poder Legislativo e Executivo, o Judiciário surge como terceiro nesta relação para compelir o Poder Público a desempenhar o papel que constitucionalmente fora lhe determinado, a fim de garantir o direito fundamental à saúde.

Corroborando com tal entendimento Luís Alberto Warat,

Desta forma o juridicismo, como lógica de dissimulação, mostra-se eficiente, dando crédito a uma ficção de neutralidade que escamoteia os abusos de uma dominação jurídico-estatal, decidida nos bastidores [...]. No Estado de direito, os direitos são idilicamente enumerados. A democracia precisa inventá-los nas indeterminações da história e na permanência dos conflitos. Talvez precisemos falar dos direitos humanos com o direito à permanência dos conflitos, como o direito a impedir que as revoltas sejam negadas nos subterfúgios de uma harmonia de leis e saberes que, no fundo, satisfazem o desejo de servidão. A democracia como o sentido de uma forma de sociedade é sempre o produto dos conflitos sociais e das resistências à produção institucional de uma subjetividade que nos marca e nos anula, insistindo nas representações de certeza e na redução da ordem política às relações de poder. (WARAT, 1998, p.39-40).

No exame sistêmico do texto constitucional, pode-se constatar que é de competência do Poder Judiciário a função de guarda precípua da Constituição, através do Supremo Tribunal Federal – STF. Diante disto, quando da inviolabilidade

do direito à saúde, entenda-se aqui “vida”, tido como direito subjetivo, em detrimento a interesses econômicos do Estado, deve o árbitro primar pelo interesse aos direitos individuais (representado também como direitos da coletividade com pressuposto da indisponibilidade), que dizem respeito à saúde do indivíduo, à vida, preceito rechaçado pelo princípio precípua constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesta ambiência, o direito ao serviço público se compõe, a um só tempo, dos direitos fundamentais de segunda dimensão, porque dizem respeito à implementação da justiça social, e dos de terceira dimensão, pois a titularidades difusa e coletiva significam asseverar que nós, o gênero humano, acima de nossas desigualdades, somos iguais, devemos ser fraternos⁵³.

A fuga do Estado, do direito administrativo ao direito privado, a transmutação do papel de titular do serviço público para simples agente regulador de um mercado no qual estes serviços essenciais são tratados como mercadorias ao talante da perseguição por maior lucratividade, levam à crise da própria noção de Estado Social⁵⁴. Pode-se extrair breve reflexão acerca da necessidade de judicialização como instrumento para o fim precípua da justiça social, assim como para alcançar os princípios da igualdade na atividade prestacional estatal, esta decisão demonstra o fundamento constitucional:

A *ultima ratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para a prevenção de doenças, principalmente quando se verificar ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios próprios para custear o próprio tratamento. Dessa forma, os artigos 23, II, e 198, § 2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011, p. 116).

⁵³ PIRES, Manuel Fonseca, na Obra O Estado Social e Democrático e o Serviço Público. Belo Horizonte: Forum, 2011. p.119.

⁵⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Citado por Luis Manuel Fonseca Pires, na Obra O Estado Social e Democrático e o Serviço Público. Belo Horizonte: Forum, 2011. p.120.

Entretanto, faz-se *mister* o entendimento, de modo a evidenciar a necessidade de se manter o respeito aos ditames constitucionais, em face à Separação dos Poderes,

Importante salientar que esse posicionamento não significa um controle judicial livre de qualquer limite, livre de fundamentação, livre da imposição da razoabilidade na tomada de decisões. [...]. Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde toma corpo. Torna-se relevante que, nos julgados, os Tribunais não decidam a partir de critérios extrajurídicos. Que tomem como base e premissa o caráter fundamental desses direitos e que decidam com base no código específico de sua atuação, legitimadores de sua atuação procedimental: Direito Fundamental⁵⁵.

Na ambiência, percebe-se um aumento da participação do Judiciário provocado pela sociedade, a fim de solucionar tensões – Estado aparece como mediador, situando-se entre dois polos: de um lado, interesses individuais (ou coletivos) direitos fundamentais e, de outro, os interesses públicos – e aplicar a efetivação dos direitos fundamentais. Desta feita, a Jurisprudência vem contribuindo com decisões, dando retorno aos anseios da população que são levados à “justiça” e dando respostas compatíveis aos princípios constitucionais, com o objetivo de concretização dos direitos fundamentais ou garantir o mínimo existencial.

2.3 – É possível falar em mínimo no Estado brasileiro (social e democrático)? Função e administração.

A temática tecida em breves linhas possibilita que se tenha uma visão a partir do desenvolvimento do pensamento iluminista, perpassando pelo Estado Social até o Estado Democrático de Direito, em que, num dado momento da história e da teoria dos estados, buscou ser construído a partir de um padrão de Estado, assim como um conceito sobre direitos fundamentais.

⁵⁵ SCHWARZ, Germano. **A tutela antecipada no direito à saúde**. Porto Alegre. S.A. Fabris, 2003. p.305-306.

Assim, denota inegável importância transcrever uma passagem de Norberto Bobbio, enquanto se refere de maneira extraordinária acerca da instituição da democracia:

A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado. O princípio sobre o qual se funda a representação política é a antítese exata do princípio sobre o qual se funda a representação dos interesses, no qual o representante, devendo perseguir os interesses particulares do representado, está sujeito a um mandato vinculado (típico do contrato de direito privado que prevê a revogação por excesso de mandato)⁵⁶. (BOBBIO, 1986, p.24).

Não se pode deixar de mencionar a discussão sobre os direitos fundamentais e a imposição econômica que eleva o poder dos Estados, solidificando as desigualdades sociais, em face de uma pequena parcela privilegiada que detém a riqueza, o conhecimento crítico, certamente não é esta a “representação política” a que fala Norberto Bobbio no trecho supracitado. É necessário antes de tudo reformar o pensamento político, a fim de dismantelar as organizações pré-concebidas, faz-se imperioso lutar pela liberdade como direito subjetivo do cidadão.

A democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente, *au grand jour* (para usar a expressão de Maurice Joly).

Uma das razões da superioridade da democracia diante dos estados absolutos, que tinham revalorizado os *arcana imperii* (*segredos de estado*) e defendiam com argumentos históricos e políticos a necessidade de fazer com que as grandes decisões políticas fossem tomadas nos gabinetes secretos, longe dos olhares indiscretos do público, funda-se sobre a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, ao "poder sem máscara"⁵⁷.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. O FUTURO DA DEMOCRACIA - Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira 6.ed. **Coleção Pensamento Crítico**, v.63. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.24.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. O FUTURO DA DEMOCRACIA – Uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira 6.ed. **Coleção Pensamento Crítico**. v.63. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.29.

Não há por certo como se esquivar de uma análise acerca da incongruência dos objetivos dos direitos humanos, conflito ideológico, que por um lado implica na fabricação legal, calcada muitas vezes na política supranacional. Em nome de presumidas violações dos direitos humanos, conseguem-se mútuos reforços às formas de pensamento, orientadas à reprodução das ordens simbólicas estabelecidas para assegurar o triunfo de uma classe. Movimentamo-nos a partir de uma caracterização vaga e amorfa dos direitos humanos, vestígios conceituais, estilhaços do senso comum que permitem confirmar crenças identificatórias maniacamente defendida⁵⁸.

As ideias ilusórias acerca da jurisdicionalização tendem apresentar uma visão privatista como forma de justificar os abusos na prestação dos direitos sociais, alia a percepção de abuso nos direitos dos cidadãos ditados e protegidos por lei, porém não reconhecem os abusos na esfera do poder público, rouba dos cidadãos a capacidade de questionamento sobre os interesses coletivos e necessidades essenciais para garantir o mínimo existencial.

Propugna-se a supremacia das leis, como prerrogativa condicionante ao Estado e à atividade prestacional, sobre o tema, descreve Warat identificando as mazelas do Estado Democrático,

Escamoteia-se, por um lado, a existência de uma sociedade que vai sendo dia a dia tomada pelas leis. Dissimula-se, por outro lado, o uso absoluto que o estado faz da lei positiva em nome dos interesses da sociedade, dos interesses do povo. [...]. O estado abusa do direito enquanto reivindica o lugar do normativo, como instância que provoca a alucinação do outro e exalta um projeto político jurídico que se basta a si mesmo. O direito aparece, então, como um lugar tópico e utópico inabalável que justifica a normatização total do tecido social. Um discurso “uterino” de socialização, um feitiço que instala, na sociedade, a ilusão de um lugar simultaneamente protetor dos interesses da sociedade e das liberdades pessoais.[...]. As exorbitâncias, as desmesuras, os abusos ficam para os que estão a eles obrigados, o estado e o direito ficam, então, negados como potência de desordem e perversão. Desta forma o juridicismo, como lógica de dissimulação, mostra-se eficiente, dando crédito a uma ficção de neutralidade que escamoteia os abusos de uma dominação jurídico-estatal, decidida nos bastidores⁵⁹.

⁵⁸ WARAT, Luís Alberto. **O ABUSO ESTATAL DO DIREITO**. Santa Catarina: CPGD/UFSC, 1998. p.37.

⁵⁹ Idem, p.67. grifo.do autor.

Importa abordar, ainda acerca da crise do Estado Democrático de Direito, sobre as características intrínsecas do estabelecimento da vinculação da política à questão jurídica, e o Poder inerente a este instituto. José Luis Bolzan de Moraes explica:

tendo como fundamental atributo que surge juntamente com o Estado está emersa a soberania. A soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado Nação. [...] Assim, a soberania constitui, é constitutiva e constituída pela ideia de Estado – Nação ou Estado Nacional, própria da modernidade, de regra nomeado Estado Moderno⁶⁰.

Em outras palavras, o Estado se concebe hoje como Estado constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática⁶¹.

A constituição, ao ser criada por um poder constituinte, deve transportar uma "reserva de justiça", ou seja, as normas e os princípios constitucionais não se devem esgotar na sua positividade antes devem aspirar a ser "direito justo" (LARENZ). Por outras palavras, para uma constituição se considerar materialmente fundada não lhe basta a simples cobertura da legalidade formal, tem de ser intrinsecamente válida. Ainda noutros termos: a constituição não se basta com o manto da legalidade; exige ou postula a dimensão mais profunda da legitimidade⁶².

Deste modo, o que se pode perceber como resultado da dispersão da soberania e o desmembramento do Poder é o início de crise do Estado Democrático, no liame da prestação dos direitos fundamentais e dos sociais, e, apesar da democratização da sociedade, houve um desacordo entre a centralização de poder e a pluralidade de direitos individuais. O modelo de Estado construído na

⁶⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. G., Direito Constitucional. **Revista Livraria Almedina**. 6. ed. Coimbra, 1993. p.43.

⁶² Idem. p.109.

modernidade, com sua tríplice caracterização – sem esquecermos o quarto elemento proposto por alguns doutrinadores, o finalístico, como função a ser cumprida – já que não consegue dar conta das complexidades das (des) estruturas institucionais que se superpõem hoje⁶³.

Diante de tantas transformações no modelo de Estado, o que se pode perceber é o esmaecimento da democracia e da soberania, resultado da crise política e institucional experimentada na atual administração, que leva as pessoas a buscarem o judiciário como última alternativa para a satisfação dos seus direitos fundamentais e sociais. Assim, o conteúdo do Estado Democrático de Direito ultrapassa o aspecto material de concretização de vida digna do homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública na reconstrução da sociedade⁶⁴.

Utilizou desta feita para se chegar a uma resposta do questionamento que deu início a este tópico: é possível falar em mínimo no Estado brasileiro (social e democrático)? Toma-se de empréstimo o conceito de mínimo existencial trazido por Ricardo Lobo Torres, “o mínimo existencial é composto por um *status negativus libertatis*, um *status positivus libertatis* e um *status positivus socialis*”, resume, para tanto, que o mínimo existencial é composto por duas dimensões, ambas ligadas à liberdade: uma negativa, que impede o exercício do poder tributário por parte do Estado em razão da situação econômica da pessoa; e uma positiva, que são os serviços públicos dirigidos diretamente à manutenção da liberdade da pessoa. O mínimo existencial gera direito público subjetivo aos seus beneficiários, pelas limitações positivas e negativas à liberdade. Os direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais sociais, não possuem correlação com o mínimo existencial, pois se referem a opções de política econômica de cada Estado, não gerando direito público subjetivo à sua obtenção. “Além disso, tais direitos

⁶³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.35.

⁶⁴ BALIBAR, Etienne *apud* WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. O fim do mundo como concebemos, citado por MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.55.

estariam limitados em sua execução pela chamada “reserva do possível”, que possui raízes orçamentárias”⁶⁵.

Dentre os motivos que fundamentam tal entendimento, resta evidente que não requer o indivíduo a uma existência mínima simplesmente, não viver à margem da sociedade sob influência da instabilidade econômica, da exclusão social, desemprego, do contrário, busca o reconhecimento social, ver seus direitos fundamentais e sociais garantidos, a fim de afiançar o acesso das suas “liberdades individuais” (ALEXY, 2001, p.488-9)⁶⁶.

Enfim, existe uma relação de situações das quais o legislativo pode usar de discricionariedade para decidir. Entretanto, não lhe é atribuído a faculdade de basear sua decisão quando em desrespeito à norma constitucional, que num mesmo momento conectou receitas atrelado à estas prestações de serviços públicos. Usa-se como exemplo a decisão do STF, extratida do texto de Fernando Facury Scaff:

Este tipo de limitação não existe apenas no que tange à CIDE, mas a toda e qualquer despesa pública, jungido que está o legislador aos objetivos previstos no art. 3º da Carta de 1988, dentre outras normas-objetivo espalhadas pelo texto, fruto da teoria da Supremacia da Constituição, que já foi acatada inclusive por nosso Supremo Tribunal Federal na ADI 2010-MC, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...]. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política⁶⁷.

De tudo que foi exposto, existe grande relação entre mínimo existencial e os direitos fundamentais, fato evidenciado a partir da grande disparidade social, são

⁶⁵ Fernando Facury Scaff, *Verba Juris*, ano 4, n.4, jan./dez. 2005, p.81-82, cita Ricardo Lobo Torres para colaborar com o conceito de mínimo existencial.” (TORRES, 1989, p.41).

⁶⁶ Fernando Facury Scaff, *Verba Juris* ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p.99 cita Alexy.

⁶⁷ Idem, p.98.

tantas as mazelas sociais, as carências econômicas e estruturais, a condição sanitária essencial, portanto, faz-se *mister* que a população na sua individualidade, tenha capacidade para exercer os seus direitos, tanto fundamentais quanto sociais, de maneira plena, ainda que no plano do mínimo existencial, mas, para muito além, adquirir notada “liberdade jurídica”⁶⁸, assim, conclui-se que quanto mais houver desigualdade social, mais importante se faz garantir o acesso aos direitos fundamentais, outorgando-lhes a titularidade plena no polo da relação entre Estado e Sociedade.

Sobre este assunto, com muita propriedade é a lição trazida por Ingo Sarlet,

Firma-se aqui posição em torno da tese de que pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional - todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional [...] os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, par. 1 da CF, no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível [...] em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade [...]. (2008, p.17)⁶⁹.

Percebe-se uma transformação e um crescimento nas necessidades sociais (aqui as questões referentes aos avanços tecnológicos, que impulsionam o mercado e incentivam o consumo), restando-as ilimitadas, o que dificulta cada vez mais a indisponibilidade na aquisição de recursos econômicos para supri-las. Contudo, existem necessidades que só podem ser prestadas pelo Estado, e estão vinculadas às classes mais carentes, desprovidas de condições de adquirir estes serviços pelo mercado, como ao exemplo das essenciais, tais como: saúde, educação, moradia, segurança.

⁶⁸ Fernando Facury Scaff, *Verba Juris*, ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p.101. Termo utilizado por Alexy, quando se refere à capacidade postulatória. “Para assegurar o “mínimo existencial” no âmbito positivo (*status positivus libertatis*) é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade”.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, citado por Ricardo Augusto Dias da Silva. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** p.119.

Há que se ter em mente que a pretensão na prestação de mínimo existencial de que se fala neste texto, ainda que insuficiente para manter a dignidade integral do ser humano, não tem se efetivado através das políticas públicas apresentadas pela administração pública, o que se tem visto são cidadãos recebendo migalhas, o que nem de longe representa uma condicionante capaz de garantir a sobrevivência, obrigando-os buscar o judiciário, na esperança de verem satisfeitos seus “mínimos direitos”.

Neste sentido, tem entendido o STF,

ADPF- Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições) ADPF 45 MC/DF* RELATOR:MIN. CELSO DE MELLO - EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - (...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Por fim, é necessário recriar o espírito do constitucionalismo para que se tenha a condição de disponibilizar aos indivíduos da sociedade o que de melhor o Estado tem a ofertar. Para Bonavides, “a democracia reside no estabelecimento de parâmetros para a organização social e a conduta humana em bases democráticas”, e, ainda, “por direito, por princípio de justiça, por atributo do gênero humano, por dimensão superior da liberdade; democracia, enfim, como semblante político que se reveste a dignidade da pessoa humana [...]”. (BONAVIDES, 2002, p.131/133).

Coaduna com o entendimento Claudio Ari Mello, o qual menciona que:

não se pode perder de vista que o Brasil é um país periférico, extremamente desigual, de modernidade tardia, no qual nem mesmo as premissas do constitucionalismo liberal chegaram a vingar plenamente, quanto menos as condições materiais do Estado⁷⁰

Assim, é imperioso manter a supremacia da Constituição Federal, reforçando os princípios e o espírito constitucional cerne da sua aplicação, com fulcro na garantia dos direitos fundamentais, como escopo da democracia.

CAPÍTULO III – A Crise Fiscal/Econômica do Estado e a garantia do Direito ao Diagnóstico por Imagem.

A crise fiscal/econômica é uma realidade brasileira, assim como já mencionado nas linhas anteriores, portanto, trata-se de uma questão pontual de orçamento público, o qual condiciona a capacidade orçamentária para efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Como consequência disto, tem, inevitavelmente, a relativização dos direitos do cidadão que imprime à administração pública fragilidade dos institutos públicos, que reflete na prestação de serviços de cunho social. Tudo isso se torna um hábito danoso para a manutenção do Estado como ente prestacional de direitos sociais, em outras palavras, a debilidade estatal se situa no centro de conflitos entre a crise econômica (escassez de recursos) e as necessidades básicas essenciais do indivíduo. Isto fatalmente põe em contradição a democracia. Sendo assim, a respeito de comprometimento estatal frente às necessidades sociais, leciona José Luis Bolzan de Moraes,

na medida em que a capacidade de financiamento público estatal se reduz, a coesão social parece ir perdendo forças em seu caráter de grupo solidário, passando a produzir-se uma disputa iníqua pela apropriação do que resta de pressupostos públicos⁷¹.

⁷⁰ Mello, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 25.

⁷¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 48.

Diante disso, os direitos fundamentais estão submersos, sem dúvida, na crise fiscal/econômica, mas também na crise ideológica constitucional, uma vez que a aplicação das normas jurídicas constitucionais se encontra justificadas pela falta de recursos materiais, enfraquecimento claro do princípio da supremacia da constituição como pressuposto para violações de direitos fundamentais e sociais. Nesse contexto, o futuro da democracia, no sentido de efetivação de direitos individuais e coletivos, tangencia a ideia de estado garantista, sob o escopo de igualdade e fraternidade. ok

No mesmo sentido, Luis Bolzan recomenda para tais circunstâncias:

o enfrentamento deste tema não mais a partir da fórmula dogmatizada, mas, e, sobretudo, desde as estruturas abertas que permitam ter presentes pulverizações, sem perder de vista as consequências de tais possibilidades, assim como papel fundamental das estruturas públicas estatais no contexto das sociedades periféricas o enfrentamento das desigualdades e na promoção de políticas de inclusão social, o que nos leva a enfrentar o tema(s) da(s) crise(s) que afeta(m) uma expressão peculiar do Estado – dito moderno -, qual seja a que, a partir de sua formulação moderna, privilegia o seu papel interventivo/transformador, o Estado Social em suas múltiplas facetas⁷²

Isto ao exemplo da judicialização como ferramenta para a concreção dos direitos fundamentais. Diante disso, não basta que o Estado reconheça o direito subjetivo à saúde, mas que, além da positivação deste direito pela carta constitucional, seja garantida plenamente a sua concretude jurídica, no tocante às prestações positivas de relevância sociais públicas.

Assim, o que se tem vislumbrado na prática é necessariamente a busca pela satisfação dos direitos a partir de ajuizamentos de ações a fim de garantir os direitos dos pacientes a medicamentos, ao acesso aos exames de diagnóstico por imagem, dentre outras questões referentes a tratamento, preservação e manutenção da vida, dada a inefetividade do Estado na disponibilização destes direitos que implicam diretamente na saúde e qualidade de vida do paciente, enquanto da sua condição de vulnerabilidade econômica e social.

Percebe-se que o direito à saúde pertence à classe de direitos fundamentais que sofrem pela falta de eficácia e eficiência estão fadados à ineficácia, mas, será que a norma definidora dos direitos individuais pode sofrer restrição para a sua

⁷² Idem, p.35.

aplicação? Diante dessa ambiguidade, que os direitos fundamentais passíveis da prestação do Estado, são direitos fundamentais legítimos, de aplicação imediata, Ingo Sarlet intercede, as normas constitucionais independente de sua forma de positivação, aos direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da constituição, sempre estarão aptos a gerar o mínimo de efeitos jurídicos, sendo na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-lhes (com muito mais razão) a regra geral, no sentido de que inexistem norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Desta feita, recuperando o tema, assenta-se na judicialização através da concessão de liminares que por linhas tortas obriga o Estado a disponibilizar internações nos hospitais públicos para a realização de exames de diagnóstico por imagem, a fim de rastrear e diagnosticar pacientes que muitas vezes correm contra o tempo para vencer a doença. Entretanto, milhares são os outros cidadãos que não judicializam suas demandas e perecem por seus direitos.

A partir do exposto e de todas as razões apresentadas nas digressões anteriores, é que podemos afirmar a importância dos exames de diagnóstico por imagem, pois são imprescindíveis para agilizar na recuperação e tratamento do paciente, fato este que merece atenção para a sua efetividade, uma vez que representa íntima ligação com a qualidade de vida do cidadão, assim, imperioso o acesso rápido e gratuito que deve ser obrigatoriamente disponibilizado pelo SUS, como prerrogativa dos direitos fundamentais, servindo de limites para a concretude destes direitos apenas a constituição. Nem mesmo a falta de norma deve evitar a aplicação da lei, resta aos magistrados apenas aplicar os ditames da constituição, finalmente, a constituição deve estar para os direitos fundamentais, assim como a aplicação deles aos princípios, atribuindo a supremacia e segurança jurídica ao Estado.

3.1 – O que é Diagnóstico por Imagem? Do que se trata? Qual a relevância destes exames?

Para que seja possível entender a importância dos Diagnósticos feitos

através da imagem, faz-se necessário descrever a trajetória e os avanços alcançados aos longos dos anos, assim como, de que forma são produzidos os Raios – X, quais os princípios físicos que os determinam e sua utilização, não será abordada as questões controvertidas na autoria e na descoberta do Raio-X. No mesmo intuito, demonstrar a maneira como são utilizados de modo a contribuir para a formação da imagem radiográfica, dada a importância do diagnóstico precoce de inúmeras doenças, o que indubitavelmente contribui para uma maior qualidade de vida ao enfermo.

Diante disto, insta aludir que a descoberta do RX, aconteceu no dia 8 de novembro de 1895, no laboratório do físico alemão Wilhelm Konrad Roentgen, enquanto trabalhava com um tubo catódico (são dispositivos que geram imagens a partir da incidência de um feixe de elétrons (raios catódicos) numa tela recoberta de fósforo)⁷³ - instante em que notou um estranho brilho fluorescente de cristais, que estavam dentro de um tubo, em outra estação de trabalho próxima, este era formado por um invólucro de vidro os quais ligados a ele continha eletrodos positivos e negativos encapsulados. Dentro deste tubo não havia ar, apenas o vácuo, e quando aplicado uma alta voltagem, este produzia um brilho fluorescente. Assim, após muita observação, concluiu que esta nova modalidade de raio, tinha a prerrogativa de atravessar a maioria das bases sólidas e partes do corpo humano e projetá-las, excetuando materiais de metal, dando início a uma nova fase da pesquisa, identificou além dessas características mencionadas a habilidade de atravessar o ser humano e refletir a imagem anatômica exata. Roentgen chamou esta nova descoberta de Raios-X.

Dando segmento aos seus experimentos Roentgen fez a primeira radiografia do corpo humano, utilizou sua esposa para expor a sua mão aos raios. Foi uma bomba para a Ciência a descoberta de Roentgen, portanto, muito bem recebida com extraordinário interesse, serviu de incentivo para outros cientistas, que após dedicarem-se nas pesquisas e descobertas importantes puderam contribuir com os estudos da radiação aplicados à radiologia. A utilização para a medicina aconteceu por volta de 1912, num primeiro momento para aplicação dentária.

⁷³ O primeiro televisor comercializado com tubo de raios catódicos foi fabricado pela Telefunken, na Alemanha, em 1934, disponível no site do Instituto Newton C. Braga.

Ainda que em breves palavras entende-se por raios x como uma forma de radiação eletromagnética, que são produzidos num tubo de vidro a vácuo com dois componentes, o cátodo e o ânodo, possuem para tanto cargas elétricas diferentes que se atraem e se colidem no ponto focal com muita força, produzindo uma energia cinética que passa pelo transformador e pelos fios até as extremidades da ampola produzindo deste modo, sua intensidade depende da voltagem aplicada ter-se-á maior energia cinética.

A utilização dos raios x nos exames explicam-se a partir da interação destes raios com a matéria (tecidos do corpo), sob o efeito Compton (efeito fotoelétrico), o qual reproduz imagens com diversas tons de cinza, estas tonalidades representam basicamente a densidade de cada tecido, por exemplo o osso tem uma densidade e o pulmão outra, assim, é possível sua utilização na medicina. O estudo radiográfico do ser humano, entretanto, é basicamente um estudo da anatomia de vários sistemas, com menor ênfase na fisiologia.

Corroborando com o contexto, temos uma abordagem acerca de novas aplicações dos exames de diagnóstico por imagem,

Além dessas indiscutíveis aplicações médicas, os médicos também logo perceberam o potencial daquela radiação para terapia, isto é, o tratamento de tumores malignos, e encontrar a solução de problemas que até então somente seria possível se o paciente fosse operado.⁴⁵ [...] Na sequência, introduziu-se a técnica de contraste, que, pela ingestão de substâncias radiopacas, possibilitava a exploração de órgãos como o estômago, os rins, etc., que praticamente não absorviam a radiação. Para tal, emprega-se um agente de contraste, o sulfato de bário⁷⁴.

Neste sentido, os exames de radiologia utilizados como Diagnóstico pressupõe, na maioria das vezes, a utilização da radiação ionizante (exceção, exames de ressonância magnética e ultrassonografia) para obtenção de imagens anatômicas e fisiológicas do corpo humano, com o objetivo de identificar patologias. Podem-se citar algumas das especialidades de Diagnóstico por Imagem, qual sejam, Raios-X; Mamografia; Ultrassonografia; Tomografia Computadorizada; Ressonância

⁷⁴ LIMA, Rodrigo da Silva; AFONSO, Júlio Carlos; PIMENTEL, Luiz Cláudio Ferreira. **Raios-x:** fascinação, medo e ciência. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000100044>. Acesso em: 02 abr. 2016.

Magnética; Radiologia Intervencionista; Medicina Nuclear; PET CT; Densitometria Óssea, podendo ainda serem digital. Sendo assim, entende-se por Diagnóstico por Imagem como uma peculiaridade médica, a qual utiliza tecnologias de imagem para concretização dos diagnósticos, possível também o uso interventivo e tratamento em casos específicos.

Somado ao fato de que muitas doenças não apresentam sinais em fase inicial, é que se justifica a importância relevante na utilização dos exames por imagem utilizados como instrumento que colaboram sobremaneira para o diagnóstico precoce e posterior tratamento, representando uma grande possibilidade de cura, ao exemplo, câncer de próstata e mama. O desenvolvimento tecnológico modificou esse método ao longo dos anos, o que possibilitou ainda uma gama muito maior de aproveitamento, tornando-se uma importante ferramenta para investigação de patologias médicas. Estas novas formas de emprego da radiação médica, exige de todo corpo técnico o aperfeiçoamento reiterado dos procedimentos, e métodos, resultando numa maior qualidade das análises para o diagnóstico do paciente.

Os métodos utilizados durante os exames de imagem estão em constante renovação, atualizando-se de novas tecnologias que surgem diariamente ao redor do mundo, sempre com o objetivo de ajudar a saúde e bem-estar das pessoas. “Com os exames é possível avaliar a região onde está a doença bem como a sua extensão, auxiliando na decisão de qual será a melhor forma para conduzir o tratamento”, assim elucida Dra. Paula Régia Soares, a médica responsável do serviço de Radioterapia do IOP-Oncoville” ⁷⁵, “todo paciente que vai fazer um tratamento precisa de um diagnóstico definido”. Resta evidente que o sucesso do tratamento e o prolongamento da vida do indivíduo se dá em razão da antecipação do diagnóstico, portanto, seu diagnóstico precoce.

Conforme mencionado, os exames de diagnóstico por imagem contribuem de maneira muito efetiva para o diagnóstico rápido das doenças, ainda para a escolha dos procedimentos que serão adotados como conduta médica para o início do tratamento e posterior controle destas moléstias. Entre os exames de imagem que

⁷⁵ Disponível no *site* do Centro em Excelência em Radioterapia de Curitiba.

mais se destacam está o PET-CT⁷⁶, uma tomografia por emissão de pósitrons. O diagnóstico utilizando este procedimento permite o mapeamento de diferentes substâncias químicas no organismo. “O grande benefício do PET-CT é a capacidade de medir as lesões, demonstrando a presença de alterações funcionais, permitindo, assim, o diagnóstico precoce do câncer para um tratamento mais eficaz e assertivo”, finaliza Dra. Paula, trata em verdade de exame da medicina nuclear altamente eficiente.

Como anteriormente mencionado no início deste trabalho, as políticas de saúde do SUS, baseia-se nos programas de prevenção e diagnóstico e tratamento precoce, a fim de reduzir o tempo de recuperação e diminuição no impacto na qualidade de vida do indivíduo. Nesta esteira, prescreve a Lei Federal nº 12.732 de 2012 que determina prazo de 60 dias para iniciar o tratamento do câncer de mama, visando menor mortalidade das pacientes acometidas⁷⁷.

Dentre os programas propostos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil como estratégias de prevenção e diagnóstico precoce estão os Programas para o diagnóstico de câncer de mama, que é responsável hoje pela morte de milhares de mulheres no Brasil.

A finalidade destes programas é apresentar uma análise acerca das táticas e estratégias para obtenção do diagnóstico precoce do Câncer de mama, bem como o controle e prevenção das doenças, proposta inicial do Sistema Único de Saúde. O Ministério da Saúde é o órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde dos brasileiros. É função do ministério dispor de condições para a proteção e recuperação da saúde da população, reduzindo as enfermidades, controlando as doenças endêmicas e parasitárias e melhorando a vigilância à saúde, dando, assim, mais qualidade de vida ao brasileiro, assim a missão é: “Promover a saúde da população mediante a integração e a construção de parcerias com os órgãos federais, as unidades da Federação, os municípios, a iniciativa privada e a sociedade, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida e para o exercício da cidadania”.

⁷⁶ Informações retiradas do *site* do Hospital Mãe de Deus de Porto Alegre..

⁷⁷ Disponível no *site* do INCA.

Deste modo, como aliado aos programas de saúde do SUS, na prevenção, no controle e na recuperação das enfermidades dos brasileiros os Exames de Diagnóstico por Imagem devem estar à disposição do cidadão, como aparelho indispensável para garantir à saúde integral do indivíduo bem como o caminho para efetivação do direito fundamental à saúde.

Assim, nas palavras de Alexandre Mussoi Moreira,

na visão garantista, o Estado Constitucional de Direito, sendo produto da vontade social, deve se apresentar como estrutura a serviço da sociedade, ou seja, um Estado que se caracteriza, no plano formal, por estar submetido à lei, e, no plano substancial, pela funcionalização dos poderes estatais no intuito de garantir os direitos fundamentais do cidadão, os quais devem estar incorporados à ordem constitucional sob a forma de proibição de lesão aos mesmos e obrigação de satisfação dos direitos sociais, ou seja, mantém a legalidade da ação estatal no intuito de promover o bem-estar social⁷⁸

Para tanto, requer-se que o Estado, além da norma constitucional, possua em sua essência o conceito de democracia, para, a partir daí, promover os direitos fundamentais.

3.2 – A Constituição da República Federativa do Brasil e a (In)efetividade – qualidade na prestação deste serviço.

Necessárias igualmente se mostram considerações sobre a qualidade na prestação dos serviços de radiologia médica disponibilizadas pelos hospitais que oferecem atendimento gratuito a partir do programa público do Sistema Único de Saúde. O aumento alarmante da procura pelos centros de saúde pública, para tratamento, exames, e profilaxia de doenças, é reflexo da popularização destes serviços ao longo dos anos, representa hoje a falência dos serviços públicos prestacionais, que sofre com a negligência no repasse de recursos materiais destinados à manutenção destes centros, para os atendimentos, manutenção da

⁷⁸ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado – Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.116-117.

estrutura física dos locais e dos equipamentos hospitalares, bem como, padece com a falta de contingente humano.

A crise na saúde pública representa um dos maiores problemas enfrentada pelo Estado, que se agravou com a crise política e econômica. A desatenção as questões básicas de saúde, o descaso do poder público para com os doentes que buscam ajuda médica, e que morrem esperando por atendimento médico, enfrentando dias em filas imensas, mal acomodados nos corredores dos hospitais e postos de saúde, prática reiterada da rotina vivenciada pela grande maioria da população brasileira, que agoniza em busca de ajuda médica. A busca por melhores condições de saúde faz com que muitos indivíduos percorram grandes distâncias em busca de atenção à sua saúde, fazem verdadeiras peregrinações na tentativa de verem sanados seus males físicos e na maioria das vezes busca frustrada resultado da (in) operância do Poder Público.

Não se quer aqui simplesmente elencar os problemas estruturais que a saúde pública enfrenta, pretende-se demonstrar o quão frágil é o Sistema Único de Saúde, que esbarra na desatenção aos problemas da saúde da população (prevenção, recuperação e tratamento das moléstias do povo) ainda que o *status* inoperante da administração pública representa em verdade uma “doença”⁷⁹ do Estado Democrático de Direito” e o esmaecimento da democracia brasileira.

Imperioso demonstrar que o Estado é o ente responsável, solidariamente, pelos estados, municípios e distrito federal, para prestar os serviços de atenção à saúde e oferecer à população um tratamento digno, eficiente e adequado. Para tanto, é necessário dispor além de recursos materiais, uma estrutura adequada, contingente médico e técnico, materiais hospitalares e equipamentos modernos, tudo para que seja disponibilizado ao cidadão um serviço de saúde de qualidade, valorizando o ser humano na sua integralidade.

Devido a isso, a importância sublinhe o direcionamento principal nos serviços públicos, enquanto o Estado tem o dever de proporcionar um “tratamento integral, com preferência às atividades preventivas, o que não significa desprezar o valor das

⁷⁹ Grifo meu, termo utilizado conotação pejorativa, com intuito de dar enfoque ao sistema que padece de cuidados, fazendo um comparativo com a situação da saúde pública que igualmente carece de cuidados.

prestações dos serviços assistenciais”, como determina a Constituição Federal de 1988. Para efetivar estes serviços e entregar à população um atendimento decente, o Estado deve organizar e estabelecer um conjunto de ações que devem estar destinadas, além da prevenção ao auxílio curativo, nos vários graus de necessidade.

Desde a Reforma Sanitária, a atenção integral ao indivíduo se tornou uma das diretrizes do SUS:

A ‘integralidade’ como preocupação essencial e preferencial, perpetrou como fio condutor para a política de saúde disponibilizada pelo Poder Público, ou seja, como meio de concretizar o direito fundamental à saúde, prerrogativa de cidadania (SUS, 1990, grifo nosso).

O direito à saúde – como pressuposto da concretização dos direitos fundamentais, portanto de aplicabilidade imediata – só será efetivado no instante em que satisfaz às necessidades básicas essenciais do paciente.

Neste íterim e com fulcro nos princípios e nas garantias constitucionais, que também foram disciplinados e organizados a partir da lei específica do SUS, tem-se comprovada a importância da promoção aos exames diagnóstico por imagem, como já demonstrado anteriormente, fazendo parte de um conjunto de ferramentas importante tanto na prevenção quanto no tratamento de doenças, o que implica na redução de riscos para o paciente, a eficácia e o atendimento digno ao doente, fato que justifica a importância da prestação de qualidade destes exames.

O estudo das radiografias auxilia no diagnóstico de uma gama variada de patologias. Os exames simples como radiografias de tórax e seios da face contribuem, por exemplo, de maneira muito efetiva para o diagnóstico de pneumonia e outras doenças do sistema respiratório; outra possibilidade são as radiografias dos ossos do corpo (neste caso humano, porém com utilização da mesma forma importante na medicina veterinária), que ajuda a desvendar problemas de ortopedia e traumatologia, ainda metástase óssea; também é possível obter imagens de todos os órgãos internos, contrastados dinâmicos ou não (órgão durante a sua atividade, estudo hemodinâmico), cardiovasculares (tratamento e diagnóstico), arteriografias (estudos das artérias do corpo, ou de órgão específico, pode servir também como auxiliar no tratamento), pode ter ainda aplicação para as mais diversas áreas médicas.

A preocupação com a qualidade do exame propriamente dito traduz-se ao fato pelo qual representa a capacidade de “reproduzir” com o máximo de fidedignidade o órgão acometido por alguma anormalidade, e possibilitar ao profissional médico identificar a patologia e tratá-la, assim qualquer desatenção durante a execução do exame, poderá contribuir para um falso diagnóstico e prejuízo no tratamento da afecção do doente. Além disso, faz-se necessário igualmente para a atenção à qualidade o cuidado com o local onde são realizados estes exames, um treinamento técnico adequado, comprometimento do responsável técnico pelo setor de radiologia médica, atenção aos requisitos de segurança ao ambiente (ditados pela ANVISA, Ministério da Saúde e CNEN), que além da condição de melhoria da imagem, podem impactar sobremaneira na integridade física do profissional, do paciente e de outros setores do ambiente hospitalar.

Representa reflexo na qualidade da aquisição da imagem radiográfica também a falta de manutenção nos equipamentos, ausência de acompanhamento do físico responsável pelo setor, que deve fazer vistoria e medição da radiação de cada aparelho periodicamente, a fim de identificar eventuais irregularidades que pode refletir negativamente na qualidade dos exames.

Entretanto, importa mencionar que apesar destes exames serem de grande valia para a medicina, possuem “radiação ionizante”⁸⁰ e por este motivo, é que o cuidado na manipulação desses equipamentos e o controle da radiação se fazem necessários. A fim de assegurar o perfeito funcionamento dos equipamentos e garantir a qualidade e o risco mínimo para o paciente e para o trabalhador da área de radiologia médica, deve haver pré-estipulados programas para o controle de qualidades dos serviços, conforme pode se verificar através das recomendações feitas pela ANVISA, a partir da PORTARIA 453, de 01 de junho de 1998 – Aprova o Regulamento Técnico que estabelece as diretrizes básicas de proteção radiológica em radiodiagnóstico médico e odontológico, dispõe sobre o uso dos raios-X diagnósticos em todo território nacional e dá outras providências.⁸¹

⁸⁰ Radiação ionizante: Dependendo da quantidade de energia, uma radiação pode ser descrita como não ionizante ou ionizante. Radiações não ionizante possuem relativamente baixa energia. [...] A radiação é um risco e deve ser usada de acordo com os seus benefícios. "íon positivo". Disponível no *site* da Secretaria de Saúde do Paraná.

⁸¹ Disponível no *site* da PRORAD.

Deste modo, a fim de evitar riscos à saúde quando da utilização de radiação ionizante, é que se faz necessário o critério médico na solicitação dos exames por imagens, dado ao fato de que a radiação utilizada na área médica é a maior responsável pela exposição a radiações ionizantes não natural para a população em nível geral.

A introdução de novas tecnologias de imagem no campo diagnóstico e terapêutico e a permanente modernização dos aparelhos de raios X ampliou o espectro de atuação da cardiologia intervencionista, responsável, atualmente, por inúmeros procedimentos em doenças coronária, valvar e congênita⁸².

Alguns fatores são responsáveis pelo aumento dos riscos na utilização dos exames em radiologia, e os efeitos que decorrem desta utilização sem monitoramento e cuidado refletem de diversas maneiras no organismo humano. Estas alterações podem afetar o órgão a partir do instante da utilização, até anos após o uso. Nestes casos, os efeitos podem ser determinísticos ou estocásticos, os primeiros são aqueles que derivam da irradiação total em um ponto focal determinado de um órgão, podendo causar a morte celular em diversos níveis, não sendo possível a regeneração, o que gera o mau funcionamento do aparelho humano. Existe para isto, um limiar de dose, que prevê uma quantidade que seja incapaz de causar a morte ou prejudicar o tecido ou órgão (estão descritos na legislação supramencionada).

É essencial salientar que o efeito biológico constitui a resposta natural de um organismo, ou parte dele, a um agente agressor ou modificador. O surgimento destes efeitos não significa uma doença. Quando a quantidade de efeitos biológicos é pequena, o organismo pode recuperar, sem que a pessoa perceba. Por exemplo, numa exposição à radiação X ou gama, pode ocorrer uma redução de leucócitos, hemácias e plaquetas e, após algumas semanas, tudo retornar aos níveis anteriores de contagem destes elementos no sangue. Isto significa que, houve a irradiação, ocorreram efeitos biológicos sob a forma de morte celular e, posteriormente, os elementos figurados do sangue foram repostos por efeitos biológicos reparadores,

⁸² Disponível no *site* da UNSCEAR.

operados pelo tecido hematopoiético. Por outro lado, quando a quantidade ou a frequência de efeitos biológicos produzidos pela radiação começa a desequilibrar o organismo humano ou o funcionamento de um órgão, surgem sintomas clínicos denunciadores da incapacidade do organismo de superar ou reparar tais danos, que são as doenças. [...]. Assim, em função da dose e forma de resposta, são classificados em estocásticos (somados ao longo da vida) e determinísticos (doses elevadas acima do nível seguro); em termos do tempo de manifestação, em imediatos e tardios; em função do nível de dano, em somáticos e genéticos (hereditários) ⁸³.

Assim, doses baixas também podem causar estes efeitos, como o exemplo do câncer, induzido pela aplicação de radiação (dependendo de alguns fatores que aqui não cabe elencar), pode aparecer até 40 anos após a exposição. Para o caso de outras doenças associadas à utilização da radiação ionizante como no caso da leucemia, pode aparecer num período bem menor, entre 5 e 7 anos, com período de latência em 2 anos ⁸⁴.

Algumas das utilizações na área da saúde, que deve obrigatoriamente respeitar os limiares de doses de radiação, portanto, segurança para o paciente; na área de diagnóstico a fim de garantir a qualidade das imagens, com o objetivo de facilitar o diagnóstico e o planejamento do tratamento. São descritas algumas utilizações da área da saúde: a radioterapia (para o tratamento de tumores); braquiterapia (trata-se de radioterapia localizada para tipos específicos de tumores e em locais específicos do corpo humano) e radioisótopos (medicamentos que são administrados ao paciente por meio de ingestão).

Enquanto utilizações para diagnóstico pode-se citar algumas das mais importantes são: Radiografia, Tomografia, Mamografia (exame que auxilia na prevenção e na redução de mortes por câncer de mama). O risco associado à exposição à radiação é mínimo, principalmente quando comparado com o benefício obtido ⁸⁵.

⁸³ Disponível no *site* da Secretaria de Saúde do Paraná.

⁸⁴ Disponível no *site* da Secretaria de saúde do Paraná.

⁸⁵ Disponível no *site* da Secretaria de Saúde do Paraná.

A necessidade de manter um programa de controle e atenção aos exames de diagnóstico por imagens em suas diversas áreas de aplicação representa, pois, a ampliação ao direito fundamental à saúde como também reflete por óbvio na qualidade dos serviços prestados e no cuidado da saúde do paciente. Deve-se, portanto, atentar para a minimização dos efeitos das radiações através de avaliações de risco, da utilização correta dos equipamentos (com o intuito de redução das doses aos pacientes), utilização de EPI's (tanto em pacientes como nos trabalhadores do setor de RX), ainda se deve observar a otimização das doses para os exames, ou seja, utilizar somente o necessário para cada incidência.

Resta entender que a exposição do paciente/técnico, diz respeito a fatores primários que também interferem na aquisição e qualidade da imagem, são eles: o tempo (dose é proporcional ao tempo e a velocidade da dose); a distância (quanto mais perto mais intensa a radiação); blindagem (a espessura deve ser de no mínimo 5mm de material feito de chumbo, as salas também devem ter paredes com esta blindagem de acordo com a radiação que será manipulada pelo técnico, ou seja, a energia da radiação produzida; a quantidade de radiação produzida por determinado período (carga de trabalho); grau de ocupação ou frequência do ponto de interesse; material a ser usado como blindagem.

Estas observações são uma das formas para garantir condições de trabalho adequada do ponto de vista da proteção e pode ser obtida através de um programa de levantamento radiométrico da instalação. Para controle de exposição, pode-se fazer o monitoramento externo da radiação, interno, das áreas adjacentes e através do dosímetro ⁸⁶.

Diante do exposto, pode-se concluir que os procedimentos utilizados para controlar a qualidade dos exames e das técnicas utilizadas tanto no tratamento quanto usado para auxílio do diagnóstico de diversas doenças, constituem um instrumento importante na otimização, proteção e controle das análises que são feitas a partir de vários parâmetros físicos recomendados pela ANVISA.

⁸⁶ CARDOSO, Eliezer de Moura. Aplicações da Energia Nuclear. **Apostila educativa**, Comissão Nacional de Energia Nuclear, 1999.

Entretanto, alguns são os problemas enfrentados pelo setor de radiologia médica, nos mais diversos hospitais da rede pública. Não basta simplesmente disponibilizar o atendimento e exames de diagnóstico por imagem, deve-se atentar ao processo técnico de aquisição da imagem na sua integralidade, o que importa na participação mais ativa da administração pública, atentando para às falhas da atividade prestacional, bem como a correção destas, através de programas de qualidade. Pode-se definir a qualidade dos serviços, quando a atividade atinge os anseios dos pacientes, respeitando sempre o cuidado com a exposição e alcançando a maior produtividade do setor. Neste sentido percebe-se uma transformação no conceito de qualidade, o “**TQC**, ou Total Quality Control (**Controle de Qualidade Total**), é um sistema de gestão da qualidade que busca transcender o conceito de qualidade aplicada ao produto”⁸⁷.

Faz-se necessário unificar o atendimento individualizado, disponibilizando um local de acolhimento adequado, focado na qualidade da prestação dos serviços, indispensável para tanto o pronto atendimento do paciente, bem como a qualidade técnica do profissional da área de radiologia médica. Importa mencionar ainda que o objeto foco da prestação de serviços à saúde é o paciente, e este deve estar satisfeito com o atendimento que recebe. A qualidade em saúde pública deve representar a atenção aos resultados obtidos, na tentativa de maximizar o diagnóstico preciso, buscar uma maior integração do paciente com o técnico e médico, pautar toda a atividade ao atendimento digno do indivíduo, com o intuito de obter o bem estar do paciente, focando a prestação na qualidade total dos serviços, que envolve toda a organização pública.

Por consequência, levando-se em conta todo o exposto, resta evidente que os programas de assistência à saúde, devem respeitar os ditames constitucionais, uma vez que os princípios fundamentais estão pautados tanto na organização do Estado Democrático, quanto à igualdade, solidariedade com o objetivo de erradicar a pobreza e redução das desigualdades, a fim de promover a saúde e o bem estar do cidadão.

⁸⁷ Disponível no site: <http://www.infoescola.com/Administracao_/Controle-De-Qualidade-Total-Tqc/>. Acesso em: 13 ago. 2016.

3.3 – A Crise Fiscal do Estado como condição de possibilidade para quê?

Certamente representa um dos maiores entraves para a concretização dos direitos fundamentais à saúde. O governo brasileiro por sua vez tem demonstrado dificuldade em consolidar a democracia, assim como, para superar esta situação Canotilho aborda sobre a crise fiscal,

[...] ora, o Estado Social só pode desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se verificarem quatro condições básicas: 1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária; 2) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para os investimentos produtivos (despesa produtiva); 3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controle do déficit das despesas públicas e a evitar que um déficit elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; 4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio e elevado⁸⁸.

A crise fiscal⁸⁹ não se encerra em si mesma, é necessário reorganizar o Estado para que ele possa efetivar os direitos fundamentais e sociais. O judiciário como protagonista para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais surge como forma de resgatar os status de Estado Social. Ora, como se o Estado Social não estivesse em declínio. “E é exatamente neste contexto de desconforto ante as promessas incumpridas e das constantes novas demandas, além do aumento de custos decorrentes de tanto sucesso das políticas sociais como das crises de economia capitalista, que ganha força o recurso à jurisdição na expectativa de que a mesma – como função de garantia –, em substituição às funções do governo, possa

⁸⁸ CANOTILHO, J.J.G. A governança do terceiro capitalismo, p.147, citado por BOLZAN, Jose Luis de Moraes. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.45-46.

⁸⁹ “A crise fiscal existente não foi arrefecida, e a saúde pública permaneceu sucateada, muito em função da obrigatória desvinculação dos impostos a uma destinação específica (art. 167, IV, CF), que impediu que todo esse esforço fiscal fosse dirigido integral e diretamente para a área da saúde pública. Assim, através das manipulações orçamentárias denunciadas pela imprensa na época, ficou demonstrado que foi retirado do orçamento geral da saúde o equivalente ao que estava sendo arrecadado com o IPMF, gerando um jogo de empate orçamentário: tirava-se das provisões ordinárias o que se ia acrescer com a arrecadação extraordinária”. Referência feita por Scaff, quando da análise feita acerca da crise fiscal e da instituição do Imposto Provisório de Movimentação Financeiro (IPMF) a partir do ano de 1996. (SCAFF, 2005, p.70). Exemplo pertinente, uma vez que a crise fiscal serve como justificativa utilizada pelo Estado, para a inefetividade dos serviços prestacionais, bem como para falta da concreção do direito à saúde.

ofertar a satisfação das mesmas. Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate, provavelmente, não se colocaria e tudo se resolveria por políticas públicas prestacionais e pela satisfação profunda dos seus destinatários, apesar de, como se tem visto na história do Estado Social, serem inesgotáveis as demandas – da satisfação de umas emergem a pretensão de outras”⁹⁰.

A jurisdição aparece como um contraponto de interesses e age como uma ferramenta na solução de conflitos, fruto da própria popularização dos direitos e garantias constitucionais, e da busca pela inserção social a fim de alcançar a justiça social. Trata-se em verdade uma nova postura que surge dentro do próprio estado, e que contra ele trava batalhas para concretização dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado Democrático de Direito surge em substituição ao Estado Social, como uma promessa de modificação do *status quo* anterior, buscando amenizar as desigualdades sociais, alicerçado pelo capitalismo. E tal não é sem consequência, posto que, assim sendo, ele se mantém vinculado às dores e delícias de ser o que é... Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto, naquilo que restou do capitalismo de produção, e descomprometido totalmente naquilo que se apresenta agora como capitalismo financeiro, ou seja, vive-se, já, para além da dualidade: política de inclusão vs. Economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão⁹¹. Para tanto, resta evidente que o Estado possui recursos limitados e escassos, representa, pois, restringidos a efetivação de alguns direitos e garantias constitucionais, fruto da crise política e econômica do capitalismo moderno.

⁹⁰ BOLZAN, Jose Luis de Moraes. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.60.

⁹¹ Idem. p.64.

A questão da crise política sobre o viés de Estado Democrático, a falha da representatividade da sociedade, como corolário do regime democrático, descortina o dilema da democracia, e impõe ao cidadão o conformismo para com as políticas sociais, retirando o poder de escolha – caindo por terra a democracia participativa. Assim, as crises do Estado moderno, perpassa por questões conceituais de democracia, soberania constitucional e poder (ou discricionariedade), questões estruturais de governo – filosófica e financeira –, a crise institucional que permeia a flexibilização dos direitos constitucionais, a crise acerca da divisão dos poderes e as alternativas da busca pelos direitos fundamentais, como ao exemplo a judicialização como instrumento utilizado para a concreção das garantias constitucionais, e por fim, a crise política que se assenta na falência da democracia participativa⁹².

A partir desta constatação, tem-se que é imprescindível à nova remodelagem do Estado a inclusão democrática. Entretanto, que democracia é esta, que se busca para oxigenar o próprio Estado e fazê-lo triunfar ante a ameaça do neoliberalismo e da globalização? Deve ser uma força viva de construção de um mundo abrangente e includente, capaz de combinar disparidades e afinidades, com capacidade, sobretudo, de recriar o espaço e as mediações políticas, única alternativa para deter a decomposição de um mundo levado por um turbilhão de capitais e de imagens contra as quais se entrincheiram, num identidade obsessiva e agressiva, os que se sentem perdedores nos mercados mundiais⁹³.

Do ponto de vista de remodelar o atual modelo político/econômico, a democracia representa matéria necessariamente em análise, e deve servir para

⁹² Acerca da democracia participativa, “pode-se afirmar que o foco das problematizações de teóricas dessa corrente não é tanto quem toma as decisões, como nas duas correntes anteriores, mas de que forma as decisões são tomadas. Para as teóricas deliberacionistas, construir a democracia depende de um processo decisório que vá além da simples negociação e competição entre perspectivas diferentes. [...]. O que se espera é achar caminhos que tornem possível para cada grupo fazer com que os demais entendam seu raciocínio, suas motivações e suas opiniões, viabilizando um diálogo mais aberto do que uma simples negociação. [...]. Por outro lado, em um processo deliberativo, a totalidade envolvida procura construir um projeto inclusivo que abarque as ideias e necessidades das outras voltadas não para o seu interesse e benefício exclusivo, mas sim para o bem do todo”. (Sheila Stolz e Paulo Ricardo Opuszka. *Concepções de democracia: UMA ABORDAGEM INICIAL*. Página 170. Disponível em <http://pgedh.uab.furg.br/images/Ebooks/finais2/CadernoEDH_vol7.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016).

⁹³ TOURAINE, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998. p.103-104, citado por MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado – neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.137.

superar a falta de credibilidade do governo atual, e propor o comprometimento do Estado pra as aspirações da sociedade, buscando a redução das desigualdades sociais, bem como compensar o cidadão para eventuais perdas de garantias constitucionais.

Neste mesmo contexto, pode-se afirmar que a crise fiscal/econômica obriga o Estado a buscar alternativas que sejam capazes de superar os conflitos sociais. A partir do instante em que proclama ao Estado o dever de administrar as questões sociais através de intervenções de políticas públicas em prol do bem estar da sociedade, esbarra-se nas questões de recursos. Assim, a crescente crise fiscal limita a execução das políticas públicas, estabelecendo redução na concretização de diversos direitos coletivos e individuais. Há que se pensar na busca de um modelo de Estado Democrático, realmente comprometido pela busca da igualdade, que cumpra verdadeiramente o seu fim social.

Em síntese, a busca pelo equilíbrio das finanças (despesas e receitas), a capacidade do Estado em efetivar as demandas sociais sem comprometer os recursos públicos, passa obrigatoriamente pelo aumento da carga tributária, e a redução com as atividades executadas pelo estado, repassando a esfera privada algumas prerrogativas prestacionais, respeitando as restrições imposta pela Constituição Federal de 1988, no que concerne às questões de segurança nacional.

Neste ínterim, surge o judiciário mediador como tábua de salvação na busca pela concreção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais. É justamente isso que propõe a mediação: um espaço para acolher a desordem social, um espaço no qual a violência e o conflito possam transformar-se, um espaço no qual ocorra a reinteração da desordem, o que significaria uma verdadeira revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e pouco autônomos impostos aos conflitantes⁹⁴.

Será a mediação jurisdicional a melhor alternativa encontrada para reduzir os espaços entre a precária atividade prestacional do Estado e a busca pela concretização dos direitos fundamentais, no caso em tela direito relacionado à saúde? Importa mencionar que a mediação conflita diretamente a democracia.

⁹⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição – Reflexos na Prestação Jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.73.

Assim, a democracia nada mais é do que a reafirmação dos direitos e garantias constitucionalmente adquiridos pelos indivíduos e pela coletividade. O pensamento acaba circulando, sem repouso, entre estas duas afirmativas inseparáveis: a democracia apoia-se no reconhecimento da liberdade individual e coletiva pelas instituições sociais; as liberdades individuais e coletivas não podem existir sem a livre escolha dos governantes pelos governados e sem a capacidade da criação e da transformação das instituições sociais⁹⁵.

Do conceito atual e aplicação da democracia representativa, pode-se citar dois problemas no que tange o conflito de interesses e a divergência destes interesses, acrescido ainda o fator da ausência dos princípios compartilhados entre os cidadãos.

A fim de corroborar, toma-se de empréstimo o entendimento de François Ost,

A falta de referência sobre um mínimo de valores partilhados, a parte degenera e leva à exclusão ou à destruição do adversário que passa a ser tratado como inimigo. Por outro lado, quando as divergências de interesses são ocultadas, minimizam-se as oposições por detrás de consensos de fachada, cujo maior risco aponta para o desenvolvimento dos focos de violência. É necessário dominar essa possível violência sem negá-la, transformar esse antagonismo potencialmente destruidor em um antagonismo democrático, criar uma ordem política num futuro de desordem ameaçadora, aceitar a ideia de que as democracias pluralistas já não trabalham com a concepção unitária de bem comum, representação substancial unânime e permanente da ordem social desejável, mas, ao mesmo tempo, pôr em cena todas as razões que temos para preferir o regime democrático a todos os outros⁹⁶.

Diante disso, é necessário ir além da democracia representativa, é vital buscar alternativas como a democracia participativa, para reorganizar as atividades públicas. Deve-se superar as questões acerca dos direitos de acesso aos serviços públicos, deve, portanto, o Estado gerir o processo político, a fim de promover a participação popular no âmbito da administração estatal, aproximando o cidadão do Direito, a fim de estabelecer vínculos entre eles. O resultado apontaria para um processo democrático de tratamento de conflitos com base no consenso no qual a

⁹⁵ TOURAINE, Alain. O que é democracia? Traduzido por Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p.34-35, citado por SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição** – Reflexos na Prestação Jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.83.

⁹⁶ OST, François. O tempo do Direito. Traduzida por Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.333-334, citada por SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição** – Reflexos na Prestação Jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83.

democracia como acontecer cotidiano é um compromisso daqueles que dele participam. Desse modo, a democracia implica uma temporalidade social compromissada com a vida e com as incertezas e não apegada à subjetividade instituída por um modelo de racionalidade tecnocrática que se vincula a um tempo disforme, no qual a continuidade delinea a possibilidade da incompletude, da contradição e da diferença que se pode vislumbrar na vida e nos conflitos humanos⁹⁷.

CONCLUSÃO

É imperioso destacar que durante toda a exposição tecida ao longo deste texto, a questão da cidadania como prerrogativa para o alcance dos direitos fundamentais tornou-se a matéria de ênfase. Entretanto, outras questões que contribuem sobremaneira para a crise fiscal, resultando na fragilização das garantias fundamentais também foram abordadas.

A crise fiscal que reflete por óbvio na atividade prestacional do Estado e representa um desafio para a constitucionalização das garantias e dos direitos fundamentais, bem como a trajetória percorrida pela efetivação das políticas de saúde pública até a constitucionalização dos direitos aos cidadãos foi construída a partir de inúmeros movimentos sociais. O caminho para a implementação do SUS, assim como o acesso universal, que imprime um caráter de igualdade, ou seja, princípios inerentes ao Sistema Único de Saúde, que representa inúmeros desafios para a real efetivação destes direitos.

Esses caminhos de resistência e lutas vêm sendo trilhados: no cotidiano dos processos de trabalho, pelos trabalhadores que reconhecem as contradições e correlacionam os desgastes com a organização toyotista do trabalho; nos movimentos sociais, pela população mobilizada que denuncia as mazelas do sistema de saúde, a perda de direitos sociais e as desigualdades sociais. Tanto trabalhadores de saúde quanto grupos mobilizados constroem práticas emancipatórias, as que instrumentalizam os sujeitos dos grupos sociais a acessar

⁹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição – Reflexos na Prestação Jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.85.

direitos e a lutar por eles, incentivam valores de solidariedade, resgatam a condição humana de sociabilidade (CAMPOS, 2013; CAMPOS *et al.*, 2014).

O desenvolvimento de práticas emancipatórias demanda das instituições sociais públicas que assumam para si a responsabilidade de: formar trabalhadores capazes de reconhecer os mecanismos de alienação no trabalho, criticar as políticas de saúde focalizadas, simplificadas e apaziguadoras de tensões sociais, denunciar a privatização da saúde e as posições governistas de caráter ideológico que nada de concreto trazem para deter a privatização e, ao contrário, favorecem o capital ⁹⁸.

Nesta ambiência, os movimentos sociais reforçam a busca pela democracia e reconhecimento do indivíduo como ator dos direitos fundamentais. A política econômica populista do Brasil se encontra em declínio, alguns dos motivos se concentram na ausência de credibilidade do próprio governo, ao aumento da inflação, a arrecadação insuficiente aliado ao descaso do poder público, que contribuíram para a estagnação das políticas públicas de saúde que sofrem com o pouco investimento por parte da administração pública.

A democracia num primeiro momento parece estar bem constituída, porém, os sucessivos conflitos entre o regime democrático e a aplicação da democracia esbarra em problemas sociais e econômicos básico-essenciais, o que importa na fragilização do modelo atual de Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, Jose Bolzan refere,

É por essas e outras razões que, já no século XX, se desenvolve um novo conceito, na tentativa de fortalecer o ideal democrático em conexão com o Estado de Direito, no qual estão presentes as conquistas sociais com ideais igualitários. Já na perspectiva do Estado Democrático de Direito, apresenta-se um conteúdo de transformação da realidade, não se restringindo àquilo peculiar do Estado Social de Direito, demarcado por um arranjo “conservador” de pressupostos intransponíveis do liberalismo e, particularmente, de sua economia capitalista⁹⁹.

⁹⁸

Disponível

em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902015000500082&lang=pt>.
Acesso em: 03 ago. 2016.

⁹⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania** – Por uma Jurisdição Constitucional Democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

Assim, a percepção de Estado Democrático de Direito, transcende a materialidade do direito à uma existência digna, deve realizar acima de tudo o desenvolvimento contínuo e o fortalecimento da participação popular¹⁰⁰ na esfera pública, com o objetivo de construir uma sociedade justa e igualitária.

Pode-se afirmar que a constituição representa (ou deveria representar) um fim em si mesma, a eficácia e a validade do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a jurisdição constitucional o meio pelo qual busca-se o direito ao qual o Estado deixa de efetivar. Cada vez mais, a normatividade da Constituição vê-se realizada através da jurisdição enquanto o seu conteúdo material está relacionado diretamente com a vontade popular, utilizando-se de um sistema de justiça que se caracteriza cada vez mais por sua abertura na legitimação ativa dos seus atores, seja pela incorporação de novas práticas, seja, pela introdução de novos conhecimentos para além da tradicional e insuficiente disciplinariedade da tradição do conhecimento jurídico de “credo” positivista¹⁰¹.

Toma-se de empréstimo a lição de Ingo Sarlet,

Com efeito, partindo do pressuposto de que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado), inclusive, parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e de conexas reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina), resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão

¹⁰⁰ O surgimento de democracias participativas pode vir a representar um eficiente antídoto para alguns dos principais problemas das democracias convencionais na medida em que esse modelo insere processos políticos anteriormente restritos aos círculos governamental e parlamentar na vida cotidiana dos cidadãos. De um modo geral democracia participativa pode ser considerada como um subtipo de democracia no qual os governantes são eleitos pelo voto direto de todos os cidadãos legalmente constituídos para o exercício do voto, mas, a gestão governamental é compartilhada com os cidadãos por meio de um conjunto de mecanismos através dos quais efetivamente a população interfere nas diretrizes governamentais e sua tradução em termos de políticas públicas. (LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Direito e Justiça Social: a construção jurídica dos direitos de cidadania**. Rio Grande: FURG, 2015, p.45. Disponível em: <http://www.ppgd.furg.br/images/pdf/03gugliano_djs.pdf>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹⁰¹ MORAIS José Luiz Bolzan de/ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania** – Por uma Jurisdição Constitucional Democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

positiva e negativa) máximo da ordem jurídica e social. Com isso, também se percebe nitidamente a proibição do retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas¹⁰².

Diante o exposto, e por respeito a vida digna e aos princípios consagrados pela Constituição de 1988, que representam tanto limites à própria atuação do Estado, quanto determinam a aplicabilidade imediata da norma para a efetivação dos direitos à saúde, assegurando as garantias individuais e coletivas de todo cidadão brasileiro, não há que se falar na supressão dos direitos sociais fundamentais à saúde. Essa concepção respeita a dignidade da pessoa humana que unifica o sistema de direitos fundamentais e desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação se revela essencial para a garantia da vida humana com dignidade¹⁰³.

De outra maneira, a fim de alcançar a democratização dos direitos fundamentais, ainda como uma ideia a se pensar, como remodelagem do SUS, reorganizar o Sistema Único de Saúde quanto à proporcionalidade do auxílio na assistência médica e hospitalar, gratuita para alguns casos, e em outros, proporcional na medida das condições econômicas do paciente, readequando os custos e as porcentagens custeadas pelo Estado na estreita necessidade de cada caso e usuário do serviço público de Saúde. Esta alteração na disponibilização dos serviços e na forma de atendimento (gratuito ou com coparticipação) possibilitaria desafogar os cofres públicos, melhorar a qualidade do atendimento, bem como a manutenção do Sistema Sanitário, elevando o cidadão hipossuficiente ao nível mais alto de prioridade no atendimento público gratuito.

É necessário, acima de tudo, repensar o papel da Constituição, para que seja possível possibilitar a expansão do acesso aos serviços de saúde pública aos cidadãos, elaborar programas organizacionais com parâmetros estabelecidos e com fulcro no desenvolvimento e democratização dos direitos fundamentais, reconhecer

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais**. Perspectiva Constitucional. 11.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012. p. 98-99.

¹⁰³ Idem. p.218.

a democracia participativa como prerrogativa ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a existência digna para a pessoa humana.

REFERÊNCIAS

<<http://www.conjur.com.br/2011-out-05/23-anos-audiencia-historica-foi-promulgada-constituicao-federal>>. Acesso em: 16 abr.2016.

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38601-9-setembro-1826-567171-publicacaooriginal-90575-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Coleções das leis do Império do Brasil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **LEI DE 9 DE SETEMBRO DE 1826**. Disponível em:

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CONJUR. **Há 23 anos foi promulgada a Constituição Federal**. Disponível em:

CONJUR. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

DA SILVA, Filipe Carreira. **O Futuro do Estado Social**. Portugal: Fundação Manuel dos Santos, 2013.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

DUCATTI, Ivan. **Verinotio revista on-line**, n.11, ano VI, abr./2010, ISSN 1981-061X - Espaço de interlocução em ciências humanas, n. 12, Ano VI, out./2010 – Publicação semestral – ISSN 1981-061X – Verinotio – revista on-line de educação e ciências humana. Disponível em: <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.64251869417962.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

EQUIPE MEDCURSO. **Medcurso, Residência Médica** – Sistema Único de Saúde Preventiva. Porto Alegre: Cauzzi, 2006.

SCOREL, Sarah. **História das políticas de saúde no Brasil de 1964 – 1990**. São Paulo; Rio de Janeiro: UNESP; Fiocruz, 2003. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. **Efeitos biológicos da radiação**. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=824>>. Acesso em: 07 ago. 2016.

INSTITUTO NEWTON C. BRAGA. **Tubo de raios catódicos**. Disponível em: <www.newtoncbraga.com.br/index.php/almanaque/865-tubo-de-raios-catodicos.html>. Acesso em: 30 jul. 2016.

LIMA, Rodrigo da Silva; AFONSO, Júlio Carlos; PIMENTEL, Luiz Cláudio Ferreira. **Raios-x: fascinação, medo e ciência** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422009000100044>. Acesso em: 31 jul. 2016.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. O direito à saúde na interface entre sociedade civil e Estado. **Trab. educ. saúde [on-line]**. v.7, n.2, p.355-371, 2009.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço** – Temporal dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania** – Por uma Jurisdição Constitucional Democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado** – Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ONCOVILLE. Disponível em: <<http://www.oncoville.com.br/oncoville/>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

PIMENTA, Tânia Salgado. **Entre sangradores e doutores: práticas e formação médica na primeira metade do século XIX** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622003000100007&lng=pt&nrm=iso#nt11>. Acesso em: 02 abr. 2016.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o Serviço Público**. Editora Forum. Belo Horizonte, 2011. Prefácio: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIRES, Maria Raquel Gomes Maia; DEMO, Pedro. **Políticas de saúde e crise do Estado de Bem-Estar: repercussões e possibilidades para o Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902006000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 abr.2016.

PIRES, Maria Raquel Gomes Maia; DEMO, Pedro. **Políticas de saúde e crise do Estado de Bem-Estar: repercussões e possibilidades para o Sistema Único de Saúde**.

PORTAL APRENDE BRASIL. **Epidemias**. Disponível em: <<http://www.aprendebrasil.com.br/especiais/revoltadavacina/epidemias.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

PRORAD. Disponível em <www.prorad.com.br/index.php?data=downloads.php>. Acesso em: 07 ago. 2016.

SARLET, **Ingo Wolfgang**. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAÚDE E SOCIEDADE. **Políticas de saúde e crise do Estado de Bem-Estar**: repercussões e possibilidades para o Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7484>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

SAUDE SOC. [on-line]., v.15, n.2, p.56-71, ISSN 1984-0470, 2006.

SCHWARZ, Germano. A Dimensão Prestacional do Direito e o Controle Judicial de Políticas Públicas Sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 45, n.177, jan./mar. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014,.

UNSCEAR. Disponível em: <<http://www.unscear.org>>. Acesso em: 07 ago.2016.

WARAT. Luís Alberto. **O abuso estatal do direito**. CPGD/UFSC/1990. Universidade Federal de Santa Catarina: Centro de Pós-Graduação de Direito, 1990.