V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

DIREITO À SAÚDE COMO MANIFESTAÇÃO DE VIDA-DIGNA

RIGHT TO HEALTH AS EXPRESSIONS OF LIFE-WORTHY

Juliana Cristina Borcat [1]
Alinne Cardim Alves Martha [2]

Resumo

O mundo evolui em novas descobertas tecnológicas, pesquisas médicas, cura de doenças, que não são disponibilizadas a toda a população, gerando um problema social. Assim o Estado descumpre o compromisso assumido na Constituição Federal. No Brasil, país marcado pela desigualdade, é complexo tratar de direitos sociais, pois há muito o que ser feito. Se a saúde é dever do Estado e direito do cidadão, por que não vem sendo aplicada de forma universal e igualitária? Sem o mínimo à saúde como oferecer uma vida-digna à comunidade? Cita-se, um caso concreto em que pessoas passaram a ser vítimas da omissão Estatal.

Palavras-chave: Saúde, Vida-digna, Omissão do estado

Abstract/Resumen/Résumé

The world evolves into new technological discoveries, medical research, curing diseases, which are not available to the entire population, generating a social problem. Thus the state violates the commitment of the Federal Constitution. In Brazil, marked by inequality, is complex dealing with social rights, for there is much to be done. If health is the duty of the State and the citizen's right, why it has not been applied universally and equitably? No minimum health and offer a life-worthy to the community? It will be showed a case where people have become victims of State failure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Life-worthy, Omission of the state

[1] Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Ite-Bauru. Graduada em Direito pela Ite Bauru. Professora Universitária. Coodenadora de pesquisas e trabalho de curso da Faculdade Barretos (FB). Advogada.

[2] Mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela UniversitáDegli Studi di Pisa. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela ITE-Bauru. Advogada

INTRODUÇÃO

O direito à vida sempre esteve presente no sistema jurídico brasileiro e ganhou força com o desdobramento de princípios na Constituição de 1988, trazendo como marco o conceito de bem-estar social, que está em harmonia com o direito à vida e à saúde. Veja-se que o direito à saúde integra o direito à vida que por sua vez integra a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, o direito à saúde é indissociável à vida-digna.

A Constituição Federal consagrou a saúde como política social (artigo6º), sendo direito de todos e dever do Estado (artigo 196). Trata-se de política de relevância (artigo 197), parte da seguridade social (artigo 194), devendo ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta mediante recursos provenientes de orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 195 e parágrafos 1º e2º, I, II e III do artigo 198), além de contribuições sociais (I, II e III, do artigo 195) e outras fontes (parágrafo primeiro e artigo 198). Jamais pode ser reservada apenas e na quantidade que alguém possa individualmente financiar, mas na medida das necessidades do indivíduo e da coletividade (II, do artigo 198). É direito universal, ou seja, é direito de todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no Brasil, sendo um direito fundamental, com aplicação imediata (§1º, do artigo 5º, da Constituição Federal).

A qualidade de vida faz parte do direito do cidadão de ser menos doente, de ter acesso a uma vida saudável e um meio ambiente equilibrado. A proteção ao direito à saúde como manifestação de uma vida-digna é um tema muito relevante; pois, sem o acesso aos bens da saúde é impossível atingir uma vida-digna.

1 PRINCÍPIO A VIDA DIGNA

O princípio à vida-digna é um direito da ordem do "dia", em que inúmeros estudiosos de diversas aéreas têm se mostrado preocupados com as alternativas a serem implantadas na busca de uma sociedade com menos miseráveis[1], menos preconceituosa, com mais segurança,

[1] Contribuindo para o debate das alternativas de políticas públicas ao analisar as políticas de distribuição e comercialização de alimentos in natura na cidade de Rio Claro, interior de São Paulo, e como aperfeiçoá-las através de incentivos ou mesmo da intervenção do poder público municipal, foi o objetivo do projeto desenvolvido pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas em Alimentação(Nepa) da Unicamp, financiado pela Fapesp, sob a coordenação do professor WalterBelik, do Instituto de Economia.Segundo ele, um dos problemas constatados pela pesquisa, concluída no final de2001, foi o fato de as compras de alimentos efetuadas pelo governo municipal, por exemplo, não levarem em conta o que se produz no próprio município. "No caso de

mais desenvolvimento e atendimento especializado à saúde e educação a todos, com um olhar de cuidado do Estado, que infelizmente até o momento está marcado pela omissão e cegueira.

Quando se fala em vida-digna entende-se que estão presentes vários instrumentos de proteção. Assim, a existência digna é a vida humana tendo respeitada a sua dignidade, o homem preservado como sujeito de direitos para superar as limitações de uma vida em sociedade. Quando se fala em vida-digna, tem-se diversos direitos fundamentais em voga, sendo o seu conceito mais amplo do que mera subsistência.

Manter uma existência digna é dar condições ao ser humano de não perder a capacidade de autodeterminação e de ser sujeito e não ser comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros. Desta forma, não são apenas os bens materiais que contam para a proteção da vida-digna, mas também a proteção constitucional dos direitos, mantendo os direitos já existentes e trabalhando na promoção e efetivação dos demais.

O direito de todos e de cada um a uma vida-digna é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório. (BARROSO, 2013).

As pessoas, portanto, buscam a efetivação de seus direitos na medida em que o conteúdo dos mesmos adquire importância social e cultural, seja pela busca da sobrevivência, ou pela conscientização de que os direitos tem legitimidade de serem pleiteados. Assim, sua identidade humana constrói-se em inter-relação social, em conexão com o meio, as

---

Rio Claro, que é forte na produção de laranja, o suco consumido na merenda escolar é feito de laranjas adquiridas na Ceasa de Campinas. E o município é bastante representativo daquilo que ocorre em todo o Brasil nessa área", informa Belik.O professor explica que as prefeituras, de uma maneira geral, gastam burocraticamente com a merenda escolar, ou seja, cumprem apenas o ritualdas licitações, sem a preocupação com soluções criativas que possam reduzir o custo e melhorar a qualidade dos alimentos. Também desconhecem como funcionam os circuitos de abastecimento do setor varejista – redes de supermercados,mercearias, sacolões etc. –, que sofreram muitas transformações nos últimos anos. Para que as prefeituras possam orientar os agricultores de seus municípios, visando sua nova inserção nos canais de distribuição, é necessário fomentar alianças que possam estimular o desenvolvimento de redes locais de fornecedores. Essas redes, por sua vez, devem garantir qualidade,escala de fornecimento e regularidade na entrega."Uma boa saída para a formação dessa rede de fornecedores hortifrutis seria o apoio na estruturação de uma central de distribuição ligando agricultores e pequenos varejistas. Além disso, as prefeituras têm um papel fundamental como desencadeadoras de políticas agrícolas, a mesmo tempo que são consumidores institucionais de peso na aquisição de produtos para a merenda e programas sociais", acredita Belik. No caso de Rio Claro, a prefeitura é responsável pelo suprimento de 55 mil merendas por dia. Para o pesquisador, o nível municipal de governo é aquele que reúne as melhores condições de intervir diretamente na qualidade da alimentação da população. "Hoje, por exemplo, existe uma febre de restaurantes populares públicos. Outro exemplo positivo são os programas de complementação de renda. Se cada prefeitura desenvolver políticas específicas para os mais pobres, com certeza os resultados serão mais eficazes, até mesmo pela proximidade do problema", salienta. Suprir as demandas das camadas mais pobres da população, aliás, faz parte do conceito de segurança alimentar, que responsabiliza o Estado – em seus três níveis de governo: federal, estadual e municipal – como provedor de alimentação para sua população. "O direito à alimentação foi incluído recentemente na Declaração Universal dos Direitos Humanos", lembra Belik. (APUD RIOS, 2013).

necessidades das pessoas, tendo em vista sua identidade individual e social, irão estabelecer-se no contexto concreto onde vivem e na busca permanente por tal satisfação.

Podem ser citados vários momentos e diversos direitos dos seres humanos que precisam ser atendidos pelo Estado para que se alcance a finalidade do bem estar no meio social em que vive.

Todavia, sabe-se que a previsão dos direitos foi citada de forma extensa na Constituição, ocorre porém que os direitos não se somam, ao ponto de que sempre o Estado se omite em uma questão fundamental ao desenvolvimento e proteção daqueles que dependem da sua assistência.

Alguns direitos que podem ser citados: o direito ao nome (quando ao nascer a criança tem o direito de ter um nome e pertencer a um país; o direito à saúde; o direito ao acesso à justiça; o direito a não discriminação; o direito à educação; o direito ao lazer; o direito à proteção (ao desenvolvimento desde criança; eliminando-se os maus tratos; e as omissões e negativas do Estado); o direito à profissionalização; o direito à liberdade de pensamento; o direito à convivência familiar; o direito à cultura; o direito ao meio ambiente sadio; o direito à expressão e acesso à informação; o direito aos cuidados especiais para as pessoas com deficiência; o direito ao ensino fundamental, ao vestuário, à moradia, dentre outros.

Os direitos de segunda geração constituem o mínimo necessário para uma vida-digna. Sem trabalho, alimentação, saúde, moradia, segurança, educação e lazer jamais se alcança uma existência digna, uma vivência respeitada e valorizada simplesmente pelo fato do ser humano existir. E o Estado brasileiro deixa raízes na proteção, no respeito e no compromisso de assegurar a todos uma vida-digna. (HABERLE, 2005, p. 125)

Na mesma direção, Ingo Wolfgang Sarlet equipara vida saudável à vida digna, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, já que é no direito à saúde, que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para além do direito à vida, o direito à saúde encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, exigindo-se igualmente posições jurídicas de fundamental idade indiscutível. (1998, p. 296)

A Constituição determina a concretização de uma gama elementar mínima de direitos, sem os quais a própria existência do ser humano, como tal considerado, é colocada em perigo.

O Estado é o responsável por proporcionar o acesso aos serviços de saúde aos cidadãos. Com relação à saúde, deve-se refletir em serviço público com características

específicas, pois surge como uma das formas de garantia do direito à vida localizada no caput do artigo 5º, da CF, caracterizando-se como cláusula pétrea. Essa previsão, expressa pela primeira vez dentro de uma Constituição no país, representa um avanço significativo nas relações sociais, na medida em que impede a possibilidade de o legislador e administrador criarem alguma situação que implique esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional.

Trazendo a concepção do termo vida-digna ao tema discutido nesse trabalho, em termos do direito à saúde, devem ser respeitadas algumas premissas de acordo com Maria Claudia Crespo Brauner (2003, p.159):

Por isso, a formatação, em nível internacional, de princípios regradores de tais intervenções biomédicas, biocientíficas, basicamente consistentes nos seguintes:

a) Beneficência: que implica fazer o bem ao paciente, e que é considerado o critério mais antigo da ética médica, enunciado no princípio hipocrático da medicina, onde o compromisso do médico é fazer o bem ao paciente, restabelecendo sua saúde;

b) Autonomia: o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, o que corresponde a dizer que, no gozo pleno de seus direitos, o paciente deve decidir o que é melhor para si, buscando a concordância de seu médico;

c) justiça: garantia a todos de uma distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios da ciência, oferecida amplamente pelos serviços de saúde;

d) alteridade: considera a pessoa como fundamento de toda reflexão da bioética;

e) sacralidade da vida humana: atribuindo valor e respeito à vida.

Todo esse panorama apresentado pelo autor demonstra que os direitos do homem passaram a ser regulados lado a lado aos princípios e normas do Direito. Em termos de prestação de saúde para a conquista de vida com dignidade, os direitos à igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e o acesso a todas as inovações cientificas da saúde devem ser respeitados.

Isso traduz a necessidade de que todas as pessoas que vivem na terra e de que todos os governantes percebam que a saúde é indispensável o desenvolvimento do ser humano, sendo intolerável a omissão do Estado no fornecimento de uma vida-digna. Quando se fala em saúde, não se fala apenas em ausência de doença, mas também em direito a um meio ambiente equilibrado, saneamento básico, fornecimento de água potável, cidadania, dentre outros.

Vida-digna é equivalente a uma vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana: o completo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade.

Pensar-se no que é qualidade de vida[2], é bem subjetivo, pois envolve aspectos individuais, e não é apenas o direito a uma sobrevida, mas a uma vida boa (saúde, amor, sucesso, conforto, alegrias, enfim, a almejada felicidade).

A omissão do Estado no fornecimento dos serviços básicos à saúde, como tratamentos médicos; investimentos em novas ciências; construção de novos hospitais especializados, entre outras soluções urgentes a serem implantadas, podem retirar a vida-digna de alguém. Essa falha na promoção das políticas públicas não tem evitado anomalias de pequeno porte, as quais facilmente seriam contornadas. O Estado tem colaborado assiduamente para o agravamento da situação fática da saúde dos indivíduos que deixam de ser submetidos a um tratamento especializado ou são colocados em um local onde não existem especialistas. Isso tem causado o aumento do número de pessoas dependentes do Estado, o qual além de lhe retirar a condição de vida-digna, não consegue supri-la.

A falta de informação à população também se constitui em causa de ofensa à vida-digna, pois sem informações sobre o tratamento a ser realizado, muitas vezes as pessoas vão à óbito. O Estado não fornece os locais, tipos e espécies de tratamento quando se depara com alguma pessoa com algum tipo de anomalia, a qual nesta ocasião, sem dignidade,fica sujeita à invisibilidade do Estado, quando o mesmo deveria oferecer um tratamento para alcançar uma vida-digna.

O Estado não investe em tratamentos preventivos e campanhas da saúde, como orientações sobre vacinas, ultrassons e alterações genéticas manipuladas. Para ter acesso ao mínimo os cidadãos precisam,muitas vezes, buscar o crivo do Judiciário, reclamando sempre o respeito à vida-digna.

Em vista disso, é necessária a efetivação de todos os direitos relacionados à saúde para que qualquer cidadão tenha uma vida-digna, possibilitando que elas nasçam com os mesmos propósitos, sem nenhuma relação de derivação.

[2] Aplicando a teoria de John Rawls, noção de qualidade de vida, apareciam diversos critérios de justiça para implantação de políticas públicas. O autor resume que o justo prevalece sobre o bem, preferindo-se organizações sociais que tendam a corrigir permanentemente as desigualdades naturais, para restabelecer a igualdade de oportunidades e a liberdade de cada um. Se as doenças são tipicamente injustiças naturais, estão injusto seria negar tratamento médico a quem foi atingido pela falta de sorte. Sem chegar aos extremismos da aplicação dessa ideia, o termo da igualdade deve suplantar o princípio utilitarista da eficácia, quer dizer, o justo deve prevalecer sobre o "bem maior". Isso iria ao encontro da ética profissional que prescreve ao médico dedicar-se seu tempo e sua atenção igualmente a todos os doentes que ele pode tratar e aqueles por quem ele nada pode fazer.

2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Entre as nossas Constituições, a de 1988 foi a mais relevante no tocante às conquistas de direitos fundamentais, dedicando a Seção II, do Capítulo II, do Título VIII, integralmente para tratar da saúde. Além disso, é possível verificar por todo o texto constitucional menções expressas ao direito à saúde[3].

A Constituição Federal em seu artigo 196ºestabelece que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação[4].

O artigo confirma que é direito de todos os cidadãos, associando deveres estatais, primeiramente na defesa de atenção básica em geral, que dependem de políticas públicas de controle, que busquem também outras medidas. O artigo também não restringiu apenas os atos coletivos, mas também garantiu o atendimento individual ao cidadão.

A saúde por outro lado é caracterizada pelo artigo 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados. O direito à saúde surge do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Com análise do Capítulo da Ordem Social na previsão central do artigo 196 da CF, afirma-se que o direito à saúde se caracteriza pela justiça social como finalidade em busca do bem estar social.

É necessário, também, situar o direito à saúde, dentro do quadro da seguridade social, nos termos do artigo 194, CF (onde destina-se assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social). Quando se refere à seguridade social, compreende-se um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A sua finalidade é de resguardar o indivíduo contra as consequências de um risco social. Enquanto a saúde e a assistência social são baseadas essencialmente na universalidade, destinando-se a quem delas necessitar, o sistema previdenciário é contributivo, exigindo que o indivíduo verta contribuições a fim de futuramente poder usufruir de algum benefício.

---

[3] 5º, 7º, 22, 23, 24, 30, 35, 37, 40, 167, 170, 182, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 208, 220, 225, 227, 230, 231 e nos artigos 17, 53, 55, 71, 74, 75 do ADCT, alguns dos quais serão aqui estudados.

[4] A saúde é um direito de 'todos' e não somente gratuito para os pobres. Por que se assim for, passará a ser caridade e a qualidade se perderá.

O artigo 198 traz a forma de organização do sistema no que diz respeito às ações e serviços de saúde: como é o caso da descentralização com relação aos níveis de governo, envolvendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios no tange ao atendimento integral à saúde.

Não se pode olvidar a importância dos tratamentos preventivos e participação da comunidade, para que se deixe a visão da individualidade e se caminhe para uma comunidade voltada ao pensamento coletivo. Nessa mesma linha há previsão quanto às regras de financiamento do SUS, impondo obrigações a todos os entes da Federação, guardando relação com o princípio federativo – artigos 1º,18 e 60, parágrafo 4º, I, todos da CF/88.

Cumpre observar que enquanto as Constituições anteriores silenciavam sobre o tema saúde pública, a palavra "saúde" é encontrada quarenta vezes na Constituição da República, sem contar outras quinze no Ato das Disposições Transitórias.

Nas palavras de Sueli Dallari, o conceito de saúde apresentava-se em duas correntes. Umas delas com enfoque na relação de dependência com variáveis como o meio ambiente, alimentação ou o trabalho; outra, contemplando a saúde como ausência de doenças. (2009, p.116).

Portanto, quando se fala em saúde, isso não quer dizer apenas atendimento médico hospitalar, mas envolve também alimentação, moradia, saneamento básico, lixo urbano, poluição sonora, meio ambiente, trabalho, educação, renda, acessos aos bens e serviços essenciais, ou seja, a busca do equilíbrio ambiental, do modo de vida. Todos esses temas devem ser debatidos, pois vive-se em um país marcado pela marginalização das classes sociais, atingidas pela densa miséria.

Ressalta-se, então, a ausência de doenças no conceito de direito à saúde. Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo:

> Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à preservação de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à preservação de doenças é, consequentemente, parte do direito à saúde. O direito à saúde não significa apenas o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente. .(apud SILVA JUNIOR, 2012, p.22)

Já para José Luís Bolzan de Morais, o núcleo central do conceito de saúde estaria na ideia de qualidade de vida que, para além de uma percepção holística, apropria-se dos conteúdos

próprios às teorias políticas e jurídicas contemporâneas, para ver a saúde como um dos elementos da cidadania como um direito à promoção da vida das pessoas. (apud FIGUEIREDO, 2007, p.81)

A Constituição Federal de 1988aborda em diversos dispositivos a expressão “saúde”, citada, como garantia e dever do Estado, embora somente com a leitura desses artigos não se possa ter a noção exata do que é a saúde.

Na Constituição de 1988 a saúde, se apresenta como a área que mais mudou: a) alterou o conceito de saúde –como um processo de convergência de políticas públicas, econômicas e sociais; b) a saúde como direito de cidadania e dever do Estado; c) a estratégia do SUS como profundo reordenamento setorial – novo olhar e atuação sobre a saúde individual e coletiva; d) a construção de um novo modelo de saúde; e) a descentralização das ações para a esfera estadual e municipal, delegando poderes para a formulação de políticas de saúde de acordo com as prioridades locais; f) a democratização do poder local, mediante o estabelecimento de novos mecanismos de gestão, por meio dos conselhos. Isso devido a incorporação do princípio da universalidade, que ampliou o acesso de toda a população.

Conforme a Lei n. 8.080/90, que regula a promoção, proteção e recuperação, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes tanto no âmbito público, como privado, o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício pleno(artigo2º).

Também podem ser citadas as Leis n. 8.142/90 (Lei que regula a participação da comunidade na gestão do SUS) e n. 8.212 (Lei de Organização da Seguridade Social), que tem por objetivo prevenir, minimizar ou punir as consequências das ações que afetam a saúde humana.

O direito à saúde, como citado na Lei Orgânica da Saúde, é uma norma de direito fundamental, portanto, deve ter eficácia e efetividade possível, possibilitando sua direta aplicação na garantia de direitos e deveres dos indivíduos. No âmbito do sistema do Direito Constitucional positivo nacional – todos os direitos são fundamentais, tenham sido eles expressamente ou implicitamente positivados.

A saúde seria, então, respeitar, proteger e programar. Assim, deve ser respeitadaa vida dos indivíduo, não diminuindo em nem retirando dele a saúde. A proteção está vinculada com a ideia de resguardar as saúde dos indivíduos contra terceiros, bem como proteger com penalidades e sanções. E, por fim, a implementação de políticas públicas voltadas para a materialização da cidadania, vida-digna, promovendo o bem de todos em prol de uma sociedade mais justa e fraterna.

3 OMISSÃO DO ESTADO

Na Constituição de 1988 começam a surgir embriões dos princípios da solidariedade, fraternidade, igualdade, democracia, dentre outros. Embriões porque muitos deles, apesar de ter sua semente plantada na Constituição, não vingaram ou não floresceram como esperava a humanidade. O cenário atual do constitucionalismo infelizmente está à mercê de uma sociedade onde todos os indivíduos são respeitados pelas suas diferenças e alcançaram uma vida-digna.

A sociedade de forma ordenada vai se dividindo em grupos, que se diferenciam de acordo com a vontade do seus integrantes, sofrendo influências de desejo, interesses e convicções.

A Constituição poderia ter sido mais breve, porque não importa o seu tamanho, importa sim que ela olhe para o futuro do seu país bem como para suas necessidades de organização, sem constar promessas que nunca irão ser cumpridas. A Constituição deveria ter sido baseada na história brasileira, sem copiar achismos e teorias estrangeiras que não terão legitimidade real.

Os cidadãos criaram expectativa de um futuro digno fundamentado com o surgimento da modernidade, o que trouxe a certeza de que todos os indivíduos são homens, mas poucos são cidadãos.

Nessa “era moderna” pergunta-se: qual é a condição para se ter uma vida-digna? O tema é de grande complexidade jurídica a ser analisada.

A Constituição de 1988 foi fundada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que a pobreza deveria ser erradicada, bem como a marginalização e as desigualdades sociais. Ter-se-ia um Estado o qual promovesse o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade. Ao consultar a Constituição Brasileira, encontra-se um rol considerado de direitos nascidos do novo Estado Democrático, como por exemplo, o direito à saúde, à educação, à assistência social etc.

É papel do Estado Social controlar os riscos da pobreza eda marginalização, não podendo colocar este ônus para a sociedade. Sua responsabilidade é criar e manter as necessidades pessoais dos indivíduos. Helmut Wilkeafirma que “em uma sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada”.(apud SCAFF, 2003, p.171).

A positivação dos Direitos Fundamentais, como justificativa para a existência do Estado Democrático e Social de Direito, impõe a necessidade de reconhecimento de tal

realidade. Trata-se da situação de vulnerabilidade absoluta dos seres humanos pelas condições de miséria em que vivem nas periferias das grandes cidades ou nas zonas rurais esquecidas. Ou da situação das instituições prisionais, em que sobrevivem resilientes pessoas, cujo o universo e perspectiva de vida, muitas vezes, não ultrapassa os muros da segregação.(COSTA, 2012, p.119)

A dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria e a realização da democracia participativa, vai além da lei, o que compreende a implementação de programas cumulativos para o desenvolvimento da vida-digna.

Ocorre que a realidade passa a ser mais atingida com as falsas promessas da modernidade são os indivíduos mais vulneráveis.

Nas palavras de Gustavo Zagrebelskyem sua obra Democracia e Constituição, escrita em Madrid em 1991, disserta:

> *Tienerazón Hans-Peter Schneider cuandoescribe: La Constituciónposee, más bien, carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para lacomunidad política orientado haciael futuro ... y, por ello, siempretiene algo de utopia concreta. De ello, resulta laorientación finalista deldirecho constitucional conrespecto a determinados pensamientosorientativos, directivas y mandatos constitucionales, que reflejanesperanzasdel poder constituyente y prometen una mejora de las circunstanciais actuales; es decir, que van más allá de registrar solamentelas relaciones de poder existentes. Tales objetivos de laconstituciónsonlarealización de una humanidad real enlaconvivencia social, elrespeto de la dignidade humana, el de lajusticia social sobre la base de lasolidariedad y enel marco de la igualdade y de lalibertad, lacreación de condiciones socieconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como eldesarrollo de. unaconciencia política general de responsabilidad democrática. Estoscontenidos de laconstitución, lamayoría de lasveces, no están presentes enlarealidad, sino que siempreestánpendientes de una futura configuración política [...] laconstitución [...] se produceactivamente y se transforma enpraxisautónomamenteenvirtud de laparticipación democrática enlasdecisionesestatales*[5].(apud COSTA, 2012, p.122)

[5] Traduzindo: "Ele está certo, Hans-Peter Schneider, quando escreve: A Constituiçãotemmodelo de personagembastante amplo, é um modelo de vidapara acomunidade políticaorientada para o futuro...e, por conseguinte, sempretemalguma utopiaconcreta.A partir daí,éa orientaçãofinalistamédio direitoconstitucionalsobredeterminadaorientaçãopensamentos, diretrizesemandatos constitucionais, refletindo as expectativas depoder constituintee prometemuma melhoria nascircunstanciaisatuais,ou seja,além degravarapenas as relaçõespoderexistentes. Estes objectivosda Constituiçãosão a realizaçãode uma verdadeirahumanidadeem termos sociaisrespeito,Dignidadepara a humanidadeedejustiça socialcom base nasolidariedadee no âmbitodaIgualdadeeliberdade, criando condições socioeconômicaspara a auto-realização ea emancipaçãoedesenvolvimento humano.responsabilização democráticaconsciência políticageral.Estes conteúdosda Constituição, na maioria das vezes, não estão presentesna realidade, massempre estão conscientesda futuraconfiguração política[...] a Constituição[...] está ativamenteproduzida etransformada empráticade forma autônomacoma participação democráticanas decisõesdo governo. (Tradução de Miguel Carbonell, 2005, 10. ed. São Paulo: Ed. Trotta S.A., p. 10).

A omissão do direito à saúde é chamada pela doutrina de dimensão negativa do direito à saúde, pois implica em uma conduta omissa, de não fazer do Estado, quando deveria fazer. Falta, no Brasil, prioridade, nos atendimentos, principalmente a crianças e adolescentes, idades em que os ricos de surgimentos de novos problemas sociais seriam minados.

É inegável a crise de identidade que os direitos fundamentais e os direitos humanos vêm enfrentando na medida em que o mundo se torna globalizado. A cada novo contexto social, acabam-se perdendo direitos antes conquistados, surgindo a necessidade de se alcançarem novos direitos e novos patamares para a consagração de uma vida-digna.

Para Ana Paula Costa Motta:

> Em meio de tantas contradições insuperáveis e opções políticas que geram contraste e exclusão, o desafio está em vislumbrar como é possível criar as condições para que as pessoas em especial vulnerabilidade sejam consideradas como prioridade absoluta, desde sua condição peculiar de desenvolvimento. Em última instância, o reconhecimento dos sujeitos adolescentes e de sua proteção normativa parece depender de uma mudança de atitude social, a qual se reflete na forma de intervenção do Estado. (2012, p.24)

O palco da vida real tem apresentado uma cena comum, onde pessoas são encontradas agrupadas em corredores de hospitais, sem o mínimo de cuidado e amparo, esperando por horas e ou dias para ser atendido, o que fere uma gama mensurável de direitos dos homens.

Os gestores não se preocupam se os poucos direitos que estão sendo fornecidos estão sendo efetivos ou suficientes para a realidade atual. Eles criam leis, mas não verificam se elas estão sendo úteis para a sociedade em determinado momento histórico. Inexiste qualquer mecanismo de fiscalização. Assim, fiscalizar, planejar e executar são verbos que não fazem parte do vocabulário dos governantes. Na maioria dos casos em que se verifica alguma ação concreta é para a autopromoção de sua imagem.

Aqueles que dependem única e exclusivamente do Sistema Único Saúde para terem acesso aos direitos, precisam ir à justiça, entregando suas vidas e o desenvolvimento social e psíquico nas mãos do magistrado. Este fato decorre da omissão legislativa[6] e executiva que

[6] O legislador deveria ter o "dever" de legislar, mas muitas vezes não faz, ficando em cima do muro em diversos assuntos, episódio este que abre caminhos para que o Judiciário intervenha na regulamentação dos direitos sociais. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, são deveres específicos de legislar: a) o dever de dar exequibilidade a normas constitucionais de densidade insuficientes; b) o dever de cumprir ordens de legislar, ou seja, determinações concretas e não permanentes, como a organização do Tribunal Constitucional; c) o dever de atualizar e aperfeiçoar as normas legais; d) o dever de reparar omissão legislativa parcial, em ofensa à igualdade. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21). Para Jorge Pereira da Silva: a) o dever de concretização de normas constitucionais; b) o dever de proteção de direitos fundamentais; c) o dever de correção ou adequação de leis

impera hoje no Brasil. De fato, às avessas os direitos vêm tentando se firmar, por meio de casos concretos.

Na defesa de maior humanização social é imprescindível o fortalecimento da solidariedade e da fraternidade, para que esses princípios passem a fazer parte das decisões judiciais, produzindo decisões mais sensíveis para o caso em debate, para a vida em questão.

Caso o Magistrado verifique inconsistência ou imprecisão na lei, deverá se decidir utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito, em atendimento ao artigo126 do Código Processo Civil.

A busca pela satisfação da obrigação estatal, pode ganhar contornos de internacionalidade, tendo em vista que, o Brasil faz parte Corte Interamericana de Justiça. Assim, quando o direito não é reconhecido internamente, é possível o acionamento dessa Corte Internacional.

Neste sentido, o artigo 2º da Convenção Interamericana de direitos humanos reza:

> Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo1º ainda não estiver garantido pôr disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições dessa Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Ademais, completa o artigo 25 dessa Convenção: "Os Estados estão obrigados a garantir a possibilidade de apresentação de recursos perante os tribunais competentes que amparem as vítimas de violação".

Não poderia ser diferente, até mesmo porque, conforme apontado por Guilherme Amorim Campos da Silva:

> Um catálogo de direitos fundamentais não passará, porém, de letra morta se não se fizer acompanhar de mecanismos jurisdicionais efetivos e eficazes para assegurar o seu respeito e fazer valer a sua exigência perante todas as instituições que estão constitucionalmente obrigadas a realizá-las. (2005, p.296).

O Estado, diante da previsão constitucional do artigo 174, deve se planejar para cumprir os deveres intitulados na Constituição Federal, como segue:

---

vigentes; d) o dever de reposição da igualdade violada (Dever de legislar e de proteção jurisdicional contra omissões legislativas, contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. (SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas, contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 21). Assim, o legislador tem o dever de legislar, violado esse dever, gera omissão, o que não é novidade no Estado Social de Direito.

> Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

O artigo confirma a obrigação de fiscalização, planejamento e incentivo, três ações que não são realizadas atualmente. O planejamento envolve o poder legislativo e vincula os planos orçamentários de acordo com as bases constitucionais. Essa atitude aumentaria mais a transparência e controle sobre os gastos públicos, o que em longo prazo, haveria enorme mudança.

Devem-se construir novos caminhos para sanar as passagens da Constituição que não têm norma constitucionalizante. Após uma experiência de mais de 25 anos, a Constituição Brasileira encontra-se no auge da sua crise. Por isso, é hora de aceitar o novo e valer-se das experiências da humanidade.

4. CASO CONCRETO: INDIVÍDUOS COM FISSURA LÁBIO PALATINO

As fissuras congênitas de lábio e palato são as mais frequentes malformações faciais. As pesquisas sobre sua ocorrência têm estudado fatores etiológicos e da eventual influência de raça, sexo, idade dos pais, condições sociais de vida, ação de drogas, entre outras.

Segundo Souza Freitas as malformações congênitas de lábio palato constituem grave problema médico-odonto-sociais, ocupando lugar de destaque dentre os demais processos patológicos de mesma natureza. Como as demais malformações da face, as do lábio palato só encontram explicação para seu mecanismo de formação através da embriologia. (1977 p.2)

O Brasil conta com um modelo de assistência na área da saúde inadequado à realidade sociocultural da população. As instituições se organizam por tipo de deficiência com critérios rígidos de elegibilidade, deixando de ser preocupar com os incontáveis e crescentes casos de múltiplas deficiências, por não se enquadrarem em padrões estabelecidos.

Diante desse quadro, a assistência médica especializada fica mais aquém do que nunca, diante de um Estado que não vêm conseguindo atingir a saúde de baixa complexidade, quiçá os problemas mais complexos. As justificativas são inúmeras, como cortes de tetos financeiros, atrasos nos pagamentos dos serviços prestados, a demora na implementação das portarias que garantiriam anualmente o orçamento para novos programas.

Concluindo-se, narra-se a história do fantasma da ópera:

O ano de 1986 foi marcado por rumores de que um fantasma assombrava a ópera de Paris. Nos subterrâneos daquele teatro vagava um ser de face desfigurada, que se escondia enquanto alimentava seu amor por uma atriz da época. O Fantasma da Ópera, como ficou então conhecido, era, na verdade, gênio musicalmente talentoso, que consumia entre seu amor e a impossibilidade de vivenciá-lo e entre seu dom e a dificuldade de exercê-lo. Sua genialidade, seu talento e sua dedicação pela mulher amada eram camuflados pelo estigma e pela vergonha causada por sua malformação facial. Mesmo vivendo sozinho e recluso, o Fantasma usava uma máscara que disfarçava sua face defeituosa, escondendo suas cicatrizes até mesmo de si própria. Corroído pelo amor e pela impossibilidade de expressar o seu talento, o fantasma da ópera era, antes de tudo, um ser humano atormentado por um defeito facial que limitava sua vida, sua obra e sua interação social. Mas, nem por isso menos apaixonado. Sem os recursos necessários para reabilitar sua malformação, acabou por ter um fim trágico, perdendo o amor de sua vida e privando o mundo de sua obra e de seu talento.

Esta bela ficção, escrita pelo Francês Gaston Leroux e transformada em musical pelo inglês Andrew Lloyd Weber, ilustra os estigmas e os complexos que a malformação facial não reabilitada pode trazer a um ser humano. O defeito fácil do fantasma da ópera é muito semelhante aos defeitos dos pacientes de fissura lábio palatina. Um e outro carregam na face uma falha da natureza e no coração, suas consequências.

A história mostra como o Estado pode contribuir para que os indivíduos não precisem viver uma vida subterrânea. Que os fantasmas que teimam em vagar pelas mentes e corações desses pacientes se tornem apenas pequenas lembranças do defeito que um dia marcou suas faces.

CONCLUSÃO

O Estado, embora devesse ser forte, intervencionista e regulador, fazendo *jus* a sua denominação Estado Democrático de Direito, tem se demonstrado fraco, omisso e irregular. Ademais, o Brasil está inserido em um contexto periférico, com graves problemas de infraestrutura imediatos, o que torna a efetivação de certas normas constitucionais inviáveis. O Brasil não se torna um Estado Democrático de Direito unicamente com a promulgação de textos normativos, ou seja, apenas de fato, é necessário muito mais.

Quer-se com tal afirmação denunciar o caráter meramente retórico da dogmática jurídica, sobretudo de um tipo inacabado de dogmática, característica de sociedades complexas, como é o caso do Brasil, tendo em vista a dificuldade dos entes federativos equalizarem as

questões sociais. A complexidade precisa ser controlada e a jurisdição constitucional tem papel importante nesse desiderato, a ponto de declarar a concepção de constituição a partir da concepção de jurisdição constitucional.

Parece um disparate falar que não existe jurisdição constitucional no Brasil. Existe estrutura de jurisdição constitucional, pois há litígios e decisões; mas o que se demonstra é a falta de jurisdição mais resoluta, tendo em vista as omissões e contradições daqueles que detém o poder. Após 25 anos de Constituição Federal - CF, os direitos dos brasileiros tem um sentido bem literal. A concretização da Constituição por meio da jurisdição constitucional não irá resolver os problemas, pois não se pode dar a ela o status de “novas esperanças” para resolver questões da previdência, da saúde, da educação, entre outras.

Assim, verifica-se que existem limites claros à eficácia dos direitos fundamentais no campo da saúde, como a reserva do possível, escassez de recursos, o mínimo vital, conteúdo programático das normas que trazem tais direitos, a discricionariedade do administrador público para as escolhas orçamentárias, possível conformação da norma constitucional definidora de um direito social que, por juízo de ponderação, inviabilizaria, em parte, a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, capital financeiro –, fatores que devem ser analisados de forma mais apurada.

Não menos limitador é a crise funcional do Estado, que se apresenta atualmente, incapaz de cumprir de forma ordenada e centralizada as funções tradicionais componentes do poder político frente ao fenômeno de aumento da complexidade e litigiosidade das relações sociais, que demandam respostas em um tempo real cada vez mais instantâneo.

Isso vem causando mudança de comportamento social, inclusive forçando a mudança de paradigma do Poder Judiciário, uma vez que passou a exercer sua jurisdição cada vez mais para a materialização de projetos constitucionais, especialmente com relação à proteção dos direitos fundamentais, protegendo-os contra os possíveis arbítrios, inércias legiferastes e executivas.

A sociedade acaba por traçar outros caminhos para exigir do Estado principalmente prestação dos direitos de créditos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul/set 1999b.

_____. ***Teoria de losDerechos Fundamentais*.** Madrid: *Centro de Estudos Políticos y Constitucionales*, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo horizonte: Fórum. 2013.

_____. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/_a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 23 maio 2016.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2011.

BLIACHERIENSE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de política**. 13. ed. Brasília: Unb, 2010.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. ***Direito, sexualidade e reprodução humana*; *conquistas médicas eo debate bioético***. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoavidadigna.pdf. Acesso em: 22 jun 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Direito constitucional. Portugal/Coimbra: Almedina.p.47. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988:** estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

COSTA D'AMARAL, Tereza. **Rasgaram a Constituição. Jornal da Tarde. São Paulo, 31 de dezembro de 2010.** Disponível em: http://www.ibdd.org.br/noticias/artigoteresa20%20rasgaram%20a%20constituicao.asp**.** Acesso em: 02 jun 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Humcitec, 1995. *In:* NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**:

estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Realismo e Utopia Constitucional. In: F.L.X Rocha; F Moraes (coord.), Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, 2013.

HABERLE, Peter. A dignidade como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125-125.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?Esgotamento de um modelo institucional.** Disponível em: www.tjrs.jus.br/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc. Acesso em: 05 jun 2016.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Ceará: Universidade Federal do Ceará, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Secondat Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2009. *In*: **Direitos do paciente**. AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo; LIGIERA, Wilson Ricardo Ligiera (coords.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos humanos, estado e globalização. *In*: RÚBIO, David Sánchez Rúbio; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (orgs.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. ***Derechos Humanos, Estado de Derecho*** y ***Constitución***. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p.173-183.

RIOS, Mario. **Direito à vida digna**. http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/jornalPDF/195-pag06.pdf. Acesso em: 2 jun 2016.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá. **Direito à saúde:** direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. A Reforma Sanitária e o Sistema Único de Saúde: suas origens, suas propostas, sua implantação, suas dificuldades e suas perspectivas. *In*: Ministério da Saúde. **Incentivo à participação popular e controle social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde**. Brasília: IEC, 1994..

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 296. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/12985/a-eficacia-do-direito-a-saude-como-condicao-para-uma-existencia-digna#ixzz2fm4sutfR. Acesso em: 06 jun 2016.

SILVA JUNIOR, Renê Vieira da. O paciente em juízo. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (coords.) **Direitos do paciente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde**. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/8382/o-direito-a-vida-e-as-obrigacoes-do-estado-em-materia-de saude#ixzz2U4UaDWDR. Acesso em: 25 maio 2016.

SPONVILLE, Comte-André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes.