XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

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

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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 sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-184-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o Pais atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento politico de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO,PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOVILMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGINIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

THE SEARCH FOR THE REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AS AN INSTRUMENT OF SOCIAL INEQUALITY REDUCTION AND THE PUBLIC DEFENDERS PERFORMANCE.

Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha [1]
Valquiria Nathali Cavalcante Falcão [2]

Resumo

A Dignidade da Pessoa Humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. O bem-estar humano deve ser a principal finalidade da atividade estatal e das suas políticas públicas. O Direito à Saúde é direito social fundamental, a ser concretizado mediante atuação Estatal positiva, via efetiva implementação de políticas públicas voltadas a tal mister. A Defensoria Pública assume papel essencial na formação da cidadania e no resgate da dignidade humana, ao prestar assistência jurídica aos mais necessitados na busca pela concretização do direito à saúde e na redução de desigualdades sociais.

Palavras-chave: Dignidade humana, Direito fundamental à saúde, Concretização, Defensoria pública

Abstract/Resumen/Résumé

The Human Dignity is a fundamental principle of the Federative Republic of Brazil. Human well-being should be the main purpose to State Activity and its Public Policies. The right to health is a fundamental social right, to be achieved by positive State actions, via implementation of Public Policies aimed at such a task. The Public Defender assumes essential role in the formation of citizenship and in the rescue of human dignity, to provide legal assistance to the most needy, in the quest for realization of the right to health and the reduction of social inequalities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity, Fundamental right to health, Implementation, Public defenders

[1] Mestranda em Direito da UFS. Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Graduada pela UFBA. Defensora Pública Federal e Membro do Conselho Penitenciário do Estado de Sergipe.

[2] Mestranda em Direito da UFS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Social da Bahia. Graduada pela Universidade Tiradentes – UNIT. Advogada

1) INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 alçou a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil. Assim, ficou claro o real objetivo do Constituinte Originário: o Estado deve servir ao homem; o ser humano e seu bem-estar deve ser a principal finalidade a ser alçada através da atividade estatal e das suas políticas públicas.

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana não pode ser tratada como apenas uma norma, mas, sim, como fundamento, ou seja, norma definidora de Princípios e Garantias Fundamentais, bem como de todo ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, vale ressaltar a influência determinante na Declaração de Direitos Humanos, bem como no ordenamento jurídico pátrio, da tese tomista de Maritain, que defendia o Direito Natural, cujas normas estariam enraizadas na natureza humana, que seriam conhecidas diretamente pelos homens, sem auxílio da filosofia, o que denominou de conhecimento conatural. Assim, os Direitos Humanos seriam deduzidos desse conhecimento conatural, fenômeno este que, por sua vez, também os tornaria derivados da própria experiência humana.

A Dignidade da Pessoa Humana é, antes de tudo, uma qualidade inerente ao ser humano, não podendo ser concedida, nem retirada, pelo ordenamento jurídico, mas, sim, ter sua concretização alcançada através da positivação e efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo Alexy, a dignidade da Pessoa Humana atua como um mandado de otimização, ordenando a proteção e a promoção da dignidade da pessoa, que devem ser realizadas na maior medida possível, considerando a realidade fática e jurídica existentes.

Trata-se de um valor jurídico e fundamental da comunidade, valor fonte, que justifica e embasa a existência do ordenamento jurídico. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona tanto como fundamento (fonte) dos direitos humanos e fundamentais, como também assume papel instrumental, integrador e hermenêutico, já que serve de parâmetro para interpretação e integração de outras normas constantes não só na Constituição, mas em todo ordenamento jurídico.

Nessa contextualização ressalta a importância da Defensoria Pública “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5.º da Constituição Federal”, nos exatos termos do artigo 1.º

da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública-LONDP (LC n. 80/94) e à semelhança do artigo 134 da Constituição da República.

Assim, a Defensoria Pública assume papel de instrumento de estreitamento das desigualdades sociais na medida em que, atuando na promoção dos direitos humanos, concretiza direitos sociais fundamentais, como a saúde, em uma hercúlea guerra contra o Estado, na tentativa de diminuir o abismo social existente na sociedade.

2) O DIREITO À SAÚDE COMO CLÁUSULA PÉTREA.

Nesse toar, ponto que merece destaque, em que pese, ter, "prima facie", caráter de obviedade, é saber se os direitos sociais podem ser enquadrados no rol das cláusulas pétreas. São os direitos sociais direitos fundamentais?

O §4º do art. 60 da CF/88 declara ser inadmissível a proposta de Emenda tendente a abolir "os direitos e garantias individuais". Estariam os direitos sociais abrangidos pela locução direitos e garantias individuais, sendo assim afastada de forma total possibilidade de sua exclusão através de Emendas Constitucionais? São os direitos sociais, direitos fundamentais, e, consequentemente, cláusulas pétreas?

Adotando-se uma análise literal do texto constitucional, chegar-se-ia a conclusão de que tal dispositivo não englobaria outras espécies, como os direitos sociais, somente enquadrando-se como cláusula pétrea os direitos e garantias previstos no art. 5º da CF/88. Porém, não deve ser esta a interpretação.

À questão suscitada, a resposta afirmativa se impõe. Vale ressaltar, que a expressão "direitos e garantias individuais" não exclui os direitos sociais, já que estes são individuais quanto a sua titularidade, ainda que pertença a várias pessoas ao mesmo tempo.

Ademais, pensar diferente seria o mesmo que se admitir que o modelo de Estado, imaginado e defendido pelo Constituinte Originário (Estado Social), pudesse ser modificado pelo Poder Constituinte Derivado, alterado a ordem constitucional na sua essência. Outrossim, não se pode perder de vista que os direitos sociais cumprem uma função de complementação, já que, é através deles que se alcançará os direitos liberais.

Nesse passo, estando o direito à saúde inserido entre os direitos sociais, resta claro que se trata de um direito fundamental, e, como tal, leva consigo a característica da eternidade, por se tratar de cláusula pétrea, exercendo importante papel na busca da igualdade material na sociedade.

3) O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO.

O direito à saúde está previsto no art. 6º da CF, bem como no art.196, da CF/88, que dispõe:

"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".

Como qualquer direito social, o direito à saúde comporta duas vertentes, mormente diante do seu enquadramento como direito fundamental de 2ª geração, uma de natureza negativa (direito de se exigir do Estado e de terceiros que se abstenha de qualquer ato que prejudique à saúde), outra de natureza positiva (direito à prestação estatal visando a prevenção e o tratamento de doenças). Assim, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, implementando programas, ações, garantindo a prestação de determinados serviços. Tal efetivação se dá através das políticas públicas.

O direito à saúde é, sem qualquer dúvida, exigência necessária a concretização da dignidade da pessoa humana. Como direito de cunho prestacional, visa garantir a efetivação do direito à igualdade e da liberdade material, garantindo uma existência digna.

Diante da sua natureza de direito fundamental e direito humano necessário a concretização da dignidade da pessoa humana é que as declarações Internacionais trazem tal direito em destaque. Vejamos alguns exemplos:

"Art 25 – Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle."

"Art 12 – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Analisando-se o teor de todas essas Declarações Internacionais, bem como a nossa CF, verifica-se uma heterogeneidade dos textos, mas os numerosos elementos que tais textos parecem reconhecer.

Verifica-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos distingue ao menos três elementos diferentes que devem ser levados em consideração quando se trata de direito à saúde, quais sejam, direito a um nível de vida adequado, que assegure saúde e bem-estar; direito à assistência médica e serviços sociais básicos; direito ao auxílio-doença.

Assim, o direito à saúde não pode ter uma consideração simplista, pois se apresenta como um direito complexo, por agrupar uma série de elementos de diversos âmbitos. A expressão direito à saúde abrange não só a assistência à saúde, mas também a todas as condições necessárias para a saúde, como o acesso a água potável, por exemplo.

A consideração do direito à saúde dos indivíduos e sua proteção aparece fortemente vinculada com aspectos relativos ao nível e as condições de vida da população. Os serviços médicos de saúde aparecem apenas como um dos elementos integrantes do direito à saúde, mas não o único. Segundo a OMS saúde "...é um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não mera ausência de doença"

Assim, segundo tal conceito a proteção e promoção de saúde não podem ser reduzidas a uma questão exclusivamente médica, nem limitada à assistência à saúde, pois exigem do Estado outros esforços e políticas públicas que contribuam para real efetivação do direito à saúde. A concepção de saúde da OMS abrange proteção à saúde em um contexto geral, tendo duplo caráter: individual e social. Existem fatores sociais que incidem na concretização da saúde.

A saúde implica também a existência de condições para o desenvolvimento das pessoas, bem como se torna imprescindível à redução da violência, à eliminação da pobreza, à redução do desemprego, dentre outras questões socioeconômicas e atende a existência de uma correlação entre a saúde das pessoas e desenvolvimento socioeconômico do Estado.

Aqui, vale ressaltar, que se trata de obrigação da União, Estados e Municípios que detém a competência comum (administrativa – efetivação) para cuidar da saúde (art. 23, inciso I da CF).

"Tamanha amplitude conceitual da saúde deixa óbvia a necessidade de considerar tanto as disposições legais quanto as diferentes condições territoriais, econômicas e sociais para a definição do que está implicado na afirmação do direito à saúde de pessoas concretas, situadas, que vivam ou trabalhem em determinada comunidade. Essa percepção está na base da reivindicação de um Sistema Universal de Saúde para o Brasil, que respeitasse as desigualdades regionais e promovesse equidade em saúde. Para tanto se considerou indispensável que a competência material para cuidar da saúde fosse comum a todas as esferas federativas, devendo ser todas solidariamente responsáveis por tal atividade. Com efeito, a Constituição da República afirma que cuidar da saúde é competência comum a todas as esferas federativas (CF art. 23, II), estabelecendo a responsabilidade solidária".

"A segunda conclusão necessária: os gestores de cada um dos entes federais devem repartir a obrigação material de cuidar da saúde considerando a realidade local, social e econômica. Esse acordo é absolutamente necessário para a promoção da equidade em saúde."

"É a própria iniquidade social e regional do Brasil que exige a competência comum e a responsabilidade solidária no que se refere à proteção e efetivação do direito à saúde. As desigualdades econômicas e de desenvolvimento regionais impõem a um conjunto expressivo de Municípios e Estados brasileiros enormes limitações na sua capacidade de promoção, proteção e recuperação da saúde. Tais limitações, de natureza econômica, financeira, de infraestrutura ou contingenciais, podem resultar até mesmo na incapacidade concreta de um determinado Município ou Estado de fornecer a ação ou o serviço de saúde necessário ao cidadão. Assim, a competência comum e a responsabilidade solidária dos entes federativos são garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal para possibilitar ao cidadão o direito de demandar a prestação de saúde de que tem necessidade ao ente federativo que julga mais adequado para o seu caso.

Dessa forma, mesmo que na pactuação realizada entre os entes federativos uma determinada prestação de saúde tenha sido definida como de responsabilidade de apenas um deles (e isso pode até ser recomendável), este pacto firmado entre os entes federativos, ainda que definido em normas jurídicas, não poderá jamais excluir ou limitar a responsabilidade solidária derivada da competência comum."

"Em suma, a competência comum para cuidar da saúde, que resulta na responsabilidade solidária entre os entes federativos, é princípio basilar da proteção jurídica do direito à saúde no Brasil, especialmente se considerarmos as enormes desigualdades regionais brasileiras." (Parecer do Núcleo de Pesquisa de Direito Sanitário da USP)

Com base nessa linha de entendimento e buscando difundí-la e sedimentá-la, foi que o Defensor Público-Geral da União enviou proposta de Súmula Vinculante ao STF pedindo a fixação de responsabilidade solidária expressa entre os Entes da Federação no fornecimento de medicamento e tratamento de saúde ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica - trata-se da PSV-4, cuja tramitação se encontra em andamento, já respaldada, favoravelmente, com parecer do E. Procurador-Geral da República. Seguem a proposta de Texto de Súmula Vinculante elaborada pelo Relator, o Min. Ricardo Lewandowski, e também a Ementa do mencionado Parecer do MPF, que sugeriu incluir no texto a permissão para bloqueio das verbas públicas que assegurem o cumprimento da decisão:

"*É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes"*. (PSV-4, proposta de redação do Min. Ricardo Lewandowski)

"PROPOSTA DE EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTO MÉDICO A PESSOAS CARENTES QUE DELES NECESSITEM. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIR O CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL. ILEGITIMIDADE DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 100, CAPUT E §2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REITERADAS DECISÕES SOBRE OS TEMAS. PARECER PELA APROVAÇÃO DA PROPOSTA.

1 – É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federal para o fornecimento de medicamentos e tratamento médico a pessoas carentes.

2 - O Supremo Tribunal Federal assentou, em reiteradas decisões, a ilegitimidade da alegação de ofensa ao art. 100, §2º, da Constituição Federal, que trata da sistemática de precatórios, em hipóteses de bloqueio de verbas públicas como meio coercitivo de cumprimento de decisão judicial que obriga o ente ao fornecimento de medicamento ou tratamento médico.

3 – Parecer pela aprovação da súmula vinculante, nos termos sugeridos." (Ementa do Parecer do PGR na PSV-4)

"É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes, e legítima a determinação de

bloqueio de verbas públicas que assegurem o cumprimento da decisão condenatória, sem que se possa alegar, quanto à ordem de bloqueio, ofensa ao art. 100, §2º, da Constituição Federal". (sugestão de redação de Súmula Vinculante no Parecer do PGR na PSV-4)

Aqui, vale destacar a importância dos bloqueios de verbas públicas, conforme sugestão do Procurador-Geral da República, no intuito de se assegurar o cumprimento das decisões judiciais, mormente diante da inércia do Poder Público na concretização do direito à saúde, consequência de más gestões, muitas vezes atreladas a desvios de verbas públicas para fins políticos, relegando interesses sociais de extrema importância à sobrevivência humana de forma digna.

4) APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Outro ponto que merece destaque é que o direito à saúde, como direito fundamental que é, traz consigo, como uma etiqueta a "cláusula de aplicação direta e imediata".

Nessa toada, o direito fundamental tem a capacidade de produzir efeitos, mesmo que sua aplicação não esteja regulamentada pelo legislador infraconstitucional.

Um direito fundamental não pode deixar de ser concretizado pela ausência de lei. Havendo ausência de lei que esteja impedindo a efetivação do direito fundamental, caberá ao Judiciário tornar as medidas cabíveis para que tal direito não fique sem efetividade. Para efetivar direito fundamental não há necessidade de se esperar e pedir uma posição do legislador infraconstitucional.

No entanto, o Poder Judiciário não é, primordialmente, o ente político responsável pela implementação de políticas públicas. Tal mister deveria ser alcançado pelo Executivo, através de concretização de regras provenientes do Poder Legislativo. O papel do Judiciário deveria se subsumir a um caráter subsidiário, com base excepcional, quando órgãos estatais descumprissem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidissem, comprometendo, desta forma, a eficácia e a integridade de direitos individuais/coletivos (STF).

Assim, o Judiciário só deve agir quando os outros poderes agem mal, quando falharem em sua missão, quando forem inertes quando a adoção de medidas necessárias a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

O que não se pode perder de vista é que o modelo do Estado Brasileiro está centrado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e nos Direitos Fundamentais e, desta forma, espera-se que o Poder Judiciário efetive tais valores e direitos.

Nesse passo, em que pese existir nos países mais desenvolvidos, tais como

Alemanha, Espanha, Portugal, ressalvas quanto à possibilidade de o Judiciário vir a efetivar direito e prestações materiais, por entenderem que a escassez dos recursos necessários à concretização de direitos prestacionais demandaria escolhas políticas, que deveriam ser tomadas por órgãos responsáveis politicamente e não por juízes, entende-se também que o Estado é obrigado a assegurar os cidadãos condições mínimas para uma vida digna, em obediência a Teoria do mínimo existencial.

No Brasil, em que pese ser esse o sentido traçado pelo legislador constituinte, não se observa, na prática, a solução administrativa para efetivação dos direitos prestacionais. A ineficiência governamental impede a concretização de vários direitos fundamentais. A falta de informação, tratada pela CF/88 como um direito fundamental, necessário a concretização da dignidade da pessoa humana, é a principal causa para a marginalização e má prestação de direitos constitucionais, como saúde, educação, transporte.

Desta forma, recorrer ao Poder Judiciário mostra-se, muitas vezes, como forma mais rápida de solucionar questões urgentes e emergenciais. Assim, a Defensoria Pública assume papel fundamental na busca de tais soluções emergenciais, seja na via administrativa, nas tentativas de diálogo com o Poder Público, bem como na judicialização de causas, quando o Estado mostra-se inerte até mesmo na prolação de respostas rápidas e eficientes às indagações dos cidadãos.

5) O MÍNIMO EXISTENCIAL.

A Teoria do Mínimo Existencial determina o seguinte: apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria grau de fundamentalidade para gerar, por si só, direitos subjetivos aos seus titulares. Se a pretensão estiver fora do conceito de mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal.

Assim, de pronto se verifica que tal teoria tem um lado positivo e outro negativo. O positivo reside no fato de que, para essa teoria, os direitos sociais possuem eficácia jurídica dentro de uma mínima dimensão (núcleo essencial) e, nesse aspecto, pode haver intervenção judicial para dar efetividade ao direito, diante da omissão legislativa e ausência de uma política pública para tal mister. O seu aspecto negativo pode ser observado no próprio conceito de mínimo existencial, ou seja, na interpretação e balizamento do que é essencial. Tal aspecto, no entanto, pode ser afastado, desde que se dê interpretação máxima ao conceito de mínimo, ampliando-se cada vez mais o núcleo essencial ao direito.

Vale ressaltar que tal teoria não é compatível com a CF/88, em que pese ser suscitada todas as vezes que se pretende a efetivação da saúde pelo Estado. Isso porque a CF/88 não prevê a proteção apenas ao mínimo, trazendo algumas orientações no sentido de se buscar uma proteção cada vez mais ampla no campo prestacional, como exemplo no âmbito da saúde, que tem como um dos seus princípios norteadores a universalidade e a integralidade de atendimento.

Tal situação pode ser afirmada pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro desde de 1992, que dispõe a necessidade de aplicação do máximo de recursos disponíveis na implementação dos direitos sociais.

O direito fundamental não pode ser encarado como um conjunto de prestações suficientes para se alcançar a existência humana, mas sim como corolário a garantia do mínimo existencial, ou seja, deve assegurar ao ser humano uma vida com dignidade, saudável.

Aqui vale ressalvar a lição do norte-americano Cass Sunstein, que defende, de forma salutar, que um regime genuinamente democrático pressupõe uma certa independência e segurança para cada pessoa, harmonizando-se com a noção de mínimo existencial para uma vida com dignidade e existência de direitos prestacionais indispensáveis a garantia desse mínimo.

O respeito à dignidade humana pode ser avaliado analisando-se a situação de efetivação dos direitos sociais, bem como a situação geral de pobreza e de exclusão social. Mas, nem sempre a pobreza afronta a dignidade. A violação da dignidade só acontecerá sempre que as pessoas forem obrigadas a viverem na pobreza e exclusão, sofrerem processo de humilhação, em função das decisões tomadas por outras pessoas no âmbito dos processos políticos, sociais e econômicos.

Nessa esteira, merece destaque que o conceito de mínimo existencial, e o conceito de uma vida digna, são variáveis de acordo com cada sociedade e cada época.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, assinala que o direito à saúde, em todas as suas formas e níveis, compreende certos elementos essenciais e inter-relacionados, quais sejam:

- DISPONIBILIDADE: cada Estado parte deve contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção à saúde, assim como a existência de planos e programas de saúde.
- ACESSIBILIDADE: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem discriminação alguma. Compreende quatro dimensões distintas: não

discriminação; acessibilidade física, de forma que os estabelecimentos, bens e serviços, estejam ao alcance geográfico de todos os setores da população, particularmente no caso dos grupos vulneráveis e marginalizados; acessibilidade econômica (serviços de saúde estejam economicamente ao alcance de todos); acesso à informação, o que compreende o direito de solicitar, receber e difundir informações e ideias acerca das questões relacionadas à saúde;

- ACEITABILIDADE: supõe que todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem observar à ética médica e estarem adequados à cultura local, devendo respeitar as minorias, os pobres e as comunidades, sensíveis aos requisitos de gênero e faixa etária das pessoas;
- QUALIDADE, de forma que, além de ser culturalmente aceitável, os serviços médicos sejam apropriados do ponto de vista científico (médicos capacitados, medicamentos e equipamentos cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa e potável e condições sanitárias adequadas.

6) DIREITO À SAÚDE E SUA ÍNTIMA RELAÇÃO COM O DIREITO À VIDA E O DIREITO À INFORMAÇÃO.

Não se pode negar que o direito à saúde possui estreita vinculação com outros direitos humanos, em especial com o direito à alimentação, à moradia, ao trabalho, à educação, à privacidade, à liberdade, à informação, à vida.

Onde há vida, deve existir dignidade. A violação de uma leva, consequentemente, à violação da outra. Vale destacar que tal afirmação mostra-se ainda mais contundente quando se verifica a impossibilidade de se afastar o direito à saúde do direito à vida.

O direito à vida, não pode ser concebido de forma simplória, não se tratando apenas de viver no sentido mais rudimentar da palavra: respirar. O direito à vida deve ser visualizado e perseguido como o direito a uma vida digna, sem sofrimento, o que pode ser alcançado através de uma boa prestação do serviço de saúde.

Por sua vez, para a boa prestação do serviço de saúde, é necessária a informação acerca de dados relevantes à concretização de tal direito. Não há como se imaginar a universalização de cobertura e atendimento, nem mesmo a existência de um atendimento integral, sem que os servidores públicos responsáveis pela prestação de tais serviços detenham conhecimento acerca dos direitos do cidadão. Outrossim, o direito à concretização do direito á saúde deverá ocorrer tanto de forma preventiva, quanto no resgate de direitos violados.

O direito à informação é um direito universal, inviolável e inalterável do homem

moderno, posto que está fundado na natureza humana. Ele se movimenta na forma ativa e passiva: de uma parte a procura de informação e, de outra parte, a possibilidade em favor de todos de a receber" (Dotti, 1980, p.165)

O direito fundamental à informação é inerente a condição questionadora e inquieta do ser humano, encontrando-se resguardado desde a declaração Francesa de 1789, tendo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), sua primeira formulação mais precisa.

Nesse passo, o direito à informação foi alçado pela CF/88 ao patamar de direito fundamental, confirmando a sua "genesis" de Direito do Homem, fundamental não só na formação da sua personalidade, mas, inclusive, na busca da concretização de outros importantes inúmeros direitos, inerentes à qualidade de ser humano, tal como o direito à saúde e o direito à vida.

Para tanto, necessária a participação da comunidade, sendo essa pontuada pela CF/88 como diretriz a ser seguida na organização do Sistema Único de Saúde-SUS. Assim, desconhecer as políticas públicas acerca da saúde, inviabilizaria o acesso integral de tal direito, resultando, daí, a importância e a afirmação do caráter instrumental do direito à informação. A participação da comunidade, bem como a própria afirmação da cidadania, só acontecerá se existir real conhecimento do que é devido pelo Estado, na exata medida dos direitos da pessoa.

No que se refere ao direito à saúde no plano da prevenção, sendo esta diretriz, constitucionalmente colocada, a ser perseguida pelo SUS, a informação, muitas vezes prestada pelo Estado através de campanhas, assume papel de crucial importância para erradicar doenças ou afastar o perigo de sua difusão.

Assim, conhecer seus direitos, bem como as obrigações Estatais, auxiliaria a minorar a má prestação do serviço de saúde no País. A violação do direito à informação leva, consequentemente, à violação ao direito à saúde, não havendo como, nesse sentido, dissociá-los.

Não há como pensar em direito à saúde de forma universal e integral, conforme preceitua a CF/88, sem que o cidadão conheça seus direitos e os limites que sobre eles se impõem.

7) PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À CONCRETIZAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE E PONDERAÇÃO DE VALORES.

Não se pode olvidar que a implementação das políticas públicas exige a utilização de

recursos financeiros e outros não monetários. Por outro lado, os recursos são limitados, havendo menos recursos do que o necessário para o atendimento de todas as demandas.

Diante de tal situação, impõe-se a priorização e a escolha naquilo em que o dinheiro público disponível será investido. Tais escolhas devem receber influência direta das opções constitucionais, não devem ser relegados a mera deliberação política.

Assim, o Poder Judiciário, ao julgar as demandas que importem alocação de recurso, deverá considerar que a sua decisão poderá interferir na realização de outros direitos, devendo agir quando seguro que não causará um mal maior.

Diante de tal quadro, ante a escassez financeira para cumprir os objetivos Constitucionais, surgiu a cláusula da reserva do possível.

O "leading case" de tal teoria foi o Caso "Numerus Clasus das Vagas em Universidade" do Tribunal de Contas Federal da Alemanha, no qual foi pontuado que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas deveria o Poder PúblicO demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis. Ou seja, teve o Estado que demonstrar a utilização de critérios razoáveis de seleção, que o número de vagas era o máximo possível.

A partir desse marco passou-se a utilizar da máxima da reserva do possível: os direitos prestacionais podem ser exigidos judicialmente, devendo o Judiciário, no entanto, observando o princípio da proporcionalidade, impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do que for financeiramente possível. Se for razoável a exigência, não pode o Estado se recusar a fornecer.

A reserva do possível é uma limitação lógica à atuação judiciária, no que tange à efetivação dos direitos à saúde e demais direitos sociais. É preciso cautela ao efetivar um direito fundamental que exija grandes gastos financeiros.

Porém, uma vez dentro da reserva do possível, não pode o Estado se opor a sua concretização, alegando a discricionariedade do Estado. A regra é que a discricionariedade do Estado não pode sofrer interferência do Poder Judiciário. Ocorre que, restando demonstrado que a atuação estatal está aquém da expectativa constitucional, haverá ofensa à CF, sendo legítimo o controle judicial.

Na prática, observa-se uma banalização de tal teoria, já que a mesma normalmente é alegada pelo Poder Público sem nenhum cuidado em apresentar elementos concretos acerca da impossibilidade material de se cumprir uma determinada decisão judicial. Não basta alegar,

deve-se provar a insuficiência de recursos e tal ônus recai sobre o Poder Público, que deve trazer aos autos elementos financeiros e orçamentários capazes de justificar a não concretização do direito fundamental.

Assim, conquanto verdadeira a tese de que recursos financeiros são escassos, não se pode esquecer que nosso País ostenta uma das maiores economias do Mundo, havendo extenso acúmulo de riqueza em razão, especialmente, da enorme carga tributária a qual estamos submetidos.

O que se percebe é um total desperdício de dinheiro, ineficiências das políticas públicas, prioridades incompatíveis com a CF, precariedade de serviços indispensáveis à promoção dos direitos fundamentais básicos. Em contraponto, verificam-se vultosos gastos com publicidade e comunicação social, festas, inaugurações, demostrando uma clara inversão de valores, onde o Poder Público prioriza interesses políticos e pessoais em prejuízo ao que ordena a CF.

Assim, casos os recursos públicos fossem aplicados com retidão e racionalidade, teríamos um sistema de saúde de equivalente a aqueles de países de primeiro mundo. O maior problema não reside na limitação dos recursos públicos, mas na má gestão dos mesmos, na equivocada ponderação de valores utilizada por nossos gestores, com inapropriada inversão de prioridades.

Nesse passo, o Poder Judiciário, ao enfrentar as demandas de saúde deverá muitas vezes colocar na balança os direitos fundamentais, que, certamente, deverá deter maior peso nas suas decisões ante ao jogo político.

Vale ressaltar que, na maioria das vezes, o pleito de efetivação do direito fundamental à saúde é titularizado por pessoas em estado de vulnerabilidade financeira, social e cultural, devendo o Judiciário concretizar tal direito na busca da dignidade da pessoa humana, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Verifica-se, assim, que a Defensoria Pública assume importante papel na formação da cidadania ao prestar assistência jurídica aos mais necessitados, não só nas demandas judiciais, mas também naquelas que tramitam na esfera administrativa, seja informando ao cidadão que, ao buscar seus direitos juntos às repartições públicas, são tratados com menosprezo, seja como interlocutor junto ao Poder Público, na tentativa, na maioria das vezes positiva, de solução de conflitos administrativos na área de saúde.

8) CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Assim, buscando-se a concretização do direito à saúde, espera-se alcançar uma vida digna, sem sofrimento, sem privação, sem dor, estreitando o abismo de desigualdades existente na sociedade.

Não se deve perder de vista que a violação ao direito à saúde, na maioria das vezes alcança as classes mais baixas da sociedade, vulneráveis do ponto de vista social, econômico e cultural, gerando, desta forma uma desigualdade que viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa esteira, o Poder Judiciário assume relevante papel na concretização do direito fundamental à saúde, seja naqueles casos em que há omissão do Estado na formulação da política pública; seja em relação ao que àquelas pretensões de políticas públicas atingiria, a priori, o seu mister. Em tais situações haverá, casuisticamente, a ponderação de valores por parte do Poder Judiciário, para concretizar o direito à saúde de forma integral.

Com base nessa ponderação de valores é que o pode o Poder Judiciário determinar o fornecimento pelo SUS de tratamento alternativo àquele fornecido pelo Estado, já que a ineficácia e a impropriedade da política existente para o caso concreto autoriza a intervenção do poder judiciário para garantir o tratamento adequado. Ademais, a morosidade do Estado na aprovação de novos tratamentos eficazes, não pode servir de obstáculo ao acesso ao pleno gozo do direito à saúde.

Vale destacar, que a citada ponderação de valores terá o poder de afastar vedação legal à prestação buscada, a exemplo de pleito de medicamento sem registro na ANVISA: trata-se de tema de repercussão geral o RE 657718, no qual existe a SS 5050, que defende que a ausência de registro não exclui o acesso em casos excepcionais, em que se comprova a eficácia do medicamento, a sua credibilidade científica, capacidade de reduzir tempo de tratamento, e a ineficácia do tratamento já realizado.

Aqui, merece ser pontuada a importância da Defensoria Pública, ao possibilitar o acesso ao Poder Judiciário de milhares de miseráveis, que não detém condições de arcar com as despesas de um advogado, nem mesmo conhecimento acerca da extensão do seu direito.

No entanto, a atuação da Defensoria Pública não se resume à provocação do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, mas, também, no exercício administrativo, na busca de soluções extrajudiciais.

Percebe-se que, muitas vezes, o problema cinge-se, inclusive, a má administração e gestão de pessoal, não se resumindo ao aspecto financeiro, estritamente, de insuficiência de recursos.

As demandas de saúde, podem, na maioria das vezes, ser solucionadas na esfera

administrativa, reduzindo, consideravelmente, o ajuizamento de ações judiciais. Durante as tratativas administrativas percebe-se que grande problema nas demandas de saúde cingia-se à falta de informação e ao despreparo no atendimento administrativo, já que, muitas das recusas administrativas se referiam a medicamentos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que se consiste na lista de medicamentos de fornecimento obrigatório pelo Estado.

Desta forma, resta, também, clara a importância da Defensoria Pública na busca pela concretização do direito à saúde e do mínimo existencial efetivo, que resguarde o aperfeiçoamento da dignidade humana. Em um país em que a esmagadora maioria da população é formada por miseráveis, a Defensoria Pública assume o papel de integrar essas pessoas à sociedade, de buscar a diminuição das desigualdades sociais, o resgate da dignidade humana e a efetiva concretização da cidadania.

9) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saraiva de legislação).

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- DOTTI, René A. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980.

- LIMA, George Marmelstein. "Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito à Saúde". Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/10/27/minimo-existencial-reserva-do-possivel-e-direito-a-saude/> , Acesso em 03/02/2016.

- ROCHA JUNIOR, Alício de Oliveira; DOS SANTOS, Gilda Diniz; DOS SANTOS, Marcela Pithon Brito; MEIRA, Matheus Dantas; ROCHA, Patrícia Vieira de Melo Ferreira. "Direito à Informação como direito e instrumento concretizador do Direito à Saúde." Resumo. In: "I CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO". 30 de outubro de 2015. Auditório da OAB – Seção São Paulo.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2012.