

Judicialização da saúde: uma perspectiva dentro do direito obrigacional brasileiro

Adauto José Valentim Neto¹

Lucas Victor da Carvalho Gomes²

Samila Suelly Rosendo de Melo³

RESUMO

A presente investigação tem como objetivo o debate sobre o movimento massivo atual quanto ao acesso alternativo a prerrogativas constitucionais, mais especificamente no tocante à saúde, denominado judicialização da saúde. A pesquisa teve caráter exploratório e, enquanto método de investigação, o estudo de caso. Ademais, o estudo se delimitou enquanto levantamento bibliográfico envolvendo o tema. As análises perpassaram o caráter conceitual da judicialização, o desenrolar do caso Patrick Teixeira e as suas implicações no Direito Constitucional por meio da discussão quanto à tutela constitucional, a eficácia e rigidez constitucionais, dos artigos constitucionais e sua tutela. Concluiu-se com o estudo que, se por um lado, apesar da busca por um mecanismo alternativo de acesso às garantias constitucionais à dignidade pela saúde gerar uma oneração no planejamento orçamentário nacional, por outro, a garantia do Direito à Saúde individual deve ser mantida. Assim, há de se ter como objetivo a execução otimizada dos processos judicializados (reduzindo quantidade e custos) e parcimônia na gestão pública, prezando por um equilíbrio de modo a não se inviabilizar a atuação Estatal.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Direito Constitucional. Direito à Saúde.

ABSTRACT

The present research aims at the debate on the current massive movement regarding alternative access to constitutional prerogatives, more specifically on health, called health judicialization. The research was exploratory and, as a research method, a case study. In addition, the study was delineated as a bibliographical survey involving the theme. The analyzes covered the conceptual character of the judicialization, the development throughout the Patrick Teixeira case and its implications in Constitutional Law through the discussion of constitutional guardianship, constitutional effectiveness and rigidity, constitutional articles and their guardianship. It was concluded with the study that, although, on the one hand, despite the search for an alternative mechanism of access to constitutional guarantees and dignity for health generate a burden on national budget planning, on the other hand, the guarantee of the Individual Right to Health should be maintained. Thus, the objective is to optimize the execution of judicial processes (reducing quantity and costs) and parsimony in public management, with a balance in order not to make State performance unfeasible.

Keywords: Health Judicialization. Constitutional Law. Right to Health.

¹ Graduado em Administração pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP); Graduado em Tecnologia em Comércio Exterior no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN); Graduado em Gestão de Empresas no Eastern Iowa Community College District (EICCD) e Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: adauto.valentim@gmail.com

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: lucasvictordcg@gmail.com

³ Graduada em Jornalismo pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). E-mail: mila.suelly@gmail.com

1. Introdução

O presente trabalho se propõe a debater a questão do direito à saúde e da judicialização no Brasil. A princípio trataremos a saúde como direitos de todos e dever do estado. Segundo a Constituição Federal (CF) o direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. A saúde rege-se pelos princípios da universalidade e igualdade. Jose Afonso da Silva (2005, p 831) analisa que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei. “Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais tem ele integral poder de dominação, que é sentido no termo controle, normalmente quando aparece ao lado da palavra fiscalização” (SILVA, 2005, p.831).

Como segundo tópico, tratamos da judicialização. O fenômeno ocorre quando o cidadão ingressa com uma demanda judicial como a última alternativa para obter medicamentos ou tratamento negado pelo Sistema Único da Saúde (SUS), seja pela falta de previsão na Relação Nacional de Medicamentos (Rename), ou por questões orçamentarias (ROSA, 2018, p.1). De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tivemos somente em 2016, 103.896 processos na saúde suplementar. O gasto aproximado com demandas judiciais ligadas à saúde pública e privada foi de R\$ 8,2 bilhões em 2015. Os altos valores tornam mais difícil ainda a judicialização, pois nas decisões judiciais os magistrados são obrigados a ponderar as teorias da reserva do possível e mínimo existencial e ao mesmo tempo tentar prevalecer o que está escrito na Carta Magna como direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Em terceiro foi explanado sobre o caso de Patrick Teixeira, portador da Mucopolissacaridose. O jovem se tornou símbolo das pessoas portadoras de doenças raras não só na Paraíba, mas em todo o Brasil quando no ano de 2011 foi ao Congresso Nacional e lutou junto à Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (Conep) a favor da liberação de pesquisas para o tratamento de doenças raras. Depois de aprovada a liberação em 2013 Patrick e mais 7 portadores da doença começaram a receber o tratamento, no Hospital Universitário Alcides Carneiro em Campina Grande. A doença retarda o crescimento e desencadeia uma série de problemas de saúde como locomoção reduzida e dificuldade de respirar. Muitos portadores para ter acesso ao tratamento, que pode chegar até 100 mil reais por mês, precisam acionar a justiça. Patrick relatou que muitos pacientes acabam falecendo pela falta da medicação adequada.

Por último, foi observada a questão da tutela constitucional e a prestação da obrigação de dar e fazer do estado. O Direito Constitucional se propõe a tutelar vários aspectos da vida humana

dentro do Estado Democrático de Direito, imperando sempre o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (LENZA, 2017, p.164), assim fica perceptível que no caso da necessidade de remédios e tratamento para a manutenção da vida o Estado se faz obrigado por razão constitucional a adimplir sua obrigação de dar e de fazer (medicamento e tratamento).

2. Judicialização da saúde um caso a se pensar...

No âmbito jurídico brasileiro, e nos países em que se faz presente o Estado Democrático de Direito, tem-se notado a ascensão de uma tendência quanto ao acesso de direitos previstos constitucionalmente como forma alternativa. Tal tendência é chamada de judicialização, a qual, segundo Silva (2013), é a busca da população pelo judiciário de modo que o Executivo seja compelido à implantação de políticas públicas deficitárias, neste caso, quanto à saúde.

O sistema de saúde brasileiro não tem um histórico de eficiência ao ponto de atender suficientemente às demandas da população quanto ao Direito à Saúde do brasileiro, fato que está previsto na Constituição Federal de 1988. Assim, o Judiciário funciona como método alternativo de acesso a esses direitos, um último recurso daquelas pessoas que necessitam alcançar esta prerrogativa fundamental e inadiável quanto a tratamentos ou medicações.

Silva (2013, p. 1) coloca que, apesar de se manifestar como um caminho alternativo, a judicialização tem se tornado muito frequente, ao ponto de, em 2010, “gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento total da saúde”. Fato é que esta tendência representa grande impacto no plano orçamentário no decorrer dos anos de modo que traz preocupação para os gestores públicos, os quais, por vezes, se encontram numa situação difícil quanto à gestão de gastos em alguns casos, pois comprometeriam recursos para regiões inteiras.

Desse modo, não se poderia negar o atendimento àquelas demandas judicializadas que, apesar de onerosas ao ponto de prejudicar orçamentos, detêm direito dos indivíduos ao atendimento, mas também se faz necessária parcimônia nas judicializações, efetivar-se o que Silva (2013, p.1) chamou de “contenção saudável”, ou seja, uma otimização dos processos judiciais de modo a se reduzirem quantidade e custo das demandas preservando investimentos e o direito individual à saúde.

No passo em que as desigualdades sociais se acirram, a população não tem condições de fazerem efetivar seus direitos de tal modo que sua dignidade seja plenamente resguardada. Dito isto, tais direitos só poderão ser atingidos caso governantes sejam pressionados a tornarem atividade Estatal disponível, pois sem a devida estrutura grande parte da população estaria completamente desassistida.

Quanto ao acesso à saúde, enquanto direito humano fundamental, segundo Silva (2013, p. 2), alçou-se por conquista e “evolução do pensamento, da sociedade e do Estado Democrático” desde a primeira aceção de saúde, a qual era ligada ao misticismo, perpassando pela concepção religiosa e de fatores ambientais grega de Hipócrates, o retrocesso na Idade Média até o Renascimento com retomada gradativa da sanitização e desenvolvimento do método científico, período este em que se firmaram as primeiras políticas do Direito Internacional Sanitário (SILVA, 2013).

A judicialização é um processo relativamente recente, datado dos fins do século XIX. Como consequência da Revolução Francesa, iniciou-se a implementação da jurisdição única (ou inafastabilidade da jurisdição) e ampliação dos poderes dos juízes, considerando que o Procedimento Civil moderno (...), seguindo sua concepção original, (...) primou pelo desaparecimento dos privilégios de classe e de casta”. As ideias de liberdade e igualdade paulatinamente aproximaram a sociedade do Judiciário o único que poderia resolver um agravo ou proporcionar um direito ora não concretizado.

Silva (2013, p.5) traz como causa da judicialização na história do Brasil que:

Após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988. O legislador preconizou a dignidade humana, o acesso sem empecilhos à Justiça, a inafastabilidade da jurisdição e revigorou a importância do judiciário, que se tornou o grande guardião das garantias e direitos humanos fundamentais e, literalmente, a última guarida para busca dessas prerrogativas (SILVA, 2013, p5).

Assim, considerando-se o espectro de garantias constitucionais ao cidadão e a evolução do direito de acesso à saúde, Silva (2013, p.5) defende que não se pode negar o fato de que o Brasil não fornece condição digna quanto à saúde de tal forma que se cabe ao Judiciário prezar tais direitos para que não caiam em esquecimento. Ademais, tal intervenção deve ser realizada de modo planejado, pois as necessidades básicas devem ser assistidas sem extrapolar o previsto na norma; faz-se necessário ainda agir em consonância com os regramentos do Sistema Único de Saúde, ainda que doutrina e jurisprudência não estejam em parcimônia quanto a este tópico. Coloca-se que defensores da judicialização demonstram enquanto vantagens:

a) Estimula a concretização do direito social: determina o respeito por todos os Poderes os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, “para realização de um mínimo de bem-estar individual e social”. Como já ponderamos, o processo “força” que uma prerrogativa não implementada ou implementada precariamente seja concretizada por uso do sistema de freios e contrapesos da tripartite, e em nome da dignidade da pessoa humana. b) Desestimula o mau funcionamento do Estado: seja por corrupção, lobby ou pura omissão, o

Executivo e o Legislativo prestam atendimento à sociedade muito aquém do que seria o ideal. “Nesse contexto de baixa eficiência e eficácia de muitos setores estatais, são de extrema relevância os estímulos judiciais em forma de determinação de ações concretas querem para coibir erros e ilegalidades, quer para afastar omissões indevidas”. Novamente tem-se o uso do sistema de freios e contrapesos, objetivando corrigir um grupo específico de ineficiências que prejudica a população, no caso relativas a prestações em saúde. c) Coíbe o esvaziamento de investimentos do setor: o orçamento brasileiro é autorizativo; na prática, isso significa que o Executivo pode modificar ou mesmo cancelar qualquer dotação votada pelo Legislativo. A judicialização seria, em tese, uma saída para evitar que a população seja prejudicada no caso da diminuição de dotações voltadas para a saúde, assegurando que o Executivo aja quando necessário for. d) Dificulta o retrocesso social: “veda ao Estado a criação de situações fáticas em que os direitos já conquistados pela sociedade passem a ser ignorados”. O processo, em tese, vitaria o esvaziamento do núcleo mínimo do direito à saúde, com fulcro na dignidade da pessoa humana, de modo a sempre ampliar (nunca reduzir) as conquistas relativas ao direito à saúde.

Contudo, Silva (2013, p.5) cita os argumentos contrários:

a) Confusão entre microjustiça e macrojustiça: muitas vezes o Judiciário autoriza demandas perante o Estado sem considerar, em tese, a globalidade de políticas públicas. “Assim, não raro, ao buscar a Justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça, ou seja, os efeitos desenvolvimentistas que deveriam ser gerados pelo conjunto de políticas públicas praticadas (...) de modo coerente”. De fato, esse talvez seja o argumento mais forte daqueles que se contrapõem à judicialização da saúde. E na prática isso realmente pode ocorrer se o processo for conduzido sem razoabilidade; há tratamentos de uma só pessoa que podem custar mais de R\$ 500.000,00 em um ano. Esse valor pode prejudicar orçamentos naturalmente pequenos, como os dos municípios. b) Substituição de decisões técnicas por decisões superficiais: entende-se que o Judiciário estaria prejudicando a implementação de políticas em saúde, abalando o planejamento do Executivo ao autorizar situações não previstas, baseadas apenas em laudos médicos e não no planejamento orçamentário anual, baseado em estudos científicos estatais. Observa-se que esse argumento é diretamente complementar ao primeiro. Mas não devemos ser simplistas e nem frios, já que há vidas envolvidas. Obviamente, é raso falar que situações não previstas podem sempre prejudicar todo o orçamento da saúde, sem estudar de forma acurada os fatores envolvidos. No entanto, sem assessoramento adequado os juízes podem realmente tomar decisões equivocadas, pois seu conhecimento não abarca a seara médica. c) Desrespeito à Reserva do Possível e ao orçamento: Relacionado à teoria alemã de que ninguém está obrigado ao impossível, mas nesse âmbito é aplicada ao Poder Executivo de forma que “este não teria como ser obrigado a concretizar direitos que, na realidade, exijam esforços materiais e/ou financeiros desproporcionais – o que poderia impactar significativa e negativamente o orçamento público, prejudicando outras políticas públicas”. d) Eventual

violação da harmonia entre os poderes: ao interferir em políticas públicas o Judiciário estaria extrapolando suas funções e adentrando nas do Executivo. Esse é o único argumento contrário que não prospera de modo algum, pois, em matéria de Direitos Fundamentais, especialmente em saúde, a situação encontra-se justamente na ambiência das intervenções autorizadas, pois refere-se a um momento de uso do próprio sistema de freios e contrapesos, de modo a corrigir a atuação equivocada do Executivo em relação às políticas públicas, no caso sua omissão. Esse é o entendimento do STF (Acórdão STA 175-AgR/CE[37]).

Desse modo, a judicialização se mostra enquanto controvérsia, mas é por meio dela que centenas de pessoas alcançaram a dignidade, vida e saúde. Adicionalmente, serviu ao Estado enquanto demonstração de necessidade de atualização da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos), pois foi após a onda de ações judiciais que se mobilizou a população e possibilitou o acesso a medicamentos gratuitamente (como o coquetel de AIDS) pelo SUS. Contudo, a judicialização precisa ser tratada com cautela (SILVA, 2013).

3. Caso Patrick Teixeira

Patrick Teixeira Dorneles Pires. Tão conhecido que se tornou símbolo da luta dos portadores de Mucopolissacaridoses (MPS) no Brasil. Atualmente com 22 anos se candidatou nas últimas eleições (2018) para Deputado Federal da Paraíba pelo Partido da Social Democracia do Brasil (PSDB) na coligação Força Da Esperança I. Porém não é de hoje que o jovem se empenha em favor da causa.

Uma das primeiras aparições de Teixeira foi em 2011 quando com apenas 14 anos foi ao Congresso Nacional e lutou junto à Comissão Nacional de Ética e Pesquisa (Conep) a favor da liberação de pesquisas para o tratamento de doenças raras. Depois de aprovada a liberação em 2013 Patrick e mais 7 portadores da doença começaram a receber o tratamento, no Hospital Universitário Alcides Carneiro em Campina Grande, da MPS tipo 4 A.

Existem três tipos e seis subtipos da síndrome, para algumas já existiam remédios, mas para o tipo específico do jovem na época não existia tratamento em nenhum local do mundo Segundo a médica geneticista Paula Franssinetti (responsável pela pesquisa na Paraíba), o que fez com que fosse desenvolvida uma enzima apropriada, da qual eles são deficientes.

Os oitos foram pioneiros em testar o medicamento, uma vez por semana se locomoviam até o hospital universitário para tomar a medicação. O estudo foi realizado em 17 países com 172 pacientes, 20 deles no Brasil, além de Campina Grande o medicamento foi testado em Porto Alegre (RS) e Rio de Janeiro (RJ). Por pouco o país não ficou de fora da pesquisa, que foi negada pela

Comissão por três vezes, por esse motivo Patrick foi a Brasília e ficou de prontidão na frente da porta da Conep, o objetivo era conseguir um resultado favorável desta vez. No dia 16 de dezembro de 2011, a pesquisa foi aprovada e em 2013 já estava em sua última etapa. Segundo a doutora Paula Franssinetti na época foi observada uma melhora bastante significativa nos pacientes.

A Mucopolissacaridose retarda o crescimento e desencadeia uma série de problemas de saúde como locomoção reduzida e dificuldade de respirar. Muitos portadores para ter acesso ao tratamento, que pode chegar até 100 mil reais por mês, precisam acionar a justiça. Teixeira em entrevista no ano de 2011 relatou que muitos pacientes acabam falecendo pela falta do tratamento adequado.

Patrick se transformou no porta voz de não só quem tem MPS, mas de outras pessoas que tem doenças raras. Se tornou embaixador dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), uma ação da Organização das Nações Unidas (ONU), desenvolvida no estado pela Fundação Solidariedade, do Sistema Correio de Comunicação. Natural de Porto Alegre (RS) em 2014 recebeu o Título de Cidadão Pessoense e a Medalha Cidade de João Pessoa, concedidas pela Câmara Municipal da capital paraibana. Em 27 de novembro de 2015, recebeu também o título de Cidadão Campinense, conferido pela Câmara Municipal de Campina Grande. As comendas que Patrick recebeu foram fruto do resultado de sua atuação junto aos gestores públicos e parlamentares em prol das pessoas com doenças raras. “Eu faço por todos, minha luta é coletiva”, pontuou. Em 2016, Patrick fez um grande evento na Câmara Federal, em Brasília para comemorar o Dia Mundial de Conscientização das Mucopolissacaridoses (15 de maio). O ativista coloriu o local de roxo.

Dados (2018) da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma) revelam que 95% dos pacientes de doenças raras não possuem tratamento e demandam serviços especializados de reabilitação, 3% contam com tratamentos já estabelecidos para outras doenças, que ajudam a atenuar os sintomas e os outros 2% que sobram não tem tratamentos estabelecidos. Concluiu-se que o Brasil tem cerca de 13 milhões de pacientes com algumas das sete mil doenças catalogadas como raras. No mundo, são de 420 a 560 milhões de portadores destas doenças. Cerca de 75% dessas doenças se manifesta no início da vida e afeta, sobretudo, crianças de até 5 anos de idade, muitos morrem antes de completar 18 anos.

No começo de 2018 houve uma falta na medicação concedida aos portadores de doenças raras por medida judicial em todo território brasileiro. Na Paraíba, os portadores de doenças raras que precisam de medicamentos não ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e obtidos por meio de medida judicial teve sua distribuição cessada por mais de 2 meses. Patrick teve seus medicamentos atrasados por um período de três meses e a falta deles põe sua vida em risco. O

jovem na época precisa 14 ampolas do medicamento por semana. Porém, o Ministério da Saúde só tinha enviado um carregamento com apenas cinco ampolas, mesmo Patrick estando com uma liminar concedida pela justiça para que o Ministério enviasse a medicação, a decisão não foi cumprida integralmente.

Já no final de 2018, os portadores de Mucopolissacaridoses tiveram uma conquista em âmbito nacional, o Ministério da Saúde no dia 19 de dezembro publicou a Portaria Nº82 incorporando a medicação necessária para a sobrevivência dos pacientes na lista de medicamentos especiais do SUS. Com esse “benefício” os portadores da doença não precisariam mais entrar na justiça para ter direito a essa medicação que é de alto custo. Os remédios eram fornecidos apenas para quem conseguisse na justiça, o que não seria mais necessário.

PORTARIA Nº 82, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2018

Torna pública a decisão de incorporar a alfaelosulfase para pacientes com mucopolissacaridose tipo IVa (MPS IVa; síndrome de Morquio A) no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

O SECRETÁRIO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INSUMOS ESTRATÉGICOS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, no uso de suas atribuições legais e com base nos termos dos art. 20 e art. 23 do Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011, resolve:

Art. 1º Incorporar a alfaelosulfase para pacientes com mucopolissacaridose tipo IVa (MPS IVa; síndrome de Morquio A) no âmbito do SUS, mediante os seguintes condicionantes:

- 1 - Protocolo de uso da alfaelosulfase estabelecido pelo Ministério da Saúde;
- 2 - atendimento e tratamento restritos a hospitais que integrem a Rede Nacional de Pesquisa Clínica;
- 3 - registro dos dados clínicos e farmacêuticos em sistema nacional informático do SUS;
- 4 - uso ad experimentum (reavaliação em 3 anos);
- 5 - laudo próprio para dispensação do medicamento;
- 6 - fornecimento aos respectivos hospitais; e
- 7- negociação para redução significativa de preço.

Art. 2º Conforme determina o art. 25 do Decreto 7.646/2011, o prazo máximo para efetivar a oferta ao SUS é de cento e oitenta dias.

Art. 3º O relatório de recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) sobre essa tecnologia estará disponível no endereço eletrônico: <http://conitec.gov.br/>.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria 82, 2018)

Cabe salientar que o sonho de Patrick é conquistar para a Paraíba uma unidade da Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação⁴.

4. Da tutela constitucional

“De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos” José Afonso da Silva (2016 p. 200)

O Direito Constitucional se propõe a tutelar vários aspectos da vida humana dentro do Estado Democrático de Direito, imperando sempre o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (LENZA, 2017, p.164), assim fica perceptível que no caso da necessidade de remédios e tratamento para a manutenção da vida o Estado se faz obrigado por razão constitucional a adimplir sua obrigação de dar (medicamento e tratamento).

No caso analisado, Patrick Teixeira sente-se violado juridicamente pelo estado, tem sua vida negligenciada tantas vezes, por omissões de sujeitos, que não vivem sua realidade e dores, negarem a ele uma amenização. É preciso que o jovem vá judicializar sempre suas questões, há aqui um amparo do sistema judiciário de forma positiva para salvaguardar o bem-estar do citado querelante. É importante frisar que a satisfação de Patrick engloba uma multiplicidade de direitos que o mesmo pode vir reclamar a ação prestacional do Estado.

Faz-se tão necessária a ação e o amparo constitucional, que o citado, para poder garantir os seus direitos teve de ir ao Congresso Nacional pleitear sua luta e assim tentar comover aqueles que como algozes lhe cerceavam à concessão de um tratamento mais digno, felizmente conseguiu o objetivo. Mostrou-se um símbolo na luta pelo tratamento de pessoas com doenças raras e hoje auxilia muitas outras pessoas que padecem com as mais diversas enfermidades.

A *Lex Mater* versa, logo em seu primeiro artigo, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, neste sentido viver dignamente é um direito. As pessoas com doenças raras necessitam ter uma vida digna, não podem ser excluídas da sociedade.

⁴ A Rede Sarah é uma rede de unidades hospitalares brasileiras, destinadas ao atendimento de vítimas de politraumatismos e problemas locomotores. Tem como objetivo a reabilitação das pessoas com esses tipos de doenças. Entidade de serviço social autônomo, de direito privado e sem fins lucrativos, mantida parcialmente com recursos do Governo Federal. Seu nome é uma homenagem a Sarah Kubitschek, primeira-dama do país na época da fundação de Brasília.

Nesse contexto, as questões da humanidade, da empatia, da fraternidade devem incidir na interpretação constitucional, visando sempre à máxima efetividade do texto pátrio. A Ministra Cármen Lúcia destaca quanto à dignidade humana:

Gente demais e humanidade de menos, é o que se tem no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou os problemas dos homens também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim. A produção – ou o seu produto – não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que o que mais se vê agora é a tentativa da máquina de coisificar o homem (ROCHA,1999, p.1).

Assim, é perceptível a importância da humanização do direito civil constitucional para que barbáries não sejam tomadas como arcabouço de legitimidade do Estado, vide que a dignidade da pessoa humana aqui em jogo é constitutiva do próprio direito e não pode ser separada ou excluída deste. E assim salienta a ministra:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (ROCHA,1999, p.7).

Pelo exposto, também se faz necessário observar o princípio da equidade, para que se mantenha uma isonomia e que se dignifiquem os mais pobres, caso contrário os vulnerabilizados correm o risco de serem tolhidos por uma falsa noção de igualdade e dignidade, onde o estado por mecanismos absenteístas tentaria negar a prestação de direitos.

4.1. Da eficácia e da rigidez constitucional

O jovem cujo caso nos propusermos a estudar precisou judicializar sua questão, necessitou ir até o senado federal fazer uma apelação, tal ação não seria necessária se o Estado Brasileiro de forma geral e categórica adimplisse com suas obrigações vide que a dignidade da pessoa humana é tido doutrinariamente como um superprincípio constitucional e serve de arropa a todas as ponderações a serem tomadas. Consta que todo estado está obrigado a cumprir as normativas constitucionais como, José Afonso da Silva observa:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental (SILVA, 2016, p.48)

Negar a dignidade aos enfermos é violar o próprio Estado Democrático de direito, as noções da reserva do possível são insignificantes ante o valor da vida humana, tutelada ao menos pela teoria do mínimo existencial. Há, portanto, de se por os valores da dignidade humana como valor principal a noção de estado e a seus gastos econômicos e temporais. Nesse sentido a ministra Cármen Lúcia aborda que:

O Estado somente é democrático em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há verbo constitucional, não há verba governamental que se façam legítimos quando não se voltam ao atendimento daquele princípio. Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional (ROCHA,1999, p10).

Assim o próprio estado democrático de direito se funda na dignidade da pessoa humana e este estado não pode abster-se de prestar os cuidados médicos e medicamentosos aqueles que necessitam deles, pois se o deixar de fazer viola a sua própria essência de estado social.

4.2. Dos artigos constitucionais e da sua tutela

Achou prudente o constituinte originário trazer em objetivo constitucional o exposto:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.9).

Observa-se que há um objetivo fundamental na Magna Carta, zelar pela sociedade justa e solidária e isso não pode acontecer quando milhares de cidadãos que são acometidos por enfermidades raras venham a definharem e a padecerem, chegando à morte, pois, tal sociedade estaria

reduzida ao horror que foi o manifesto nazifascista hitlerista de negação dos valores da dignidade humana. Na questão da solidariedade ao não prestar a devida tutela aqueles que sofrem estar-se-ia, pois, a legalizar uma banalidade do mal (ARENDR,1999) institucionalizada e legitimada sob a proteção de um poder constituinte, assim valorando o artigo 3 do texto de 1988 é lógico arguir que para a manutenção da sociedade justa, livre e solidária e da promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação é importante o amparo daqueles que mais sofrem com doenças atípicas, para que estes tenham suas dores diminuídas e até consigam a cura de suas enfermidades. Nesse sentido, quanto ao absentéismo do Estado José Afonso da Silva ensina que:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste, especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: "Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social." Transforma-se em Estado social de Direito onde o "qualificativo social refere à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social". Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State. (SILVA, 2016, p.117)

Nessa razão, o estado adotado pelo constituinte originário mostra-se como um estado garantista e nesta razão Castro expõe que “O Estado-Providência foi criado, segundo os seus precursores, para a redução das desigualdades sociais. Assim, o sistema se sustenta e se legitima pelo fato de que a sociedade – e o Governo eleito por esta – tem um compromisso moral com os menos favorecidos”. (CASTRO, 2008, p.668).

Observa-se assim a necessidade do povo brasileiro, ao dar legitimidade ao constituinte originário, salvaguardar o direito a saúde, como bem demonstra o ministro Barroso ao narrar que “As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais”. (BARROSO, 2009, p.34)

E nesta linha de garantia da saúde faz necessária uma ampla proteção ao direito, como aqui exposto, e nesta linha de defesa da existência Germano André Doederlein Schwartz manifesta que: “A saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto

indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida”. (SCHWARTZ, 2001, p.52)

Patrick Teixeira portador da síndrome mucopolissacaridose é também no âmbito constitucional amparado pelo Artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988 onde é exposto que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Assim, o direito a vida se faz tutelado no Artigo 5º e o caso que estamos a estudar é justamente uma luta pelo direito a vida com dignidade dentro das esferas do mínimo existencial. Nesse sentido, versa José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo:

As garantias dos direitos fundamentais abrangem dois grupos, as garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se refere à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. O conjunto destas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais, trata-se de uma estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagra agora o art. 1º de que falamos. As garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância a reintegração dos direitos fundamentais. São, por outro lado, de dois tipos: (a) garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes, e assim impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; (b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. São técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos (SILVA, 2016, p.190).

Assim, fica claro que a percepção do constituinte é de que o Estado é obrigado a assegurar o direito à vida, logo, também se ver a necessidade dos tratamentos e da medicação, neste caso, ocorre assim uma justificativa da ação do SUS, entretanto, Patrick Teixeira estava tendo seu direito violado e na questão do tratamento ainda não tinha o direito reconhecido, graças a toda uma interferência política.

Dessa forma, é hermeneuticamente lógico por todo o exposto, que existe uma obrigação por parte do estado de dar e de fazer para com o querelante, há de se fazer necessário um imperativo categórico de humanidade e de reconhecimento do estado social a qual se vive e se fundamenta em princípios éticos. Doutrinariamente comprova-se tal ideia no pensar de José Afonso da Silva: “O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte.” (Silva, 2016, p.200)

E na mesma linha pontua o autor:

Há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA,2016 p. 311).

Nesse interim, versa José Afonso da Silva:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.” (SILVA, 201,6 p.846)

Ante todo o exposto, é verificável constitucionalmente a obrigação do estado brasileiro para com o tratamento de saúde destes que possuem uma hipervulnerabilidade e não conseguem arcar com os custos, devendo ser-lhes assegurado a dignidade e o direito de existência, ainda é lógico afirmar que a obrigação do estado de fazer e de dar se agrega como caráter constitutivo da manutenção da vida dos sujeitos que estão na situação de risco pela enfermidade pois a continuidade e exequibilidade do tratamento lhes assegura a vida.

5. Conclusões

Após analisar o atual cenário brasileiro, desde o movimento de redemocratização com a Constituição cidadão de 1988, a abrangência da constitucionalização trazendo nela matérias, as quais antes renegadas no âmbito do processo político e legislação ordinária, percebe-se que se faz possível a judicialização para diversos direitos uma vez que a Carta Magna é de interpretação ampla

no sentido de que dispõe sobre todos os Direitos Humanos Fundamentais, de modo que ameaças a estes podem ser levadas ao judiciário por inafastabilidade da jurisdição.

Adicione-se a isso, um sistema de controle de constitucionalidade igualmente amplo, de maneira que as mais diversas pretensões podem passar pelo controle difuso e concentrado, este funcionando em proximidade com a sociedade, a qual então possui margem para interferir assuntos diversos.

Nesse cenário, ponha-se uma população desassistida, um Sistema Único de Saúde precário, burocratizado, desestruturado para atender as demandas de saúde em sua abrangência e complexidade, faz-se então quadro de desestabilização propício à busca desesperada dos cidadãos por alternativas à ânsia de atendimento e medicação em se tratando da fatalidade característica de que tratam os problemas de saúde, sobrevivência.

Assim, a judicialização tem crescido preocupando o Estado, pois traz consigo um rastro de desequilíbrio orçamentário e uma nova forma de apreciar tais problemas que podem sair do planejamento e controle do Executivo, trazendo ainda um embate da busca e defesa da vontade do indivíduo contra a coletividade.

No entanto, saúde se configura como direito fundamental, ainda que enquanto setor e política pública mal implementados, deve ser respeitado. Contudo, o desequilíbrio nacional orçamentário deve ser considerado quando da consecução do direito individual e da elaboração das políticas públicas de modo que não se inviabilize a ação Estatal.

6. Referências

ARENDRT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de direito social. Coord. Wagner Baleira. Editora Notadez: Porto Alegre. n°: 34. Abr/Jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

MORAIS, Thiago. **Medicamentos para tratamento de doenças raras estão em falta na Paraíba**. Disponível em: <<http://www.paraibaradioblog.com/2018/02/28/medicamentos-para-tratamento-de-doencas-raras-estao-em-falta-na-paraiba/>> Acesso em: 28 de abril em 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>

ROSA, Douglas Ferreira. **Judicialização da saúde no Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65661/judicializacao-da-saude-no-brasil>>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI**, n. 112, 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.